Daniel Guimarães Zveibil

**CONTRIBUIÇÃO PARA UMA ANÁLISE PROCESSUAL
DOS CONFLITOS BRASILEIROS DE ATRIBUIÇÃO**

Dissertação de mestrado.

Área de concentração: Direito
Processual.

Orientador: Prof. Titular José
Ignácio Botelho de Mesquita.

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo
São Paulo, 2006

Ao meu povo,
tão carente de liberdades.

Agradeço:

A Deus.

À família, sobretudo à fortaleza de meus pais.

Aos amigos. Especialmente Evandro Fernandes de Pontes, Guilherme F. Leite Gonçalves, Luiz Guilherme Arcaro Conci, e Pedro Ivo Gricoli Iokoi, por me incentivarem a ingressar no programa de mestrado. Também agradeço especialmente aos amigos Cleunice A. Valentim Bastos Pitombo e Evandro Fernandes de Pontes, que gentilmente puderam ler e comentar a dissertação.

Ao Professor José Roberto de Moraes, quem me iniciou com muita dedicação nas letras processuais na graduação da PUC de São Paulo, e quem me primeiro incentivou ao ingresso no programa de mestrado. Aproveito para agradecer também à minha querida colega Odila Romano, pelo companheirismo.

À Professora Thereza C. D. de Arruda Alvim, pela generosidade.

Ao meu orientador, Professor Titular José Ignácio Botelho de Mesquita, a quem qualquer elogio será ínfimo pelo tanto que partilhou comigo e pela sua grandeza como Professor de Direito. De qualquer forma, agradeço ao Mestre não só pela orientação segura, mas principalmente pela enorme paciência com minhas limitações. Testemunho que se não fosse esta orientação, e não fosse a precisão conceitual própria de sua doutrina, meu estudo ficaria bem aquém, pois nele apenas restaria o peso de minha pequenez.

Ao Professor Walter Piva Rodrigues, primeiro, por ter-me recebido fraternalmente, ao longo de um ano, no Programa de Aperfeiçoamento de Ensino da Pós-Graduação da FADUSP. Ademais, agradeço-lhe principalmente pelo fato de meu estudo processual sobre os conflitos de atribuição ter nascido em suas ricas aulas de graduação, quando se dignou a tratar do difícil tema.

Aos ilustres Professores que, gentilmente, instruíram-me na banca de qualificação: Rodolfo de Camargo Mancuso e Roque Komatsu.

Aos eminentes Professores da Pós-Graduação da FADUSP, ministrantes das disciplinas cursadas por mim: Alaôr Caffé Alves; Antonio Carlos Marcato; Calixto Salomão Filho; Cândido Rangel Dinamarco; Carlos Alberto Carmona; Fábio Nusdeo; Flávio Luiz Yarshell; José Roberto dos Santos Bedaque; José Rogério Cruz e Tucci; Luiz Carlos de Azevedo; Paulo Henrique dos Santos Lucon.

Agradeço, por fim, aos indispensáveis e prestimosos serviços de bibliotecários e arquivistas do Senado Federal, da Câmara dos Deputados, e sobretudo do Supremo Tribunal Federal. Agradeço, do mesmo modo, aos serviços de bibliotecários da Faculdade de Direito da USP e da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo ("campus" Monte Alegre).

“A experiência da brutalidade da fera humana desencadeada nos conflitos de luta pelo poder nos levaria a aborrecer e odiar a nossa espécie, se o Evangelho nos não ensinasse a amar no homem a humanidade, na criatura o Criador, na imagem terrena o Modelo Divino”.

Rui Barbosa

SUMÁRIO GERAL

APRESENTAÇÃO (p. XIV)

NOMENCLATURA (p. XVII)

PRIMEIRA PARTE

**HISTÓRICO DA FRAGMENTAÇÃO DOS PODERES BRASILEIROS,
JURISPRUDÊNCIA DA AÇÃO BRASILEIRA DE ATRIBUIÇÃO,
E LINHA DE INVESTIGAÇÃO DO ESTUDO.**

§ 1.º EVOLUÇÃO ESTRUTURAL DO ESTADO BRASILEIRO E A ORIGEM REMOTA DO ART. 105, I, "G" DA CONSTITUIÇÃO DE 1988 (p. 01).

§ 2.º EVOLUÇÃO DA VIDA DOS CONFLITOS BRASILEIROS DE ATRIBUIÇÃO E SUA INTERPRETAÇÃO JUDICIAL (p. 40).

§ 3.º CONCLUSÃO DA PRIMEIRA PARTE: EXPERIÊNCIA OBTIDA COM OS CAPÍTULOS PRECEDENTES E QUESTÕES RELEVANTES A SEREM INVESTIGADAS (p. 131).

SEGUNDA PARTE

**CONFLITO BRASILEIRO DE ATRIBUIÇÃO,
JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL VOLUNTÁRIA,
E O PROCESSO ATRIBUTIVO ENTRE AS AÇÕES DIRETAS.**

§ 4.º CONFLITO BRASILEIRO DE ATRIBUIÇÃO (p. 142).

§ 5.º JURISDIÇÃO A SER EXERCIDA NO PROCESSO ATRIBUTIVO: JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA (p. 220).

§ 6.º SUMA CONCILIATÓRIA DO PROCESSO ATRIBUTIVO NO SISTEMA JURISDICIONAL BRASILEIRO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE (p. 265).

TERCEIRA PARTE

**ESTUDO DA AÇÃO ATRIBUTIVA,
ESTUDO DO PROCESSO ATRIBUTIVO,
ENCERRAMENTO E FONTES.**

§ 7.º DA AÇÃO ATRIBUTIVA (p. 289).

§ 8.º DO PROCESSO ATRIBUTIVO (p. 342).

§ 9.º ENCERRAMENTO (p. 396).

§ 10.º FONTES (p. 401).

RESUMO/ABSTRACT (p. 439).

SUMÁRIO ESPECIFICADO

APRESENTAÇÃO (p. XIV)

NOMENCLATURA (p. XVII)

PRIMEIRA PARTE

HISTÓRICO DA FRAGMENTAÇÃO DOS PODERES BRASILEIROS, JURISPRUDÊNCIA DA AÇÃO BRASILEIRA DE ATRIBUIÇÃO, E LINHA DE INVESTIGAÇÃO DO ESTUDO.

§ 1.º EVOLUÇÃO ESTRUTURAL DO ESTADO BRASILEIRO E A ORIGEM REMOTA DO ART. 105, I, “G” DA CONSTITUIÇÃO DE 1988 (p. 01).

1. Império: Carta de 1824 até a proclamação da República em 1889 (p. 01).
2. Repúblicas pretéritas: Constituição de 1891; de 1934; Carta de 1937; Constituição de 1946; Cartas de 1967 e de 1969 (p. 09).
3. Atual República: Constituição de 1988 (p. 30).
4. Continuação da atual República: atuação estatal no domínio econômico e agentes reguladores (p. 33).
5. Tendência de fragmentação da potestade brasileira e a origem remota do art. 105, I, “g” da Constituição de 1988 (p. 37).
6. Conflito de atribuições e regimes autoritários: idéias antitéticas (p. 38).

§ 2.º EVOLUÇÃO DA VIDA DOS CONFLITOS BRASILEIROS DE ATRIBUIÇÃO E SUA INTERPRETAÇÃO JUDICIAL (p. 40).

7. Primeiro Reinado (p. 40).
8. Regências (p. 46).
9. Segundo Reinado (p. 52).
10. República Velha (p. 69).
11. Revolução de 1930 até final do Estado Novo (p. 85).
12. Intervalo democrático de 1946 até o golpe de 1964 (p. 93).
13. Regime Militar. (p. 104).
14. Reabertura democrática e a República de 1988 (p. 117).
15. Processo de atribuição e política brasileira (p. 130).

§ 3.º CONCLUSÃO DA PRIMEIRA PARTE: EXPERIÊNCIA OBTIDA COM OS CAPÍTULOS PRECEDENTES E QUESTÕES RELEVANTES A SEREM INVESTIGADAS (p. 131).

16. Necessidade de construção de uma teoria processual brasileira própria aos conflitos brasileiros de atribuição (p. 131).
17. A origem dos conflitos brasileiros de atribuição (p. 132).
18. Processo de atribuição e tendências históricas (p. 133).
19. A espécie de jurisdição aplicável (p. 134).

20. Questão prévia: conceito de conflito de atribuição (p. 135).
21. O caminho evolutivo do atual conceito jurisprudencial (p. 135).
22. Reação do Judiciário: renúncia ao papel de guardião do equilíbrio dos centros-de-força (p. 137).
23. Parcela de culpa do Judiciário: o abuso da renúncia (p. 138).
24. Tendência da praxe constitucional brasileira = Palavreado - Ação (p. 140).

SEGUNDA PARTE

CONFLITO BRASILEIRO DE ATRIBUIÇÃO, JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL VOLUNTÁRIA, E O PROCESSO ATRIBUTIVO ENTRE AS AÇÕES DIRETAS.

§ 4.º CONFLITO BRASILEIRO DE ATRIBUIÇÃO (p. 142).

25. Primeira aproximação do conceito de conflito de atribuição (p. 143).
  - 25.1. Constitucionalismo norte-americano e a separação dos ramos de poder (p. 144).
  - 25.2. Omissões inconstitucionais e a idéia de atribuição (p. 148).
  - 25.3. Pedro Lessa e o significado do termo "conflito" em nossa tradição jurídica (p. 151).
  - 25.4. Conceito do conflito brasileiro de atribuição e primeiras justificativas (p. 151).
  - 25.5. Afastamento do pensamento tradicional de exigência de afirmações recíprocas para caracterização do conflito (p. 153).
26. Parêntese para justificativa do subitem n. 25.5: finalidade do processo de atribuição (p. 154).
  - 26.1. O cerne político da separação do exercício de poder na visão de Montesquieu (p. 154).
  - 26.2. A recomendação de Montesquieu interpretada por James Madison e Roscoe Pound: garantia prática de liberdade por meio do equilíbrio de forças políticas (p. 155).
  - 26.3. Finalidade do processo de atribuição (p. 159).
27. Continuação do assunto do subitem 25.5: justificativa complementar sobre o afastamento do pensamento tradicional e distinção entre conflito de atribuição e conflito de competência (p. 160).
28. Continuação do assunto do subitem 25.5: contribuição de Pensovecchio Li Bassi para o rompimento do pensamento tradicional e a experiência do sistema constitucional da Itália (p. 163).
29. Necessidade de depuração da primeira aproximação do conceito de conflito de atribuição: indícios da estreiteza do conceito inicial; indagação sobre quem pode ser considerado centro autônomo de poder relevante para os conflitos brasileiros de atribuição (p. 167).
30. Auxílio para a reflexão iniciada pelo item precedente n. 29: os conflitos de atribuição no sistema constitucional da Itália (p. 171).
31. Retomada do item precedente n. 29: prudência necessária quanto à definição dos centros autônomos de poder; novo aperfeiçoamento do conceito de conflito brasileiro de atribuição (p. 178).
32. Continuação da investigação sobre o conflito brasileiro de atribuição. Resposta ao desafio lançado no segundo capítulo: poderia ser considerado conflito de atribuição o duelo travado entre o Imperador D. Pedro I e a Assembléia Constituinte de 1823? (p. 187).
33. Lição haurida do item precedente n. 32: a exigência de poderes constituídos para a existência do conflito (p. 188).

34. Aprofundamento da lição precedente do item n. 33: confronto com o peculiar sistema constitucional da Inglaterra para auxílio da interpretação do conceito de conflito brasileiro de atribuição sustentada pelo estudo (p. 189).
35. Sistema constitucional do Brasil: o poder jurisdicional como sumo fiscalizador (senhor da última palavra) dos conflitos brasileiros de atribuição e construtor da estrutura do Estado brasileiro (p. 193).
36. Altura mais melindrosa da investigação: há lide entre as autoridades conflitantes no processo de atribuição? Da absoluta importância desta indagação no contexto da história constitucional brasileira (p. 199).
  - 36.1. Pela aplicação do conceito de lide: doutrina de Pensovectchio Li Bassi (p. 200).
  - 36.2. Idem; tese de Alfredo Buzaid intitulada "Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no Direito brasileiro" (p. 202).
  - 36.3. Posicionamento do presente estudo: o conceito "carneluttiano" de lide é inaplicável para o processo brasileiro atributivo (p. 205).
37. Definição de conflito brasileiro de atribuição e do respectivo processo (p. 212).
38. Continuação: conflito federativo e o respectivo processo (p. 215).
39. Factível coexistência entre os conflitos de atribuição e federativo (p. 219).

§ 5.º JURISDIÇÃO A SER EXERCIDA NO PROCESSO ATRIBUTIVO: JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA (p. 220).

40. Exigência de exercício de jurisdição na modalidade voluntária em virtude da ausência de lide no processo atributivo (p. 220).
41. Doutrina tradicional de jurisdição voluntária e sua limitação quanto ao objeto do estudo: necessidade de expandir o entendimento sobre jurisdição voluntária para abranger o processo atributivo (p. 221).
42. Brevíssima exposição sobre a evolução do debate acadêmico em torno da jurisdição constitucional no modelo europeu (p. 223).
  - 42.1. Argumentos de Carl Schmitt em seu escrito "Der Hüter der Verfassung" (O guardião da Constituição): a jurisdição constitucional vista como função legislativa (p. 224).
  - 42.2. Resposta de Hans Kelsen em "Wer soll der Hüter der Verfassung sein?" (Quem deve ser o guardião da Constituição?): jurisdição constitucional vista como função jurisdicional (p. 227).
  - 42.3. Ainda sobre o pensamento de Hans Kelsen: imprecisão sobre a natureza da "jurisdição constitucional" (p. 231).
  - 42.4. Compreensão de Calamandrei sobre a jurisdição constitucional considerando as teorias "carneluttiana" e "chiovendiana", e sua filiação ao pensamento de Kelsen (p. 236).
  - 42.5. Compreensão de Cappelletti coincidente à de Calamandrei, mas rompendo com a resposta "kelseniana": jurisdição constitucional no seio da jurisdição voluntária (p. 239).
  - 42.6. Jurisdição voluntária na concepção de Botelho de Mesquita: precisão que permite melhor assentamento da jurisdição constitucional no âmbito da voluntária (p. 243).
43. Ajuste final entre processo atributivo e jurisdição voluntária: a tutela do interesse objetivo de equilíbrio dos Poderes confiado pelo Parlamento ao Judiciário (p. 250).
44. Vantagens em compreender a jurisdição voluntária como jurisdição que tutela interesses além dos privados: consequência para a jurisdição constitucional de via principal (p. 254).
45. O controle de constitucionalidade pela via principal sendo norteado por princípios típicos de processo civil voluntário (p. 255).

- 46. Afinidade da pesquisa de Mauro Cappelletti com a corrente alemã que vê como “objetivo” o processo voltado para a solução dos conflitos alemães entre órgãos supremos federais (“Organstreitigkeiten”) (p. 257).
- 47. O afastamento entre o ajuste do item n. 43 e a ideologia contida na terminologia “instrumentalidade do processo” (p. 262).

§ 6.º SUMA CONCILIATÓRIA DO PROCESSO ATRIBUTIVO NO SISTEMA JURISDICIONAL BRASILEIRO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE (p. 265).

- 48. Controle de constitucionalidade pela via principal na visão de Rui Barbosa (p. 265).
- 49. Séria admoestação da história constitucional brasileira: o pecado original da ação direta de inconstitucionalidade pela via principal de 1965 (p. 266).
- 50. Aumento da relevância do controle de constitucionalidade pela via principal no sistema constitucional pós-1988 (p. 271).
- 51. Acentuado ponto de tensão entre as vias difusa e principal na jurisdição constitucional brasileira; crescente prevalectimento da via principal (p. 272).
- 52. Conseqüente desta tensão: necessidade de inserção do processo atributivo no âmbito da via principal sem estimular a destruição da via difusa (p. 273).
- 53. Jurisdição constitucional brasileira: seus campos de intersecção com a jurisdição voluntária e jurisdição contenciosa, e a colocação do processo atributivo no campo da jurisdição constitucional exercida no modo voluntário (p. 274).
- 54. Pequena apologia ao sistema de controle de constitucionalidade difuso: indicação para os itens posteriores (p. 275).
- 55. Relação que deve existir entre o processo atributivo e o controle de constitucionalidade difuso: condição de complementaridade do processo atributivo (p. 279).
- 56. Colocação do processo atributivo entre os instrumentos de controle de constitucionalidade pela via principal (p. 281).
- 57. Processo de atribuição e reclamação constitucional: fronteira que divide os dois instrumentos processuais (p. 285).
- 58. Conclusão da Segunda Parte (p. 288).

TERCEIRA PARTE ESTUDO DA AÇÃO ATRIBUTIVA, ESTUDO DO PROCESSO ATRIBUTIVO, ENCERRAMENTO E FONTES.

§ 7.º DA AÇÃO ATRIBUTIVA (p. 289).

- 59. Seguimento natural da jurisdição voluntária: a ação voluntária. Necessidade de explicar a ação voluntária de atribuição (p. 290).
- 60. Impossibilidade da ação voluntária de atribuição ser um direito concreto (p. 291).
- 61. Impossibilidade da ação voluntária de atribuição ser um direito abstrato puro (p. 291).
- 62. Nosso ponto de partida para investigar a ação voluntária: o resultado prometido pelo Estado na jurisdição voluntária (p. 292).
- 63. Necessidade de estudo das condições de admissibilidade da ação voluntária atributiva (p. 294).
  - 63.1. Legitimidade “ad causam” (p. 295).

- 63.1.1. Legitimidade “ad causam” na jurisdição contenciosa; incompatibilidade com a jurisdição voluntária (p. 295).
- 63.1.2. Do particular (terminologia “interessado legitimado”) (p. 298).
- 63.1.3. Dos órgãos estatais conflitantes (p. 299).
- 63.1.4. Do Ministério Público (p. 300).
- 63.1.5. Aspecto “passivo” da legitimação na ação voluntária de atribuição: os “interessados necessários” (terminologia para distinguir da especificada no item n. 63.1.2) e o Ministério Público (art. 1.105, CPC) (p. 303).
- 63.2. Interesse processual (p. 305).
  - 63.2.1. Necessidade de intervenção judicial para evitar injusto dano (p. 305).
  - 63.2.2. Particularidade do interesse processual na jurisdição voluntária: obstáculo a ser removido advém exclusivamente da lei (p. 306).
  - 63.2.3. Dos órgãos conflitantes (p. 307).
  - 63.2.4. Do particular (p. 308).
  - 63.2.5. Do Ministério Público (p. 309).
- 63.3. Não há confusão entre o interesse processual e a legitimidade “ad causam” (p. 310).
- 63.4. Possibilidade jurídica do pedido (p. 310).
  - 63.4.1. Visão geral (p. 310).
  - 63.4.2. Lição de Botelho de Mesquita (p. 312).
  - 63.4.3. Possibilidade jurídica do pedido na ação atributiva (p. 316).
- 63.5. Inexistência de coisa julgada (p. 316).
- 63.6. Inexistência de litispendência (p. 318).
- 64. Dos elementos da ação atributiva (p. 322).
  - 64.1. Interessados (p. 323).
  - 64.2. Pedido (p. 323).
    - 64.2.1. Pedido imediato (p. 323).
    - 64.2.2. Pedido mediato (p. 324).
  - 64.3. Causa de pedir (p. 325).
    - 64.3.1. Conteúdo mínimo da causa de pedir remota (p. 326).
      - 64.3.1.1. Histórico do conflito, descrição dos órgãos na organização estatal, e se necessário a demonstração da relevância da controvérsia para o sistema de freios e contrapesos (p. 326).
      - 64.3.1.2. Fato constitutivo voluntário (p. 327).
      - 64.3.1.3. Fato que torna necessário ao órgão conflitante a intervenção judicial (p. 328).
      - 64.3.1.4. Fato que torna necessário ao particular a intervenção judicial (p. 328).
    - 64.3.2. Causa de pedir próxima (p. 328).
      - 64.3.2.1. Distinção entre fundamento jurídico e fundamento legal (p. 328).
      - 64.3.2.2. Conteúdo do fundamento jurídico (p. 329).
    - 64.3.3. Aplicação do art. 282, III do Código de Processo Civil à causa de pedir da ação de atribuição; inaplicabilidade do art. 3.º, I da Lei n.º 9.868 de 10 de novembro de 1999 (p. 330).
- 65. Condição de procedência da ação voluntária atributiva (p. 331).
- 66. Admoestação para boas decisões em matéria de conflito de atribuição (p. 332).
  - 66.1. Consciência da velha querela entre autoridade e liberdade (p. 332).
  - 66.2. Compreensão do presente; necessidade dos olhos voltarem-se ao futuro (p. 333).

- 66.3. O conflito de atribuição pode denunciar justa evolução da separação do exercício do poder (p. 334).
- 66.4. Síntese de Mestre Goffredo (p. 334).
- 67. Da ação civil: definição do gênero (p. 334).
  - 67.1. Da ação civil concreta (p. 335).
  - 67.2. Da ação civil política (p. 336).
  - 67.3. Do trabalho em conjunto de ambas em prol da harmonia social (p. 337).
  - 67.4. Do direito à administração da justiça comum a ambas ações (p. 337).
  - 67.5. Configuração da ação civil brasileira pós-1988 (p. 338).
  - 67.6. Da possibilidade que se abre para vencermos o pressentimento de L. E. de Bueno Vidigal (p. 338).
- 68. Esclarecimento final quanto ao significado do termo *política* na locução *ação política* (p. 339).
- 69. Definição da ação de atribuição (p. 341).

§ 8.º DO PROCESSO ATRIBUTIVO (p. 342).

- 70. Justificativa do processo como método de solução dos conflitos de atribuição (p. 342).
- 71. Jurisdição voluntária à luz dos princípios constitucionais e infraconstitucionais do processo brasileiro (p. 346).
  - 71.1. Princípio do devido processo legal voluntário (p. 346).
  - 71.2. Princípio dialético (p. 348).
  - 71.3. Princípio da proibição de conversão do processo voluntário em processo contencioso (p. 350).
  - 71.4. Princípio do indiferente jurídico (ou discricionário) (p. 353).
  - 71.5. Princípios da informalidade, da simplicidade, e da celeridade procedimental (p. 355).
  - 71.6. Princípio da demanda (p. 358).
  - 71.7. Princípio da igualdade (p. 360).
  - 71.8. Princípio do juiz natural (p. 362).
  - 71.9. Princípio da motivação (p. 364).
  - 71.10. Princípio inquisitivo (em detrimento do dispositivo) (p. 367).
  - 71.11. Princípio da escritura (em detrimento da oralidade) (p. 368).
  - 71.12. Princípio da segurança jurídica (p. 369).
- 72. Pressupostos processuais (p. 372).
  - 72.1. Propositura da ação e petição inicial apta (p. 373).
  - 72.2. Investidura de jurisdição e imparcialidade do órgão jurisdicional (p. 373).
  - 72.3. Competência (p. 374).
    - 72.3.1. Competência para processamento e julgamento dos conflitos de atribuição: cisão entre a competência expressa do Superior Tribunal de Justiça e a competência residual do Supremo Tribunal Federal (p. 374).
    - 72.3.2. Competência no âmbito de Estados-membros e Distrito Federal (p. 375).
  - 72.4. Capacidade: de ser parte, estar em juízo, e postulatória (p. 376).
  - 72.5. Citação (art. 1.105, CPC). Litisconsórcio voluntário: conteúdo e consequências (p. 379).
- 73. Decisão: requisitos (p. 385).
  - 73.1. Efeito primário da decisão (p. 386).
  - 73.2. Primeiro efeito secundário (p. 386).
  - 73.3. Segundo efeito secundário (p. 387).
- 74. Principais recursos no processo atributivo (p. 388).
  - 74.1. Embargos de declaração (p. 388).
  - 74.2. Recurso extraordinário: restrição da aplicabilidade (p. 388).

75. Implementação da decisão judicial que soluciona conflito de atribuição (“execução”) (p. 393).

§ 9.º ENCERRAMENTO (p. 396).

76. Queda da Lei seguida pela queda da separação dos Poderes (p. 396).

77. Maior orgulho dos ingleses: lição para os brasileiros (p. 396).

78. Quinta-essência do presente estudo (p. 397).

79. Pobreza da prática política brasileira: desapego a vulgaridades milenárias (p. 397).

80. Item essencial à renovação da prática política brasileira (p. 398).

81. Brisa renovadora: o *Primeiro Mandamento* na filosofia de Mestre Goffredo (p. 399).

82. Banquete (p. 400).

§ 10.º FONTES (p. 401).

83. Bibliografia (em ordem alfabética) (p. 401).

84. Legislação brasileira relativa à pesquisa histórica (em ordem cronológica) (p. 425).

85. Regimentos Internos do E. Supremo Tribunal Federal (idem) (p. 429).

86. Casos julgados relativos à pesquisa histórica do segundo capítulo (idem) (p. 430).

RESUMO/ABSTRACT (p. 439).

APRESENTAÇÃO

“O conceito de conflito de atribuições se associa, intimamente, ao princípio constitucional da autonomia e separação dos Poderes”.¹ A irreprochável lição é de **CAIO TÁCITO**, e ela possui a virtude de fornecer-nos, em uma selva quase impenetrável que é a própria matéria dos conflitos de atribuição, a salvadora abertura de luz capaz de conduzir-nos a uma trilha cujo destino final seja uma compreensão minimamente sólida da matéria a que nos propomos estudar. É que, sabendo de antemão que a alma dos conflitos de atribuição reside na separação dos Poderes, deduzimos com facilidade que nosso objeto de estudo – o processo de atribuição – deve possuir como finalidade *preservar o sistema estatal de freios e contrapesos*, como meio de preservar a liberdade das pessoas que vivam ou estejam em trânsito em nosso país.

E qual é a importância de estudarmos, atualmente, um processo cuja questão principal seja a própria repartição constitucional dos Poderes do Estado brasileiro? Vejamos. Após esclarecer – na mesma linha de **MONTESQUIEU** – que o poder é, por natureza, usurpador, **JAMES MADISON** admoesta-nos que a experiência revela que a simples demarcação, no papel, dos limites constitucionais dos diversos Poderes do Estado, não pode ser reconhecido como escudo suficientemente poderoso contra violações que abrem brechas para uma abusiva concentração de poder nas mesmas mãos.² E dentro de nossa tradição jurídica, um dos muitos meios pelos quais se pode conservar o equilíbrio de forças entre os Poderes é o processo de atribuição, cuja existência data antes mesmo da ação direta instituída pela emenda n.º 16 de 26 de novembro de 1965. É, portanto, mais um instrumento favorável à estabilidade da democracia brasileira.

No entanto, a valiosa contribuição de **CAIO TÁCITO** a que nos referimos – dentre tantas outras –, abriu-nos igualmente os olhos para notarmos que a tarefa de escrever um estudo processual voltado para solucionar estes conflitos na via principal seria muito mais

---

¹ TÁCITO, Caio. Conflito de atribuições. In: CARVALHO SANTOS, J. M. (Coord.); AGUIAR DIAS, José de. (Coadjuvado por). **Repertório Enciclopédico do Direito brasileiro**. Vol. XI. Rio de Janeiro: Borsoi, 1947, p. 46.

² MADISON, James. These departments should not be so far separated as to have no constitutional control over each other, n.º 48. **The Federalist**. In: Great Books of the Western World. Vol. 43. Chicago, Londres, Toronto: Encyclopædia Britannica, Inc., 1952.

desafiador do que parecia à primeira vista. É que antes mesmo de iniciarmos o estudo processual, sentimos irresistível necessidade de reconstruir o próprio conceito de conflito de atribuição que tem prevalecido na jurisprudência de nossos Tribunais Superiores: é ele tão obtuso e decrépito, que realmente dificulta – se não impossibilita totalmente – um estudo processual que busque resultado minimamente útil à boa tutela da separação brasileira dos Poderes.

Com o fim de realizarmos a almejada reconstrução, tratamos de estudar no primeiro capítulo a evolução da separação brasileira de Poderes, para sabermos, inclusive, a origem remota do art. 105, I, “g” da atual Constituição. E por que estudamos “a” separação “brasileira” de Poderes? É que “a prática constitucional documenta que, segundo as condições políticas e econômicas *de cada época e de cada país*, a balança do predomínio se inclina, irresistivelmente, para um dos três poderes constituídos do Estado”.³ Ou seja, esta outra magnífica lição de CAIO TÁCITO levou-nos a crer que só seria possível desenvolvermos um processo útil para a solução dos conflitos brasileiros de atribuição, caso conhecêssemos, de perto e em detalhes, a nossa própria história de separação dos Poderes; ou como bem disse TOBIAS BARRETO, “é mister um estudo mais profundo da nossa gênese, a fim de dar-se remédio aos males que nos ferem”.⁴

Com os subsídios do primeiro capítulo, foi-nos possível, no segundo capítulo, compreendermos a dança muito bem compassada entre a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre os conflitos de atribuição e os regimes políticos do Brasil: regimes autoritários tendem a sufocar o processo de atribuição, já que a separação dos Poderes tende a ser aniquilada e, como consequência, o conflito de atribuição tende a transformar-se em simples conflito administrativo cuja solução cabe a superior hierárquico; pela razão contrária, regimes democráticos são férteis para o desenvolvimento do processo de atribuição. Nesta mesma linha, conseguimos obter alguns padrões de comportamento do

---

³ TÁCITO, Caio. Conflito de atribuições..., p. 46, grifamos.

⁴ BARRETO, Tobias. A questão do poder moderador (o governo parlamentar no Brasil). In: *Estudos de Direito*. Publicação Posthuma dirigida por Sylvio Romero. Rio de Janeiro: Laemmert & C., 1892, p. 393 a 394: “Logo, o único meio de salvar e engrandecer o Brasil é tratar de colocá-lo em condições de poder ele tirar de si mesmo, quero dizer, do seio da sua história, a direção que lhe convém. O destino de um povo, como o destino de um indivíduo, não se muda, nem se deixa acomodar ao capricho e ignorância daqueles que pretendem dirigi-lo. É mister um estudo mais profundo da nossa gênese, a fim de dar-se remédio aos males que nos ferem”.

processo de atribuição em consonância com a substância do regime político a que estivesse vinculado.

Todos estes subsídios foram digeridos no terceiro capítulo – conclusão da primeira parte do estudo –, e nele tivemos condições de, primeiro, estabelecer o campo de investigação para escrevermos um estudo processual voltado para solucionar, na via principal, os possíveis conflitos de atribuição do Estado brasileiro. Segundo, tentamos colocar o estudo em direção que evitasse interpretações autoritárias próprias dos regimes autocráticos do Brasil.

Com esta sólida base, partimos para as segunda e terceira partes. Na segunda parte do estudo, composta pelos capítulos quarto, quinto e sexto, estudamos, respectivamente: o conceito de conflito de atribuição; a partir dele, compreendemos a jurisdição que deve ser exercida no processo de atribuição; para, então, cuidadosamente evidenciarmos o espaço próprio do processo de atribuição no sistema brasileiro de controle de constitucionalidade. Na última parte da dissertação, a terceira, chegamos ao auge do estudo processual colocando-nos a esmiuçar a ação atributiva e o processo atributivo. Tendo como pano de fundo os conflitos de atribuição, nossa intenção nunca foi tratar em profundidade abissal sobre tudo que é inerente a estas duas categorias. Em verdade, isto exigiria um tratado de Direito Processual Civil. Nossa intenção foi tão-só colocar em relevo os principais traços e formas do processo de atribuição, cuja firmação ocorreu no alvorecer da década de 1940 – decadência do Estado Novo –, e cuja destruição foi ampla no auge do regime autoritário de 1964. Logo, de estrito acordo com o fim a que nos propusemos, procuramos apenas tocar em pontos que julgamos fundamentais para reavivar plenamente o agonizante processo atributivo.

DANIEL GUIMARÃES ZVEIBIL

NOMENCLATURA

É realmente séria a controvérsia terminológica no presente tema: alguns falam em “conflitos de competência” e “conflitos de jurisdição” como sinônimos; ou “conflitos de atribuição” e “conflitos de atribuição administrativa” como sinônimos; etc.

Esta falta de univocidade no sentido dos termos, tanto na jurisprudência nacional quanto nas doutrinas nacional e alienígena, é impureza que dificulta um discurso científico. Logo, tomamos a liberdade de estabelecer em nosso estudo o conteúdo de alguns termos, e julgamos que esta convenção simples seja capaz de contribuir à clareza do discurso dissertativo. Conquanto seja desnecessário, é importante reiterar que nossa intenção é apenas evitar que a dissertação trabalhe com termos equívocos ou análogos em âmbito doutrinário; nunca nos passou pela mente insinuar que a terminologia alheia seja necessariamente equivocada, ou que a nossa seja a única verdadeira.

1. Conflito de atribuição: conflito entre centros autônomos de poder, relevante para o sistema de freios e contrapesos do Estado.
2. Conflito federativo: conflito entre centros autônomos de poder de planos federativos distintos (incluindo municípios).
3. Conflito híbrido: amálgama entre as idéias de conflito de atribuição e conflito federativo, *i.e.*, as autoridades conflitantes além de pertencerem a Poderes distintos, pertencem a planos federativos diversos.
4. “Conflito de jurisdição”: esta terminologia foi usada de caso pensado na parte histórica do trabalho (primeiro e segundo capítulos), adrede entre aspas, com o único objetivo de permitir que o leitor tenha contato com a fiel linguagem dos documentos históricos. Na parte histórica, esta terminologia refere-se *ou* aos possíveis conflitos entre juízos, *ou* aos possíveis conflitos entre autoridades judiciária e administrativa. De acordo com o contexto, o leitor terá condições de fazer a distinção semântica.
5. Conflito de atribuição administrativa: conflito entre órgãos estatais administrativos cuja solução pode ser determinada por um superior hierárquico.
6. Conflito de competência: conflito entre órgãos jurisdicionais.
7. Processo de atribuição ou atributivo: processo cujo fim é o de conservar o sistema brasileiro de freios e contrapesos, ao solucionar conflitos de atribuição como questão principal.

8. Processo federativo: processo cujo fim é o de conservar o pacto federativo, ao solucionar conflitos federativos como questão principal.

PRIMEIRA PARTE

**HISTÓRICO DA FRAGMENTAÇÃO DOS PODERES,
JURISPRUDÊNCIA DA AÇÃO DE ATRIBUIÇÃO,
E LINHA DE INVESTIGAÇÃO DO ESTUDO.**

§ 1.º EVOLUÇÃO ESTRUTURAL DO ESTADO BRASILEIRO E A ORIGEM REMOTA DO ART. 105, I, “G” DA CONSTITUIÇÃO DE 1988.

SUMÁRIO: 1. Império: Carta de 1824 até a proclamação da República em 1889 – 2. Repúblicas pretéritas: Constituição de 1891; de 1934; Carta de 1937; Constituição de 1946; Cartas de 1967 e de 1969 – 3. Atual República: Constituição de 1988 – 4. Continuação da atual República: atuação estatal no domínio econômico e agentes reguladores – 5. Tendência de fragmentação da potestade brasileira e a origem remota do art. 105, I, “g” da Constituição de 1988 – 6. Conflito de atribuições e regimes autoritários: idéias antitéticas.

1. A Carta brasileira de 1824 prescrevia:

“Art. 10. Os Poderes Políticos reconhecidos pela Constituição do Império do Brasil são quatro: o Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo e o Poder Judicial”.

O Imperador era Chefe do Executivo contemporaneamente ao exercício do Moderador.¹

Sabe-se que a inspiração para instituir o ramo Moderador neste sistema encontra-se na doutrina de BENJAMIN CONSTANT.² Sem entrar no mérito da serventia da doutrina de CONSTANT, é preciso lembrar que o germe desta encontra-se no pensamento de CLERMONT-TONNERRE, que distinguiu “dans le pouvoir monarchique, deux pouvoirs distincts, le pouvoir exécutif, investi de prérogatives positives, et le pouvoir royal, que est soutenu par des souvenirs et par des traditions religieuses”.³ Deduz-se da lição de CONSTANT que esta separação garantiria a inviolabilidade somente do Moderador, e

¹ Carta/1824, art. 101 e 102.

² Cf.: PIMENTA BUENO, José Antonio. *Direito Público Brasileiro e analyse da Constituição do Imperio*. Rio de Janeiro: Typographia Imp. e Const. de J. Villeneuve E.C., 1857, p. 30 a 34, 204 e 205; RODRIGUES, José Carlos. *Constituição política do Imperio do Brazil seguida de acto addicional, da lei de sua interpretação e de outras*. Rio de Janeiro: Casa dos Editores Eduardo & Henrique Laemmert, 1863, p. 15 e 68.

³ Apud CONSTANT, Benjamin. *Cours de Politique Constitutionnelle*. 2.^a édition. Tome premier. Paris: Guillaumin, 1872, p. 178.

naturalmente sujeitaria o Executivo a suas reprimendas,⁴ então é justamente esta “inviolabilidade” do Moderador que adviria sua neutralidade para intervir nos demais ramos de poder, ou para ser o “pouvoir judiciaire des autres pouvoirs”.⁵

É preciso não esquecer que o enxerto do Moderador na Carta de 1824 deu-se após o golpe dado pelo Imperador D. Pedro I dissolvendo a Assembléia Constituinte de 1823,⁶ e este fato explica o porquê do texto da Carta trair abertamente a doutrina de CONSTANT, na medida em que seu texto permite que se interprete pela união dos ramos Executivo e Moderador na pessoa do Imperador, tornando o Executivo igualmente “inviolável e sagrado”, além de conferir ao Moderador assombrosa extensão de atribuições. Por tais razões BONAVIDES e ANDRADE afirmam que o ramo Moderador da Carta de 1824 foi “literalmente a constitucionalização do absolutismo, se isto fora possível”,⁷ e FERREIRA FILHO que “não reflete apenas as concepções de CONSTANT. Serve, também de meio de expressão do princípio autocrático”.⁸

No exercício do Moderador a Carta de 1824 investia o Imperador das seguintes atribuições: nomear senadores na forma do art. 43 da Carta;⁹⁻¹⁰ convocar a Assembléia Geral extraordinariamente nos intervalos das sessões, na hipótese do “bem do Império”

---

⁴ CONSTANT, Benjamin, op. cit., p. 180: “La monarchie constitutionnelle nous offer, comme je l’ai dit, ce pouvoir neuter, si indispensable à toute liberté régulière. Mais on perd cet immense avantage, soit en élevant le pouvoir exécutif au niveau du pouvoir royal. Alors mille questions deviennent insolubles: celle, par exemple, de la responsabilité. Quand on ne considère les ministres que comme de simples agents du pouvoir exécutif, il paraît absurde de rendre l’instrument responsable, et de déclarer inviolable le bras qui s’en sert. Mais considérez le pouvoir exécutif, c’est-à-dire les ministres, comme un pouvoir à part, que le pouvoir Royal est destiné à réprimer par la destitution, comme il réprime par la dissolution les assemblées representatives, la responsabilité du pouvoir exécutif devient raisonnable, et l’inviolabilité du pouvoir royal est assurée”.

⁵ Ibidem, p. 181.

⁶ Cf. BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História Constitucional do Brasil**. 3.ª edição. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991, p. 35-82, especialmente a última página 82.

⁷ Ibidem, p. 96. Na mesma página, resumem a questão Bonavides e Andrade: “Em suma, o Poder Moderador, qual constava da Constituição, se opunha tanto à doutrina de Montesquieu, da separação dos poderes, como à de Constant, que era a doutrina do poder neutro ou poder judiciário dos demais poderes” (Ibidem, p. 96).

⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O modelo político na Constituição do Império. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, n. 06, 1975, p. 15.

⁹ Carta/1824, art. 43: “As eleições serão feitas pela mesma maneira que a dos deputados, mas em listas tríplices, sobre as quais o Imperador escolherá o terço na totalidade da lista”.

exigir;¹¹ sancionar os Decretos e Resoluções da Assembléia Geral, para que tenha força de Lei, conforme o art. 62;¹²⁻¹³ aprovar e suspender interinamente as Resoluções dos Conselhos Provinciais, consoante dispositivos 86 e 87;¹⁴⁻¹⁵ prorrogar ou adiar a Assembléia Geral e dissolver a Câmara dos Deputados, nos casos em que exigir a salvação do Estado, convocando imediatamente outra que a substitua;¹⁶ como visto, nomear e demitir livremente Ministros de Estado;¹⁷ suspender os magistrados nos casos do art. 154;¹⁸⁻¹⁹ perdoar e moderar as penas impostas aos réus condenados por sentença;²⁰ conceder anistia em caso urgente, e que assim aconselhem a humanidade, e bem do Estado.²¹ A capacidade do Moderador para intrometer-se na esfera dos outros ramos de Poder era incisiva, e a fórmula da Carta para defini-lo não deveu nada quanto a este sentido: “O Poder Moderador é a chave de toda a organização política, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que o incessantemente vele sobre a manutenção da Independência, equilíbrio, e harmonia dos demais Poderes Políticos”.²²

---

¹⁰ Carta/1824, art. 101, I.

¹¹ Carta/1824, art. 101, II.

¹² Carta/1824, art. 62: “Se qualquer das duas Câmaras, concluída a discussão, adotar inteiramente o Projeto que a outra Câmara lhe enviou, o reduzirá a Decreto, e, depois de lido em Sessão, o dirigirá ao Imperador em dois autógrafos, assinados pelo Presidente e os dois primeiros Secretários, pedindo-lhe a sua sanção pela fórmula seguinte – A Assembléia Geral dirige ao Imperador o Decreto incluso, que julga vantajoso e útil ao Império, e pede a Sua Majestade Imperial se digne dar a sua sanção”.

¹³ Carta/1824, art. 101, III.

¹⁴ Carta/1824, art. 86: “Não se achando a esse tempo reunida a Assembléia, o Imperador as mandará provisoriamente executar, se julgar que elas são dignas de pronta providência, pela utilidade que de sua observância resultará ao bem geral da Província”;
art. 87: “Se porém não ocorrerem essas circunstâncias, o Imperador declarará que suspende seu juízo a respeito daquele negócio. Ao que o Conselho responderá que recebeu mui respeitosamente a resposta de sua Majestade Imperial”.

¹⁵ Carta/1824, art. 101, IV.

¹⁶ Carta/1824, art. 101, V.

¹⁷ Carta/1824, art. 101, VI.

¹⁸ Carta/1824, art. 101, VII.

¹⁹ Carta/1824, art. 154: “O Imperador poderá suspendê-los por queixas contra eles feitas, precedendo audiência dos mesmos Juizes, informação necessária, e ouvido o Conselho de Estado. Os papéis, que lhes são concernentes, serão remetidos à Relação do respectivo Distrito, para proceder na forma da Lei”.

²⁰ Carta/1824, art. 101, VIII.

²¹ Carta/1824, art. 101, IX.

O ramo Legislativo era composto por Câmara dos Deputados e Senado, e como se viu não escapava dos longos tentáculos do Moderador. Conforme dito, a atribuição do Moderador para nomear e demitir livremente os Ministros de Estado impedia a prática do regime parlamentarista, asfixiando qualquer tentativa de regime representativo. Entretanto, a prática do 2.º Reinado aos poucos contrariou os escritos da Carta, culminando com o Decreto n.º 523 de 20 de julho de 1847 por meio do qual foi criado o cargo de Presidente do Conselho de Ministros, tendo o Imperador tomado “em consideração a conveniência de dar ao Ministério uma organização mais adaptada às condições do sistema representativo”. Para **PEDRO CALMON** este Decreto teria colocado o novo cargo de Presidente na posição de chefe responsável pelo Executivo e, neste pé a “responder diretamente pelos atos governamentais perante a assembléia”.²³ Complementa o historiador que, de seu ponto-de-vista, teria sido o coroamento do regime parlamentar inglês.²⁴ Para o presente estudo importa notar que deste Decreto em diante torna-se mais visível – pelo menos em tese – um leve destacamento do Poder Legislativo em relação ao Moderador e, portanto, começaria a surgir potencial configuração à ocorrência de autênticos conflitos de atribuição entre estes. Mas, o momento ainda não está maduro para considerações a este respeito, e deixaremos para o capítulo seguinte.

Na órbita do Moderador havia o Conselho de Estado, seu órgão consultivo composto por número não excedente de dez conselheiros vitalícios e nomeados pelo Imperador.²⁵ A Carta de 1824 fazia-lhes uma série de exigências, dentre elas fidelidade ao Imperador, e que o aconselhassem “segundo suas consciências, atendendo somente ao bem da nação”.²⁶ Determinava a Carta que fossem ouvidos “em todos os negócios graves e medidas gerais da pública administração; principalmente sobre a declaração de guerra, ajuste de paz, negociações com as nações estrangeiras, assim como em todas as ocasiões, em que o Imperador se proponha exercer qualquer das atribuições próprias do Poder Moderador, indicadas no art. 101, à exceção da VI”.²⁷ Todavia, a reforma constitucional de 1834²⁸

---

²² Carta/1824, art. 98.

²³ CALMON, Pedro. *História da Civilização brasileira*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2002, p. 237 (Coleção biblioteca básica brasileira).

²⁴ CALMON, Pedro, op. cit., p. 237.

²⁵ Carta/1824, art. 137 e 138.

²⁶ Carta/1824, art. 141.

²⁷ Carta/1824, art. 142.

suprimiu o Conselho por ser visto como “fator de agravamento do absolutismo de **D. PEDRO I**”.²⁹ Com a maioria antecipada de **D. PEDRO II** voltou a ser instituído pela Lei n.º 234 de 23 de novembro de 1841, de cuja redação mais pormenorizada do que o texto original revogado surge mandamento específico tratando de conflitos entre autoridades administrativas e judiciárias: “Art. 7.º Incumbe ao Conselho d’Estado consultar em todos os negocios em que o Imperador Houver por bem ouvil-o para resolvel-os, e principalmente: (...) 4.º Sobre conflictos de jurisdicção entre Autoridades Administrativas, e entre estas e as Judiciárias; (...)”. A rápida revisão dos ramos de poder Executivo e Judiciário será útil para auxiliar no entendimento deste dispositivo.

No papel de Chefe do Executivo o Imperador acumulava extenso rol de atribuições,³⁰ merecendo destaque: nomear Bispos e prover os benefícios eclesiásticos;³¹ nomear magistrados;³² prover empregos civis e políticos;³³ conceder títulos, honras, ordens militares, e distinções em recompensa de serviços feitos ao Estado;³⁴ expedir Decretos, Instruções, e Regulamentos adequados à boa execução das leis.³⁵

A Carta de 1824 negava expressamente aos juízes a garantia de vitaliciedade, pois a despeito do retórico art. 153 prescrever que “os juízes de direito serão perpétuos”, em seguida o art. 154 sujeitava esta perpetuidade ao arbítrio do Imperador. A garantia da inamovibilidade também era insciente em razão do texto do mencionado art. 153 e, quanto a garantia de irredutibilidade de vencimentos a Carta era absolutamente omissa. Não se levou em conta, até aqui, a falta de autonomia administrativa³⁶ e financeira do Judiciário,

---

²⁸ Ato Adicional, Lei n.º 16, de 12 de agosto de 1834 (Faz algumas alterações e adições à Constituição Política do Império, nos termos da Lei de 12 de outubro de 1832), art. 32.

²⁹ NOGUEIRA, Octaciano. *Constituições Brasileiras: 1824*. Vol. I. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001, p. 50 (Coleção, Constituições Brasileiras).

³⁰ Carta/1824, art. 102, I a XV.

³¹ Carta/1824, art. 102, II.

³² Carta/1824, art. 102, III.

³³ Carta/1824, art. 102, IV.

³⁴ Carta/1824, art. 102, XI.

³⁵ Carta/1824, art. 102, XII.

³⁶ V. Decreto de 02 de janeiro de 1829, por meio do qual o Imperador designa o dia da instalação e o horário das conferências do Supremo Tribunal Federal, e também o Decreto n.º 8.621 de 28 de julho de 1882 por meio do qual o Imperador marca a hora em que devem começar as conferências do Supremo Tribunal de Justiça.

tornando mais evidente que se tratava de simulacro de ramo de poder. Esta configuração — sem esquecer quem chefiava o Executivo — torna compreensível o assenhoreamento pelo Moderador da atribuição do art. 7.º da Lei n.º 234 de 23 de novembro de 1841, excluindo naturalmente o Judiciário.

Para entender melhor a atribuição deste art. 7.º, ainda é útil acrescentar outro dado que mostra o Antigo Regime espelhado em um bloco monolítico: a Carta dispõe sobre rigorosa centralização político-administrativa. A Presidência provincial mostrava-se cargo de confiança do Imperador, pois os Presidentes eram nomeados pelo Imperador e estavam sujeitos a remoções, se o nomeante entendesse que assim conviria “ao bom serviço do Estado”.³⁷ Ainda no campo provincial, os Conselhos Gerais de Províncias eram impedidos de proporem e deliberarem sobre imposições de atribuição exclusiva da Câmara dos Deputados,³⁸ por esta razão a matéria tributária também não escapava da órbita Imperial no exercício da atribuição moderadora.³⁹

Visto este quadro, está mais acessível o entendimento da atribuição prevista no art. 7.º, inciso 4.º, da Lei n.º 234 de 23 de novembro de 1841. O Regulamento n.º 124 de 05 de fevereiro de 1842, no qual está contido o Regimento do Conselho de Estado e que obriga também a outras autoridades públicas, tal qual Presidentes das Províncias, possuía mandamentos específicos com vistas à realização da citada atribuição do art. 7.º. Havia no Regulamento capítulo específico a respeito de “objetos contenciosos”,⁴⁰ e logo de início já prescrevia que na hipótese do “Presidente de uma Província, ou Procurador da Coroa na Corte, e Província do Rio de Janeiro, tiver notícia de que uma Autoridade Judiciária está efetivamente conhecendo de algum objeto administrativo, exigirá dela os esclarecimentos precisos, bem como as razões, pelas quais se julga com jurisdição sobre o objeto”.⁴¹ Não há imprecisão no mandamento: trata-se realmente de exigência, bastando lembrar que a Presidência da Província era cargo de confiança do Imperador, sendo permitido a este suspender magistrados no exercício do Moderador. Continua o Regulamento: “Se forem consideradas improcedentes as razões, em que a Autoridade Judiciária firmar sua

---

³⁷ Carta/1824, art. 165.

³⁸ Carta/1824, art. 83, III.

³⁹ Carta/1824, art. 102, III e V.

⁴⁰ Capítulo III.

⁴¹ Regulamento n.º 124 de 05 de fevereiro de 1842, art. 24.

jurisdição, ordenará o Presidente, ou o Procurador da Coroa, que cesse todo o ulterior procedimento, e sejam citados os interessados, para em um prazo razoável deduzirem seu direito”.⁴² Findado este prazo, “se o Presidente entender que o negócio é administrativo, assim o resolverá provisoriamente, remetendo todos os papéis a respeito dele, com a sua decisão, à Secretaria da Justiça. Se porém entender que o negócio não é administrativo, à vista dos novos esclarecimentos que tiver obtido das partes, ou da mesma Autoridade Judiciária, declarará que não tem lugar o conflito, e que continue o processo no Foro Judicial”.⁴³ O julgamento definitivo do conflito cabia ao Imperador, o que explica o trâmite do procedimento continuar nas mãos do Ministro da Justiça⁴⁴ – quem presidia a seção de Negócios da Justiça do Conselho de Estado.⁴⁵ No caso do conflito entre autoridades administrativa e judiciária dar-se na modalidade negativa, *i.e.*, ambas considerarem-se incompetentes, a dita seção do Conselho oferece seu parecer ouvidas as autoridades conflitantes.⁴⁶ Por fim, “quando o conflito for entre Autoridades administrativas, se procederá na forma dos artigos antecedentes no que lhe forem aplicáveis”.⁴⁷

Aqui não é o ponto ideal para detalhar a questão, todavia somente conferindo textos legais já é possível notar três conseqüentes da forte centralização do Antigo Regime brasileiro nos conflitos entre autoridades administrativas e judiciárias: primeiro, eram conflitos entre autoridades inferiores a subordinante comum e, em vista deste fato, resolúveis pelo tradicional critério administrativo do superior hierárquico; segundo, evidencia-se que não havia autênticos conflitos de atribuição entre Executivo e Judiciário no período monárquico; terceiro, torna-se compreensível o silêncio processual do Decreto de 20 de outubro de 1823 – responsável pela manutenção das Ordenações naquilo que não se contrapusesse à soberania do Brasil –, do Regimento n.º 737 de 25 de novembro de 1850, e da Consolidação Ribas em vigor a partir da Resolução de Consulta de 28 de dezembro de 1876.

---

⁴² Regulamento n.º 124 de 05 de fevereiro de 1842, art. 25.

⁴³ Regulamento n.º 124 de 05 de fevereiro de 1842, art. 26.

⁴⁴ Regulamento n.º 124 de 05 de fevereiro de 1842, art. 27.

⁴⁵ Regulamento n.º 124 de 05 de fevereiro de 1842, art. 1.º, 2.º c/c art. 3.º.

⁴⁶ Regulamento n.º 124 de 05 de fevereiro de 1842, art. 28.

⁴⁷ Regulamento n.º 124 de 05 de fevereiro de 1842, art. 29.

Terminando a exposição sobre o período monárquico, vale tratar brevemente da esfera municipal. A despeito de atribuições próprias e típicas da potestade local,⁴⁸ esta esfera tinha como autoridade máxima o próprio Imperador por meio dos Presidentes das Províncias e da própria Assembléia Geral Legislativa.⁴⁹ O Poder Central – no caso Assembléia Geral e Imperador – estabeleceu que as Câmaras Municipais eram “corporações meramente administrativas”,⁵⁰ despojando-as do exercício judicante e rompendo com a tradição colonial. A reforma constitucional do Império manteve ainda muito da centralização,⁵¹ sobretudo por atribuir às Assembléias Provinciais a possibilidade de proporem, discutirem, e deliberarem sobre a polícia e economia municipal mediante propostas da Câmara, e sobre a fixação das despesas municipais e impostos necessários.⁵² O ato sancionado pelo Regente em nome de D. Pedro II, que tinha por fim interpretar alguns artigos da reforma constitucional,⁵³ recrudesceu a volta da centralização.⁵⁴

2. Abolida totalmente a escravidão em 1888, não tardou a queda do regime imperial na medida em que perdeu importante sustentação política dos grandes proprietários de terras. O Decreto n.º 01 de 15 de novembro de 1889 representou a ruptura com o período monárquico, e foi por onde os revolucionários formalizaram a instituição do Governo Provisório. Este ato também não deixava de ser protocolar quanto ao intento da ditadura do Governo Provisório de fazer do Brasil uma República Federativa.⁵⁵ Antes mesmo de honrarem o intento com a promulgação da nova Constituição em 24 de fevereiro de 1891, também formalizaram a ruptura entre o Estado e a Igreja Católica Apostólica Romana em 07 de janeiro de 1890, por meio do Decreto n.º 119A; mantida pela

⁴⁸ Lei de 1.º de outubro de 1828 (Dá nova forma às Câmaras Municipais, marca suas atribuições, e o processo para a sua eleição, e dos Juízes de Paz), art. 66 e seguintes.

⁴⁹ Carta/1824, art. 169 c/c Lei, 1.º de outubro de 1828 (Dá nova forma às Câmaras Municipais, marca suas atribuições, e o processo para a sua eleição, e dos Juízes de Paz), art. 73 e 78.

⁵⁰ Lei de 1.º de outubro de 1828 (Dá nova forma às Câmaras Municipais, marca suas atribuições, e o processo para a sua eleição, e dos Juízes de Paz), art. 24.

⁵¹ Ato Adicional, Lei n.º 16, de 12 de agosto de 1834 (Faz algumas alterações e adições à Constituição Política do Império, nos termos da Lei de 12 de outubro de 1832), art. 10.

⁵² Ato Adicional, Lei n.º 16, de 12 de agosto de 1834 (Faz algumas alterações e adições à Constituição Política do Império, nos termos da Lei de 12 de outubro de 1832), art. 10, parágrafos 4.º e 5.º.

⁵³ Lei n.º 105 de 12 de maio de 1840.

⁵⁴ V. Lei n.º 105 de 12 de maio de 1840, art. 1.º e 2.º.

⁵⁵ Art. 1.º.

Constituição.⁵⁶ Por esta acanhada pintura vê-se que foi época da mais profunda e larga reviravolta em relação ao centralismo monárquico. Em vista da descentralização estatal, sobretudo com a supressão do Moderador e estruturas adjacentes, o problema dos conflitos de atribuição – pelo menos no papel – ganha autenticidade, e para entendê-lo deve-se mirar os olhos à nova configuração do Estado, especialmente ao Judiciário.⁵⁷

Com a Constituição de 1891, conforme esclarece **LUÍS ROBERTO BARROSO** operou-se a “tríplice transformação: a forma de governo, de monárquica passa a republicana; o sistema de governo, de parlamentar transmuda-se em presidencial; a forma de Estado, de unitária converte-se em federal”.⁵⁸

É importante acrescentar a esta tríplice transformação a radical modificação do equilíbrio dos poderes, prevalecendo o mandamento da tripartição dos ramos de poder sob a fórmula de serem “harmônicos e independentes entre si”, prescindindo para tanto da intromissão do extinto Moderador,⁵⁹ significando, pelo menos na teoria, o fim ou diminuição do excessivo desequilíbrio entre os ramos de poder do Estado. Este mandamento desdobra-se em muitos outros, merecendo destaque o primeiro dispositivo, do Título V nomeado “Disposições Gerais”: “O cidadão investido em funções de qualquer dos poderes federais não pode exercer as de outro”.

O federalismo⁶⁰ representou outro duro golpe no centralismo do Antigo Regime do Brasil, mirando esmaecer a influência político-administrativa e legislativa do Poder Central sobre as antigas Províncias, convertidas então em Estados federados; na verdade a República confirmou apenas uma tendência que existia “desde a colônia”.⁶¹ Cada um destes passaria a ser regido por sua própria Constituição e leis que adotasse, porém

⁵⁶ Constituição/1891, art. 72, parágrafos 4.º, 5.º, 6.º, 7.º, 28.

⁵⁷ Segundo a Lei criadora do Supremo Tribunal de Justiça de 18 de setembro de 1828, no plano dos conflitos competia-lhe somente “conhecer, e decidir sobre os conflitos de jurisdição, e competência das Relações provinciais”. (art. 5.º, 1.º).

⁵⁸ BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 6.ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 13.

⁵⁹ Constituição/1891, art. 15.

⁶⁰ Constituição/1891, art. 1.º e 2.º.

⁶¹ CARONE, Edgar. **A República Velha: instituições e classes sociais**. 2.ª edição. São Paulo: Difusão Européia do Livro, p. 249.

“respeitados os princípios constitucionais da União”.⁶² Nesta linha, a regra tradicional de intervenção do Poder Central – União – nas antigas Províncias foi invertida no plano constitucional, passando a ser exceção.⁶³ Tencionou-se também garantir o mínimo de independência econômica aos Estados federados, autorizando-lhes tributare em hipóteses bem definidas na Constituição.⁶⁴

Consoante o ideal federalista, os Municípios foram formalmente reconhecidos como autonomias,⁶⁵ embora não participassem da soberania da União tal qual os Estados federais.⁶⁶

Sob inspiração dos Patriarcas da República estadunidense, o Judiciário é convocado pela sociedade brasileira para exercer função da mais alta relevância: guardar a Constituição contra todos que ousassem desafiá-la, nos termos do art. 59, parágrafo 1.º, fulminando de nulidade quaisquer atos contrários ao Pacto Maior. No caso dos conflitos federativos, ficou incumbido ao Supremo Tribunal julgar originária e privativamente eventuais “causas e conflitos entre a União e Estados, ou entre estes uns com os outros”.⁶⁷ Naquele tempo, referindo-se a este dispositivo, PEDRO LESSA esclareceu que “em nossa linguagem jurídica, *causa*, termo sinônimo de lide, é a questão (toda questão) agitada entre partes perante o juiz, ou o direito deduzido em juízo. Os *conflitos* são dúvidas e controvérsias sobre competência ou as lutas pela competência entre duas autoridades”.⁶⁸ Por tal razão, continua LESSA, “as causas entre União e os Estados, ou entre estes, processadas e julgadas pelo Supremo Tribunal Federal, seguem o curso das ações ordinárias. E os conflitos, a que alude este artigo da Constituição, aplica-se o processo dos conflitos de jurisdição entre os tribunais, segundo prescreve o artigo 49, parágrafo único, da lei n. 221, de 20 de novembro de 1894”.⁶⁹ É importante notar que a competência do

⁶² Constituição/1891, art. 63.

⁶³ Constituição/1891, art. 6.º, 1.º ao 4.º.

⁶⁴ Constituição/1891, art. 9.º.

⁶⁵ Constituição/1891, art. 68.

⁶⁶ Constituição/1891, Título I, Seção I, Capítulo III.

⁶⁷ Constituição/1891, art. 59, 1, “c”.

⁶⁸ LESSA, Pedro. *Do Poder Judiciário*. 2.º Milheiro. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1915, § 15, p. 52 (Direito Constitucional Brasileiro).

⁶⁹ *Ibidem*, loc. cit. Quando o autor menciona o procedimento das “ações ordinárias”, indica o RISTF, revisto em virtude de decisão de 24 de junho de 1908, especialmente o capítulo II do título III.

Supremo Tribunal para resolução dos aludidos conflitos explica-se pela autonomia conferida às antigas Províncias nos moldes do federalismo e, esta igualdade jurídica entre os entes acaba exigindo terceiro imparcial para preservação do pacto federalista; não há aqui o subordinante comum, tal qual na Monarquia brasileira.

Tendo prevalecido a tripartição dos ramos de poder nos moldes da recomendação política de MONTESQUIEU escrita no capítulo VI do Livro XI da obra “Do Espírito das Leis”,⁷⁰ a lógica impunha que se aplicasse à estrutura dos ramos de poder o idêntico raciocínio empregado para os conflitos entre entes federados. Entretanto, no plano constitucional a prática contrariou a lógica, e os redatores do pormenorizado art. 59 silenciaram quanto à resolução de eventuais conflitos entre os ramos de poder, sem sequer chegar próximo da fórmula do vetusto art. 24 do Regulamento n.º 124 de 05 de fevereiro de 1842. No plano infraconstitucional federal, tanto em relação às leis,⁷¹ quanto ao Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal o silêncio foi idêntico.⁷²⁻⁷³ Sabe-se que no campo processual não havia monopólio legislativo da União,⁷⁴ e curiosamente alguns Códigos estaduais de Processo como os de Minas Gerais (art. 92), Rio Grande do Sul (art. 146), Estado do Rio de Janeiro (art. 400), Santa Catarina (art. 422), e Distrito Federal⁷⁵ (art. 725) admitiam conflitos entre autoridade administrativa e judiciária; por outro lado, os Códigos de São Paulo e do Ceará alinharam-se ao silêncio federal.

Assim, a Constituição de 1891 não conferiu expressamente ao Supremo competência para o processo de atribuição. A lógica indica, portanto, que a resolução só poderia se dar pela via incidental. No capítulo seguinte será possível analisar esta hipótese.

⁷⁰ MONTESQUIEU, Charles de Secondat – Barão de. **Do Espírito das Leis**. Tradução: Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. Vol. I. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1962, p. 180 e seguintes (Clássicos Garnier da Difusão Européia do Livro).

⁷¹ Decreto n.º 848 de 11 de outubro de 1890 do Governo Provisório, que organizou a Justiça Federal; Lei n.º 221 de 20 de novembro de 1894, que complementava aludida organização; Decreto n.º 3.084 de 05 de novembro de 1898, que consolidava as leis referentes à Justiça Federal.

⁷² Primeiro Regimento Interno de 08 de agosto de 1891 (Organizado em virtude dos art. 340 e 364 do Decreto n.º 848 de 11 de outubro de 1890), **O Direito**, n. 57, p. 169-210.

⁷³ Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal de 24 de maio de 1909, revisto em virtude de decisão de 24 de junho de 1908, **O Direito**, n. 109, p. 309-372.

⁷⁴ Constituição/1891, art. 34, 23 *a contrario sensu* c/c art. 65, 2.º.

Antes de passar para a ruptura da Constituição de 1891, é preciso lembrar sua frustração pela falsa rotina democrática e republicana.

A vitalidade do fenômeno conhecido como “coronelismo” é inversamente proporcional ao desenvolvimento das atividades urbanas,⁷⁶ e sabe-se que o Brasil da República Velha ainda era essencialmente agrário. Por conta da ampliação do direito de sufrágio os grandes proprietários de terra possuíam enorme poder nas mãos, uma vez que políticos dependiam deste valioso rebanho eleitoral para seus mandatos, mediante conhecida prática do voto de cabresto.⁷⁷ Estas forças locais tentavam interferir inclusive no seio do Poder Judiciário, pressionando a remoção de qualquer magistrado que pretendesse exercer a jurisdição com imparcialidade.⁷⁸ Os “Tribunais de Remoção” eram instrumentos ideais desta política em razão de sua organização, tanto que, por maioria de votos, no *habeas corpus* de n.º 15.866 o Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade desta espécie de “Tribunal”, por atentar sobretudo à garantia da inamovibilidade nos termos desta alta decisão judicial.⁷⁹

A respeito da postura do Judiciário na República Velha, LÚCIO BITTENCOURT afiança que o parágrafo único do art. 96 da Carta de 1937⁸⁰ “não fez outra coisa senão sancionar um *estado de fato preexistente*. A arma poderosíssima que as Constituições anteriores lhe outorgavam, jamais foi brandida pelo Judiciário contra o *interesse* do governo. Todas as vezes que o Executivo fez questão de ver acatado o seu ato, a Corte

---

⁷⁵ V. Constituição/1891, art. 2.º.

⁷⁶ LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, Enxada e Voto: o município e o regime representativo no Brasil*. 4.ª edição. São Paulo: Alfa-Omega, 1978, p. 251 (Biblioteca Alfa-Omega de Ciências Sociais, Série 1.ª, Volume 2).

⁷⁷ *Ibidem*, p. 253.

⁷⁸ CARONE, Edgar, *op. cit.*, p. 253.

⁷⁹ Cf. em detalhes o debate dos Ministros do Supremo Tribunal Federal: BRASIL. *Recurso de Habeas Corpus* n.º 15.866-MG. Recorrente: Juiz Aristides Sica. Recorrido: Tribunal da Relação. Relator: Pedro dos Santos. *Revista do Supremo Tribunal Federal*, Vol. XCII, agosto de 1925, p. 115-147.

⁸⁰ Carta/1937, art. 96, parágrafo único: “No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento; se este confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal”.

Suprema sempre se recolheu a uma passividade enervante”.⁸¹ **RUI BARBOSA**, em 1914 prelecionando sobre a função do Supremo Tribunal Federal na Constituição Federal de 1891, queixou-se sobre a guerra sem escrúpulos contra o Poder Judiciário, em especial contra o Supremo Tribunal Federal. Segundo este grande brasileiro, a tática principal teria consistido no governo e o Congresso negarem obediência às mais altas decisões judiciais, sob o pretexto de que o Supremo Tribunal Federal estaria exorbitando, prevaricando, usurpando, etc.⁸² Trata nesta mesma linha sobre as tentativas do Senado Federal transformar o Supremo Tribunal Federal em sua colônia, arrogando-se no direito de exercer correição sobre as altas decisões judiciais e, parecia não desistir de tramar a responsabilidade do Supremo Tribunal Federal “instituinto pavorosa nomenclatura de crimes novos, inominados, absurdos, cuja capitulação legislativa aboliria totalmente a consciência da magistratura, a sua independência profissional, as garantias da sua vocação (...)”.⁸³ A perseguição contra nosso Supremo Tribunal Federal refletia diretamente na eficácia da Constituição, conforme acentua **FAORO**: “(...) Ressalvada a valorização federal em pouco tempo fixada no mecanismo político, a Constituição tem caráter puramente nominal, como se ela estivesse despida de energia normativa, incapaz de limitar o poder ou conter os titulares dentro de papéis prévia e rigidamente fixados”.⁸⁴

É deste modo que nossa ilustre Constituição de 1891 foi vivida.

A conhecida Revolução de 1930, responsável pela deposição de **WASHINGTON LUÍS** e a ascensão de **GETÚLIO VARGAS** como maior líder político do país naquele momento, pôs fim à República Velha e inaugurou um Governo Provisório. Logo após assumir a Presidência em 03 de novembro de 1930, **VARGAS** instituiu formalmente tal Governo absorvendo todo o ramo de poder Legislativo, “até que, eleita a Assembléia Constituinte, estabeleça esta a reorganização constitucional do país”,⁸⁵ e nesta linha foi “confirmada,

⁸¹ BITTENCOURT, C. A. Lúcio. Alguns aspectos da Carta Constitucional. *Revista Forense*, n. 73, p. 41 (grifado no original).

⁸² **BARBOSA**, Rui. O Supremo Tribunal Federal na Constituição Brasileira. In: *Pensamento e ação de Rui Barbosa*. Seleção de textos pela Fundação Casa de Rui Barbosa. Coleção Biblioteca Básica Brasileira. Brasília: Senado Federal, 1999, p. 164.

⁸³ *Ibidem*, p. 168.

⁸⁴ **FAORO**, Raymundo. *Os Donos do Poder*. V. 2. 10.^a edição. São Paulo: Globo; Publifolha, 2000, p. 77 (Grandes nomes do pensamento brasileiro).

⁸⁵ Decreto n.º 19.398 de 11 de novembro de 1930, art. 1.º.

para todos os efeitos, a dissolução do Congresso Nacional das atuais Assembléias Legislativas dos Estados (quaisquer que sejam as suas denominações), Câmaras ou assembléias municipais e quaisquer outros órgãos legislativos ou deliberativos, existentes nos Estados, nos municípios, no Distrito Federal ou Território do Acre, e dissolvidos os que ainda o não tenham sido de fato”.⁸⁶ As garantias constitucionais foram suspensas, tendo o ramo Judiciário perdido a garantia da irredutibilidade salarial,⁸⁷ além de ser-lhe proibido apreciar os atos “do Governo Provisório ou dos interventores federais, praticados na conformidade da presente lei ou de suas modificações ulteriores”.⁸⁸ O Chefe do Governo Provisório era expressamente competente para exercer a função de árbitro final dos atos dos interventores.⁸⁹

Os interventores estaduais eram nomeados pelo Governo Provisório que, por sua vez, nomeavam os Prefeitos, sendo que todos, tal qual a Presidência, concentravam nas mãos os ramos Executivo e Legislativo.⁹⁰ Todos os nomeados eram sujeitos a demissão *ad nutum*.⁹¹

O Decreto também previa que a próxima Constituição manteria a forma republicana, e que não poderia restringir os direitos dos municípios e as garantias individuais constantes da Constituição de 1891.⁹² Porém, devido a conjuntura política do momento, esta simples promessa não impediu que fosse incutida séria dúvida no espírito paulista quanto a promulgação da nova Constituição, e nem mesmo o Código Eleitoral de 24 de fevereiro de 1932⁹³ e o Decreto n.º 21.402 de 14 de maio de 1932⁹⁴ foram capazes de impedir a sublevação de São Paulo contra o Poder Central. A gloriosa Revolução Constitucionalista de 1932, embora derrotada nos campos de batalha, tornou certa a restauração do regime constitucional.

---

⁸⁶ Decreto n.º 19.398 de 11 de novembro de 1930, art. 2.º.

⁸⁷ Decreto n.º 19.398 de 11 de novembro de 1930, art. 8.º.

⁸⁸ Decreto n.º 19.398 de 11 de novembro de 1930, art. 5.º.

⁸⁹ Decreto n.º 19.398 de 11 de novembro de 1930, art. 11, parágrafo 8.º.

⁹⁰ Decreto n.º 19.398 de 11 de novembro de 1930, *caput* do art. 11, parágrafos 1.º e 4.º.

⁹¹ Decreto n.º 19.398 de 11 de novembro de 1930, art. 11, parágrafos 3.º e 4.º.

⁹² Decreto n.º 19.398 de 11 de novembro de 1930, art. 12.

⁹³ Decreto n.º 21.076. O Código não só declarava o voto secreto, como o cercava de garantias para efetivá-lo.

⁹⁴ Mandava que fosse realizada eleição à Assembléia Constituinte no dia 3 de maio de 1933, nos termos do Código Eleitoral de 1932.

Desempenhado o compromisso constitucional no dia 16 de julho de 1934, a estrutura do Estado em linhas gerais permaneceu praticamente a mesma em relação a 1891, rompendo com a centralização do Governo Provisório. Inovou regulando expressamente a “ordem econômica e social”.⁹⁵ Seguindo já a tendência da reforma constitucional de 1926, o ideal federalista foi encolhido no novo texto. Os casos de intervenção federal, por exemplo, foram ampliados,⁹⁶ e a matéria processual passou a ser monopólio da União,⁹⁷ tornando necessária “a preparação de novos Códigos de Processo Civil e Penal (...)”,⁹⁸ o que aconteceria somente no regime ditatorial do Estado Novo. A Constituição de 1934 continuou seguindo a recomendação política de **MONTESQUIEU**, e também continuou calada quanto à previsão de competência do Judiciário para processar e julgar conflitos de atribuição na via principal. No plano infraconstitucional tudo persistiu nos termos já expostos do regime de 1891.

Todavia, a prática política no Brasil conspirava contra a nova Constituição democrática marchando para a radicalização,⁹⁹ e a delicada situação econômica não ajudava. Esta configuração proporcionou o fortalecimento político de **GETÚLIO VARGAS**, permitindo-lhe que ao final de 1937 proclamasse a ditadura e outorgasse a Carta de 10 de novembro: nascia o Estado Novo.

BARBOSA LIMA SOBRINHO afirma que o “decreto do Estado Novo não alterou profundamente a legislação que a Revolução de 1930 havia consagrado”.¹⁰⁰ A proeminência da Presidência da República é clara, declarando a Carta o Presidente como “autoridade suprema do Estado”,¹⁰¹ e concedendo-lhe permissão para: “expedir decretos –

---

⁹⁵ Título IV.

⁹⁶ Constituição/1934, art. 12.

⁹⁷ Constituição/1934, art. 5.º, XIX, a.

⁹⁸ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada. Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 20.ª edição. São Paulo: Malheiros, 2004, item “52”, p. 107.

⁹⁹ V. detalhes em SKIDMORE, Thomas. **Brasil: de Getúlio a Castelo**. 4.ª edição. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1975, p. 41-51.

¹⁰⁰ BALEEIRO, Aliomar; LIMA SOBRINHO, Barbosa. **Constituições Brasileiras: 1946**. Vol. V. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001, p. 48 (Coleção, *Constituições Brasileiras*).

¹⁰¹ Carta/1937, art. 73.

leis, nos termos dos art. 12 e 13¹⁰²⁻¹⁰³ da Carta; a “dissolver a Câmara dos Deputados no caso do parágrafo único do art. 167”;¹⁰⁴⁻¹⁰⁵ “adiar, prorrogar e convocar o Parlamento”;¹⁰⁶ “exercer o direito de graça”.¹⁰⁷

Nos próximos sessenta dias a partir da outorga da Carta os funcionários civis e militares poderiam ser aposentados ou reformados de acordo com a legislação em vigor, a juízo exclusivo do Governo, “no interesse do serviço público ou por conveniência do regime”,¹⁰⁸ o que permitiu ao governo ditatorial excluir quem fosse “subversivo” aos seus olhos.

Também nos próximos trinta dias a partir da outorga da Carta os mandatos dos Governadores dependiam da confirmação do Presidente da República,¹⁰⁹ estando os desprezados sujeitos a substituição por interventores.¹¹⁰ É sabido que as intervenções consistiam em instrumentos jurídicos manipulados magnificamente no campo político por VARGAS, tanto antes de decretar o Estado Novo quanto ao longo da ditadura, e foram úteis para neutralizar a política nacional típica da República Velha, esteada sobre os Estados mais poderosos.¹¹¹ Por este processo de uso do nacionalismo para concorrência de

---

¹⁰² Carta/1937, art. 74, b.

¹⁰³ Carta/1937: art. 12 “O Presidente da República pode ser autorizado pelo Parlamento a expedir decretos-leis, mediante as condições e os limites fixados pelo ato de autorização”; art. 13 “O Presidente da República, nos períodos de recesso do Parlamento ou de dissolução da Câmara dos Deputados, poderá, se o exigirem as necessidades do Estado, expedir decretos-leis sobre as matérias de competência legislativa da União, excetuadas as seguintes: a) modificações à Constituição; b) legislação eleitoral; c) orçamento; d) impostos; e) instituição de monopólios; f) moeda; g) empréstimos públicos; h) alienação e oneração de bens imóveis da União”.

¹⁰⁴ Carta/1937, art. 75, b.

¹⁰⁵ Carta/1937: art. 167 “Cessados os motivos que determinaram a declaração de estado de emergência ou do estado de guerra, comunicará o Presidente da República à Câmara dos Deputados as medidas tomadas durante o período de vigência de um ou de outro. *Parágrafo único.* A Câmara dos Deputados, se não aprovar as medidas, promoverá a responsabilidade do Presidente da República, ficando a este salvo o direito de apelar da deliberação da Câmara para o pronunciamento do país, mediante a dissolução da mesma e a realização de novas eleições”.

¹⁰⁶ Carta/1937, art. 75, e.

¹⁰⁷ Carta/1937, art. 75, f.

¹⁰⁸ Carta/1937, art. 177.

¹⁰⁹ Carta/1937, *caput* do art. 176.

¹¹⁰ Carta/1937, art. 176, parágrafo único.

¹¹¹ SKIDMORE, op. cit., p. 46 e 57-60.

regionalismos inconvenientes à supremacia do Poder Central, VARGAS chegou a determinar que a bandeira, o hino, o escudo e as armas nacionais fossem de uso obrigatório em todos os Estados e Municípios, e chegou também a declarar “proibidos quaisquer outros símbolos de caráter local”.¹¹² O ditador também não se esqueceu de diminuir o poder dos governos estaduais e municipais “pela restrição de fontes tradicionais de receita tributária. As jurisdições fiscais revistas pelas constituições de 1934 e 1937, eliminando, neste último caso, uma das maiores fontes de renda estadual: o imposto interestadual (chamado “de exportação”).”¹¹³ O árbitro final ou último controlador dos atos de Interventores ou Governadores era o Presidente da República,¹¹⁴ enquanto aqueles nomeavam e demitiam livremente os Prefeitos,¹¹⁵ sendo seus respectivos controladores.¹¹⁶ Ou seja, todo o sistema confluiu ao ditador, e no campo administrativo pode-se afirmar seguramente que o federalismo foi aniquilado.

Em vista deste aniquilamento, não é difícil entender a razão pela qual o Decreto n.º 06 de 16 de novembro de 1937 imunizou contra o mandado de segurança todos os atos, a partir do golpe de 10 de novembro de 1937, emanados do Presidente da República, de seus Ministros, Interventores, e Governadores,¹¹⁷ significando que o jurisdicionado estava inerme contra os mandos e desmandos do ditador e seus subordinados diretos. O ramo Judiciário – leia-se jurisdicionado –, porém, sofreria um outro golpe, pelo menos na teoria mais severo do que o primeiro: a importância do Supremo Tribunal Federal no papel de sentinela da Constituição – melhor dizendo, da Carta outorgada – foi praticamente reduzida ao nada, em razão do já mencionado parágrafo único do art. 96 da “Polaca”.

Para ter-se idéia da real dimensão deste parágrafo único do art. 96 da Carta, é preciso ter-se em mente como o ramo de poder Legislativo foi atingido pelo vagalhão autoritário. A Câmara dos Deputados, o Senado Federal, as Assembléias Legislativas dos Estados e as Câmaras Municipais foram todos dissolvidos no momento da outorga da Carta, e as

¹¹² Decreto-lei n.º 1.202 de 08 de abril de 1939, art. 53.

¹¹³ SKIDMORE, op. cit., p. 56-57.

¹¹⁴ Decreto-lei n.º 1.202 de 08 de abril de 1939, art. 19.

¹¹⁵ Carta/1937, art. 27 c/c Decreto-lei n.º 1.202 de 08 de abril de 1939, art. 4.º.

¹¹⁶ Decreto-lei n.º 1.202 de 08 de abril de 1939, art. 19.

¹¹⁷ Art. 16.

respectivas reconstituições submetidas a decreto que seria regulamentado pelo ditador.¹¹⁸ Em transmissão radiofônica de 10 de novembro, VARGAS afirmou que devíamos deixar de lado a democracia de partidos porquanto seria uma ameaça à unidade da pátria, apresentando o Congresso como aparelho inútil e portanto desaconselhável sua continuidade.¹¹⁹ Agora fica fácil entender o porquê do art. 180 da Carta de 1937, o qual permitiu o ditador legislar “durante todo o período de sua permanência no Poder por via de decreto-lei”.¹²⁰

Outro ponto importante da Carta de 1937 foi a criação de uma estrutura jurídica que legitimasse o uso das Forças Armadas na defesa do regime,¹²¹ e que GETÚLIO VARGAS fez bom uso em defesa própria.

Não resta dúvida que este regime aboliu a tripartição de ramos de poder, e igualmente o federalismo. Neste sentido, PAULO BONAVIDES e PAES DE ANDRADE esclarecem que “a competência dos três Poderes na Constituição de 1937, era meramente formal. Os artigos 38 a 49 que tratavam do Poder Legislativo esboroavam-se com o conjunto do texto e, mesmo, com a coexistência de um Conselho Federal criado pelos art. 50 a 56, usurpando faculdades legislativas com dez dos seus membros escolhidos pelo Presidente da República e os restantes pelas Assembléias Legislativas dos Estados”.¹²²

No que diz respeito aos conflitos de atribuição na via principal a Carta de 1937 deu continuidade ao silêncio quanto a qualquer previsão de competência para processamento e julgamento. A alta concentração de poder nas mãos do ditador torna compreensível a quietude, pois mesmo a via incidental foi reduzida para a resolução de conflitos de atribuição – como foi visto, o Presidente e seus subordinados diretos foram imunizados contra o mandado de segurança. Porém, o novo Código de Processo Civil de 1939 previu

---

¹¹⁸ Carta/1937, art. 178 e 187.

¹¹⁹ SKIDMORE, op. cit., p. 50. O então Ministro da Justiça Francisco Campos, além de desdenhar do sufrágio universal chegou a afirmar que as democracias de partidos “nada mais são virtualmente do que a guerra organizada e codificada. Não pode existir disciplina e trabalho construtivo num sistema que, na escala de valores políticos, subordina os superiores aos inferiores e o interesse do Estado às competições de grupos” (cf. Diretrizes Constitucionais do novo Estado Brasileiro. *Revista Forense*, 73, p. 05 a 22).

¹²⁰ BARROSO, Luís Roberto, op. cit., p. 23.

¹²¹ Carta de 1937, art. 161 a 173.

¹²² BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de, op. cit., p. 345.

expressamente a possibilidade de conflitos entre autoridades administrativa e judiciária, equivocando-se ao usar indistintamente o termo “conflito de jurisdição” tanto para esta hipótese quanto para a hipótese de conflito entre autoridades judiciárias.¹²³ Assim, a hipótese de conflito entre autoridades administrativa e judiciária deixou de ser privilégio de alguns Estados federados passando a estender-se por todo o país. É importante registrar que devido a esta inovação no CPC, o Supremo Tribunal Federal acrescentou em seu Regimento Interno a competência para julgar “os conflitos de atribuição entre autoridades judiciárias e administrativas da União; (CPC, art. 802); ou entre as judiciárias de um Estado e as administrativas de outro, do Distrito Federal ou dos Territórios; ou entre estas e as da União; (CPC, art. 146 – I)”.¹²⁴ Conforme será visto no próximo capítulo, esta inovação da legislação ordinária não deixará de ser molestada pela ditadura de Vargas, já que guarda como premissa a diluição do poder.

Ainda no que tange aos conflitos entre autoridades administrativas e judiciárias, o texto do inciso I do art. 146 do CPC de 1939 importa sempre em conflito federativo, compatível com a competência do Supremo Tribunal Federal. Curiosamente, o texto do Regimento Interno do STF é mais generoso do que o da lei processual, porém, igualmente limitou-se a hipóteses federativas, com exclusão do conflito entre autoridades da União. Importa assinalar desde já que este é o texto que dará origem ao dispositivo 119, I, “f” da Carta de 1967, e em razão disso é que esse dispositivo também se limitou aos conflitos federativos nos mesmos termos de sua fonte. Este fato deixa claro que *o conflito entre ramos de poder necessariamente não exclui a natureza federativa*. Quanto ao inciso II do mesmo 146,¹²⁵ haveria sim previsão de conflitos de atribuição dentro de cada ente federativo estadual, excluindo a contemporânea qualidade federativa.

¹²³ Decreto-lei n.º 1.608 de 18 de setembro de 1939, art. 146 e 802 e seguintes. Confira a severa crítica de José Cretella Júnior quanto ao erro no emprego da terminologia “conflito de jurisdição” no Código de Processo de 1939, em: CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. V. 6. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993, p. 3.125 a 3.140.

¹²⁴ Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal de 28 de fevereiro de 1940, art. 22, I, “f”, *Diário da Justiça*, ano XV, n.º 48, p. 1.240 (Regimento Interno integral: p. 1.239 a 1.253).

¹²⁵ “(...) II – dos Tribunais de Apelação, de acordo com os respectivos regimentos, quando forem interessados no conflito Governadores ou secretários de Estado, juizes, autoridades legislativas estaduais ou procuradores gerais dos Estados”.

Durante o Estado Novo a Segunda Guerra Mundial estava em pleno andamento, e a partir de 1943 a gradual vantagem aliada encetou certo desconforto para o regime de **GETÚLIO VARGAS**, sobretudo quando os brasileiros que lutavam na Itália ao lado do 5.º Exército dos Estados Unidos passaram a notar o paradoxo de estarem lutando pela democracia, com o próprio Brasil submetido a duro regime ditatorial. E é importante recordar que o Estado Novo completava exatos 6 (seis) anos em 10 de novembro de 1943, data do plebiscito previsto na Carta em vigor.¹²⁶ A eleição presidencial acabou marcada para o dia 02 de dezembro de 1945, contudo, **THOMAS SKIDMORE** expõe que manobras políticas de **VARGAS** infundiram sérias dúvidas tanto na oposição quanto nos próprios militares em relação à sua boa vontade em deixar o Palácio do Catete. Então, a mesma força militar que garantiu a **VARGAS** o poder em 1937, golpeava-lho: era o fim do Estado Novo.¹²⁷

Eleita a Assembléia Nacional Constituinte em 1945, a nova Constituição foi promulgada em 18 de setembro de 1946. Comparando a estrutura do Estado brasileiro no texto da Constituição recém-promulgada com as estruturas nas três últimas, chega-se a conclusão que aquela é bem próxima da estrutura de 1934, afastando-se dos exageros presidencialista e federalista da Constituição de 1891, e igualmente da enorme concentração de poder na Carta de 1937. **ALIOMAR BALEEIRO** expõe em detalhes que “a estrutura e as linhas gerais assemelham-se às da Constituição de 1891, mas sem a rigidez presidencialista desta, pois foram conservados os dispositivos que permitiam a convocação ou comparecimento espontâneo dos Ministros ao Pleno; as Comissões de Inquérito parlamentar por iniciativa de 1/5 [sic] dos membros de cada Câmara; a possibilidade de o congressista aceitar ministério sem perder o mandato etc”.¹²⁸⁻¹²⁹

Acrescente-se que pela letra desta Constituição o Presidente da República dependia mais dos outros ramos de poder para decretar intervenção nos Estados federados,¹³⁰ perdia a prerrogativa de dissolver a Câmara dos Deputados, e também de submeter decisões

¹²⁶ Carta/1937, art. 80 c/c 175.

¹²⁷ SKIDMORE, op. cit., p. 72 a 78.

¹²⁸ BALEEIRO, Aliomar; LIMA SOBRINHO, Barbosa, op. cit., p. 16.

¹²⁹ Na verdade as referidas Comissões dependiam de 1/3 (um terço) dos membros, conforme art. 53 da Constituição/1946. V. também art. 51, 54 e 55 desta Constituição.

¹³⁰ Constituição/1946, art. 9.º e 10.

judiciais que declarasse lei inconstitucional à revisão parlamentar. Quanto aos Municípios, o Presidente da República deixaria de influir tão incisivamente mercê da exigência de eleições para o cargo de Prefeito,¹³¹ sendo importante destacar que “para melhorar as finanças dos Municípios, [os constituintes] deram-lhes todo o Imposto de Indústrias e Profissões (antes tinham só 50% dele); uma quota em partes iguais, no rateio de 10% do Imposto de Renda excluídas as capitais; e quando a arrecadação estadual de impostos, salvo o de exportação, excedesse, em Município que não seja o da capital, o total das rendas locais de qualquer natureza, o Estado dar-lhe-ia anualmente 30% do excesso arrecadado”.¹³²

Em suma, pode-se dizer que a Constituição de 1946 tendeu a reequilibrar o jogo político desconcentrando o poder investido no Executivo federal da Carta de 1937. De qualquer forma, se é verdade que neste período as intervenções e estados de sítio deixaram de ser a regra geral em relação aos regimes passados, esta constatação não transforma este período em um mar-de-rosas, porém houve sérias turbulências.¹³³ Para o presente estudo, ganha maior importância dois fatos marcados na história deste período.

Primeiro deles é o golpe de Estado preventivo do General **HENRIQUE DULLES TEIXEIRA LOTT**, em 11 de novembro de 1955, pretendendo controlar extremistas e garantir a posse do então eleito Presidente **JUSCELINO KUBITSCHK DE OLIVEIRA**.¹³⁴ O que interessa a este estudo é o exato momento em que o Vice-Presidente **JOÃO CAFÉ FILHO**, com a saúde recuperada, é impedido pelo Exército de reassumir o cargo da Presidência da República, pois este “cercou os prédios públicos. A sequência de 11 de novembro foi repetida. A Câmara dos Deputados, em 22 de novembro, respondeu votando para desqualificar **CAFÉ FILHO** do cargo e confirmar **NEREU RAMOS**, como Presidente, até a posse de **KUBITSCHK** em janeiro. Dois dias mais tarde, o Congresso votou aprovando uma solicitação dos Ministros militares, de trinta dias de estado de sítio, que em dezembro

¹³¹ Constituição/1946, art. 28, I.

¹³² **BALEIRO**, Aliomar; **LIMA SOBRINHO**, Barbosa, op. cit., p. 18.

¹³³ Citando alguns exemplos, basta a lembrança do Manifesto dos Coronéis em janeiro de 1954 provocando a queda dos Ministros do Trabalho (**JOÃO GOULART**) e da Guerra (**CIRO ESPÍRITO SANTO**) do governo **VARGAS**, a tentativa de assassinato de **CARLOS LACERDA** seguido do suicídio de **VARGAS**, etc.

¹³⁴ V. em detalhes: **SKIDMORE**, op. cit., p. 181 a 190.

foi prorrogado por mais um mês”.¹³⁵ O golpe acabou no Supremo Tribunal Federal pelo mandado de segurança impetrado por **JOÃO CAFÉ FILHO**, forçando o Supremo Tribunal a decidir a seguinte dúvida de atribuição: poderia o Congresso praticar o ato de declarar o impedimento do Presidente das República? Neste processo a concessão da segurança estava condicionada à afirmação judicial de que o Congresso não possuía poder para tanto, isto é, que ele teria praticado um ato sem estar investido da respectiva atribuição. A propósito, isto está de acordo com a precisa ensinança de **CAIO TÁCITO** cujo teor aponta que os conflitos entre ramos de poder que eventualmente se diferenciasssem da polarização Executivo-Judiciário eram resolvidos “com declaração de inconstitucionalidade nos casos de invasão de atribuição de um Poder por outro, seja por via de mandado de segurança ou de ação popular, seja como incidente em qualquer ação comum ou especial”.¹³⁶ O caso **CAFÉ FILHO** será estudado em detalhe no próximo capítulo.

O outro fato é a desconfiança em torno da figura de **JOÃO GOULART** após a renúncia de **JÂNIO QUADROS**. Esta agitação política acabou desembocando na emenda constitucional n.º 04 de 02 de setembro de 1961, inauguradora do regime parlamentar na República, e foi usada como condição política para que **GOULART** fosse aceito pelos militares e pudesse assumir a Presidência da República. A diminuição do poder presidencial teve vida curta pela antecipação do plebiscito previsto na citada emenda n.º 04, e realizado no dia 06 (seis) de janeiro de 1963. Mas a desestabilização político-econômica que se seguiu ocasionou a queda de **GOULART** com o golpe de 31 de março de 1964, e encetaria outro período de ditadura institucionalizada no Brasil: o Regime Militar, justificado sobretudo pelo preâmbulo do ato institucional n.º 01.¹³⁷ Este é o primeiro de

---

¹³⁵ Ibidem, p. 196.

¹³⁶ TÁCITO, Caio. Conflito de atribuições. In: CARVALHO SANTOS, J. M. (Coord.); AGUIAR DIAS, José de. (Coadjuvado por). *Repertório Enciclopédico do Direito brasileiro*. Vol. XI. Rio de Janeiro: Borsoi, 1947, p. 49.

¹³⁷ “In verbis”, parcialmente:“(…)”

A revolução vitoriosa se investe no exercício do Poder Constituinte. (...) Assim, a revolução vitoriosa, como Poder Constituinte, se legitima por si mesma. Ela destitui o governo anterior e tem a capacidade de constituir o novo governo. Nela se contém a força normativa, inerente ao Poder Constituinte. Ela edita normas jurídicas sem que nisto seja limitada pela normatividade anterior à sua vitória. Os Chefes da revolução vitoriosa, graças à ação das Forças Armadas e ao apoio inequívoco da Nação, representam o Povo e em seu nome exercem o Poder Constituinte, de que o Povo é o único titular. O Ato Institucional que é hoje editado pelos Comandantes-em-Chefe do Exército, da Marinha e da Aeronáutica, em nome da revolução que se tornou vitoriosa com o apoio da Nação na sua quase totalidade, se destina a assegurar ao novo governo a ser

uma série de preâmbulos dos respectivos atos institucionais impostos pelos golpistas, e que justificavam a necessidade do autoritarismo como meio de alcançar a democracia autêntica, seguindo a vertente da “insinceridade normativa” referida e bem desenvolvida por **BARROSO**.¹³⁸ As justificativas da transcrição encaixam-se exatamente nos pretextos aludidos por **SEABRA FAGUNDES**.¹³⁹

Nesta fase constitucional de nosso país é preciso ter em mente o verdadeiro papel dos atos institucionais para uma adequada interpretação da Carta de 1967, e de sua emenda constitucional n.º 01 de 17 de outubro de 1969. Para tanto, a advertência de **BONAVIDES** e

---

instituído, os meios indispensáveis à obra de reconstrução econômica, financeira, política e moral do Brasil, de maneira a poder enfrentar, de modo direto e imediato, os graves e urgentes problemas de que depende a restauração da ordem interna e do prestígio internacional da nossa Pátria. A revolução vitoriosa necessita de se institucionalizar e se apressa pela sua institucionalização a limitar os plenos poderes de que efetivamente dispõe.

(...). Os processos constitucionais não funcionaram para destituir o governo, que deliberadamente se dispunha a bolchevizar o País. Destituído pela revolução, só a esta cabe ditar as normas e os processos de constituição do novo governo e atribuir-lhe os poderes ou os instrumentos jurídicos que lhe assegurem o exercício do Poder no exclusivo interesse do País. Para demonstrar que não pretendemos radicalizar o processo revolucionário, decidimos manter a Constituição de 1946, limitando-nos a modificá-la, apenas, na parte relativa aos poderes do Presidente da República, a fim de que este possa cumprir a missão de restaurar no Brasil a ordem econômica e financeira e tomar as urgentes medidas destinadas a drenar o bolsão comunista, cuja purulência já se havia infiltrado não só na cúpula do governo como nas suas dependências administrativas. Para reduzir ainda mais os plenos poderes de que se acha investida a revolução vitoriosa, resolvemos, igualmente, manter o Congresso Nacional, com as reservas relativas aos seus poderes, constantes do presente Ato Institucional.

Fica, assim, bem claro que a revolução não procura legitimar-se através do Congresso. Este é que recebe deste Ato Institucional, resultante do exercício do Poder Constituinte, inerente a todas as revoluções, a sua legitimação.

Em nome da revolução vitoriosa, e no intuito de consolidar a sua vitória, de maneira a assegurar a realização dos seus objetivos e garantir ao País um governo capaz de atender aos anseios do povo brasileiro, o Comando Supremo da Revolução, representado pelos Comandantes-em-Chefe do Exército, da Marinha e da Aeronáutica resolve editar o seguinte”. (sic)

¹³⁸ **BARROSO**, Luís Roberto, op. cit., p. 59 a 65, sobretudo 62 e 63.

¹³⁹ “Os três elementos – segurança nacional, combate à corrupção e eficiência material – aparecem, sobretudo, a explicar os golpes de Estado e as mini-revoluções na África Negra e na América Latina. São o grande pretexto da empolgação do poder político pelas Forças Armadas”. (**SEABRA FAGUNDES**, Miguel. **A legitimidade do poder político na experiência brasileira**. Conferência Proferida no XI Encontro de Advogados na Seccional Pernambucana da OAB. Publicação da OAB-PE: Recife, 1982, item “13”, p. 14).

ANDRADE é proveitosa ao esclarecer que “a verdadeira Constituição daqueles anos foram os atos institucionais”.¹⁴⁰

Não pode, assim, ser entendido como séria a simples declaração de manutenção da Constituição Federal de 1946 pelo ato institucional n.º 01.¹⁴¹ Confirmando tamanha oca retórica, por este ato o “Comando Supremo da Revolução” suspendeu as garantias constitucionais de vitaliciedade e estabilidade dos servidores,¹⁴² e ainda: “no interesse da paz e da honra nacional, e sem as limitações previstas na Constituição, os Comandantes-em-Chefe, que editam o presente Ato, poderão suspender os direitos políticos pelo prazo de dez (10) anos e cassar mandatos legislativos federais, estaduais e municipais, excluída a apreciação judicial desses atos”.¹⁴³

O ato institucional n.º 02 de 27 de outubro de 1965 não só manteve a suspensão da vitaliciedade e estabilidade, como estendeu à garantia da inamovibilidade.¹⁴⁴ Ainda é importante registrar que o ato extinguiu os partidos políticos,¹⁴⁵ formalizou a investidura do Presidente da República de poder “para baixar atos complementares, bem como decretos-leis sobre matéria de segurança nacional (expressão vaga e elástica que podia significar qualquer coisa)”,¹⁴⁶ e para “decretar o recesso do Congresso Nacional, das assembleias legislativas e das câmaras de vereadores, em estado de sítio ou fora dele”,¹⁴⁷ ocasião em que “o Poder Executivo correspondente, fica autorizado a legislar mediante decretos-leis em todas as matérias previstas na Constituição e na Lei Orgânica”.¹⁴⁸ Coroando as investidas contrárias à liberdade, este mesmo ato excluiu de apreciação judicial “os atos praticados pelo Comando Supremo da Revolução e pelo Governo federal, com fundamento no Ato Institucional de 9 de abril de 1964, no presente Ato Institucional e nos atos complementares deste”, e também “as resoluções das Assembleias Legislativas e Câmara de Vereadores que hajam cassado mandatos eletivos ou declarado o impedimento

---

¹⁴⁰ BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de, op. cit., p. 430.

¹⁴¹ Ato Institucional n.º 01 de 09 de abril de 1964, art. 1.º.

¹⁴² Ato Institucional n.º 01 de 09 de abril de 1964, art. 7.º.

¹⁴³ Ato Institucional n.º 01 de 09 de abril de 1964, art. 10.

¹⁴⁴ Ato Institucional n.º 02 de 27 de outubro de 1965, art. 14.

¹⁴⁵ Ato Institucional n.º 02 de 27 de outubro de 1965, art. 18 e seu parágrafo único.

¹⁴⁶ BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de, op. cit., p. 430.

¹⁴⁷ Ibidem, loc. cit.

¹⁴⁸ Ato Institucional n.º 02 de 27 de outubro de 1965, art. 31, parágrafo único.

de Governadores, Deputados, Prefeitos ou Vereadores, a partir de 31 de março de 1964, até a promulgação deste Ato”.¹⁴⁹

Aperfeiçoando sua máquina autoritária, por meio do ato institucional n.º 03 o “Comando Supremo Revolucionário” estendeu para o âmbito estadual a regra da eleição indireta.

Após rigoroso cumprimento do cronograma estabelecido pelo ato institucional n.º 04 de 07 de dezembro de 1966, nasce a Carta de 1967. **BARROSO** afirma que “o Congresso antes homologou do que elaborou o novo Texto”,¹⁵⁰ e **BONAVIDES** e **ANDRADE** indagam: “Que sentido poderia ter o capítulo ‘Dos Direitos e Garantias Individuais’ diante do arbítrio instaurado pelos atos?”¹⁵¹ Assim, no momento da encenada promulgação da Carta de 1967, não só os direitos e garantias, mas tanto a tripartição dos ramos de poder quanto o federalismo devem ser vistos à luz dos atos institucionais fortalecedores do Poder Central.

Especificamente quanto aos conflitos de atribuição, a Carta de 1967 inovou na história das Leis Máximas de nosso país ao prescrever expressamente a competência do Supremo Tribunal Federal, para processar e julgar pela via principal os “conflitos de atribuições entre autoridade administrativa e judiciária da União ou entre autoridade judiciária de um Estado e a administrativa de outro, ou do Distrito Federal e dos Territórios, ou entre estes e as da União”.¹⁵² Como já dissemos, essa inovação no plano constitucional herdou o texto do Regimento Interno de 1940 do Supremo Tribunal Federal.¹⁵³

Esta herança degenerou em monstruoso absurdo, pois o que aconteceu foi que a cláusula genérica de competência do Supremo para julgar quaisquer conflitos federativos teve parcela destacada da respectiva alínea e transferida no texto constitucional para outra alínea também relacionada à competência do mesmo Supremo Tribunal. Em suma,

¹⁴⁹ Ato Institucional n.º 02 de 27 de outubro de 1965, art. 19, I e II.

¹⁵⁰ **BARROSO**, Luís Roberto, op. cit., p. 36.

¹⁵¹ Cf. **BONAVIDES**, Paulo; **ANDRADE**, Paes de, op. cit., p. 430.

¹⁵² Constituição/1967, art. 119, I, f.

¹⁵³ Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal de 28 de fevereiro de 1940, art. 22, I, “f”, *Diário da Justiça*, ano XV, n.º 48, p. 1.240 (Regimento Interno integral: p. 1.239 a 1.253).

mutilou-se inutilmente tradicional alínea que existia em nosso Direito Constitucional desde 1891.¹⁵⁴ Por tal motivo **FERREIRA FILHO** foi absolutamente irreprochável ao afirmar que “de certo modo, [a alínea “F”, inciso I, art. 119 da Carta de 1967] já decorreria do preceituado na alínea *d* deste mesmo item (...)”.¹⁵⁵ De qualquer forma, o que não passou de mutilação inútil em 1967 passará a fazer algum sentido na Constituição de 1988 – que será tratada adiante –, pois a parcela de competência federativa mutilada será conferida a outro Tribunal: o Superior Tribunal de Justiça.

No âmbito infraconstitucional o Supremo Tribunal Federal manteve em seu novo Regimento Interno a competência para julgar originariamente “o conflito de atribuições entre autoridades administrativas e judiciárias da União ou entre autoridades administrativas e judiciárias de um Estado e as administrativas e judiciárias da União, do Distrito Federal e dos Territórios, ou entre as dêstes e as da União”.¹⁵⁶ Ainda em nível infraconstitucional, o novo Código de Processo Civil de 1973,¹⁵⁷ tal qual o revogado, continuou a prever a possibilidade de conflitos entre autoridades administrativas e judiciárias em seu art. 124, porém mediante formulação bem mais singela: “Os regimentos internos dos tribunais regularão o processo e julgamento do conflito de atribuições entre autoridade judiciária e administrativa”. A vantagem do atual Código sobre o revogado é que não padece do infeliz uso da terminologia “conflito de jurisdição”, porém passar o abacaxi para os Tribunais não logrou elucidar a matéria, persistindo a carência de luzes.

De qualquer forma, a Carta de 1967 representou esperança para o renascimento da democracia, porém, não tardou ser sepultada pelo sobrevivendo ato institucional n.º 05 de 13 de dezembro de 1968.¹⁵⁸⁻¹⁵⁹ O ato foi sobretudo uma resposta dos militares à recusa do

¹⁵⁴ Na Constituição de 1891 a competência de conflitos federativos estavam no art. 59, I, c; Constituição de 1934 no art. 76, I, d; Carta de 1937 no art. 101, I, e; na Constituição de 1946 no art. 101, I, e; e Carta de 1967 no art. 119, I, d.

¹⁵⁵ **FERREIRA FILHO**, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira*. 2.ª edição. 2.º Volume – Artigos 46 a 129. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 209, em itálico no original.

¹⁵⁶ Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal de 04 de setembro de 1970, art. 7.º, I, “e”, *Diário da Justiça*, ano XLV, n.º 167, p. 3.955 (Regimento Interno integral: p. 3.953 a 3.983).

¹⁵⁷ Lei n.º 5.869 de 11 de janeiro de 1973.

¹⁵⁸ **BONAVIDES**, Paulo; **ANDRADE**, Paes de, op. cit., p. 430.

¹⁵⁹ Em relação ao ato institucional n.º 05, esclarece Hely Lopes Meirelles: “O ato institucional n.º 05 equivale a emenda constitucional transitória, editado em caráter e forma excepcionais, em razão de fatos

Legislativo em conceder-lhes licença para que processassem o Deputado **MÁRCIO MOREIRA ALVES**, do MDB,¹⁶⁰ autor de um duro pronunciamento contra as Forças Revolucionárias.¹⁶¹ Seu conteúdo recrudesceu o regime de exceção, mantendo todas as restrições dos atos precedentes – mas agora sem prazo de vigência –, além de: autorizar intervenção da Presidência da República nos Estados e Municípios “no interesse nacional”¹⁶² (leia-se: do regime autocrata); regulamentar as consequências da suspensão dos direitos políticos;¹⁶³ “decretar o estado de sítio e prorrogá-lo, fixando o respectivo prazo”¹⁶⁴ em quaisquer dos casos previstos na Carta de 1967; suspender a garantia do *habeas corpus* “nos casos de crimes políticos, contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular”.¹⁶⁵

Sucederam-se outros atos institucionais até o de n.º 17, quando então veio a lume a emenda n.º 01 de 17 de outubro de 1969 outorgada por uma Junta Militar.¹⁶⁶ Por conta dela, segundo **BONAVIDES** e **ANDRADE**, o “Executivo se fortaleceu a pretexto de que seguia critérios universais predominantes”,¹⁶⁷ tornando-se referida emenda, de fato, uma nova Carta “adaptando os vários atos institucionais e complementares”.¹⁶⁸ **FERREIRA FILHO** também é incisivo neste sentido: “A emenda n.º 1 acentuou a tendência autoritária presente na Carta de 1967. Pode-se dizer que ela foi muito além do projeto enviado ao

---

comprometedores da segurança nacional e contrários aos objetivos da Revolução de março de 1964. Ele modifica a Constituição da República, as Constituições dos Estados, as Leis Orgânicas dos Municípios e demais normas legais no que colidirem com os seus dispositivos”. Trecho transcrito a partir de: **MEIRELLES**, Hely Lopes. *Natureza, conteúdo e implicações do ato institucional n.º 05*. In: Estudos e Pareceres de Direito Público: Assuntos administrativos, municipais, financeiros. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971, p. 185.

¹⁶⁰ Movimento Democrático Brasileiro.

¹⁶¹ **FERREIRA FILHO**, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira (Emenda Constitucional n.º 1, de 17-10-1969)*. 4.ª edição. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 30.

¹⁶² Ato Institucional n.º 05 de 13 de dezembro de 1968, art. 3.º.

¹⁶³ Ato Institucional n.º 05 de 13 de dezembro de 1968, art. 5.º.

¹⁶⁴ Ato Institucional n.º 05 de 13 de dezembro de 1968, art. 7.º.

¹⁶⁵ Ato Institucional n.º 05 de 13 de dezembro de 1968, art. 10.

¹⁶⁶ Cf. em **FERREIRA FILHO**, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira (Emenda Constitucional n.º 1, de 17-10-1969)*..., p. 31 e 32, especialmente os atos n.º 13 e 14.

¹⁶⁷ **BONAVIDES**, Paulo; **ANDRADE**, Paes de, op. cit., p. 443.

¹⁶⁸ *Ibidem*, loc. cit.

Congresso pelo Presidente Castello Branco”.¹⁶⁹ E complementa adiante: “No plano político, o característico mais saliente da emenda n.º é a desconfiança, senão a hostilidade contra o Congresso Nacional. Isso se espelha, particularmente, nas normas regimentais que a Emenda constitucionalizou, incorporando-as como alíneas ao parágrafo único do art. 30 (antigo 32). Provindo e essa emenda, em última análise, do estado de coisas estabelecido pelo Ato Institucional n.º 5, este fruto de uma crise entre Executivo e Legislativo, tal fato é explicável. Todavia, não é justificável, uma vez que enfraquece o equilíbrio (já precário no texto de 1967) entre Executivo e Legislativo e, sobretudo, torna menos ativo o controle da atividade governamental que no sistema da Constituição é a missão principal do Congresso”.¹⁷⁰

A despeito de ser conhecido por iniciar a abertura democrática, foi durante o governo do General ERNESTO GEISEL que veio a emenda constitucional n.º 07 de 1977, conhecida como “Pacote de Abril”. Em relação ao ramo Legislativo sua finalidade foi a de manter o disfarçado regime de partido único do país inaugurado com o ato institucional n.º 02, não deixando dúvida de que no Brasil havia peculiar regime de partido único, visto que a oposição (na época o MDB) não tinha chance de chegar efetivamente ao poder.¹⁷¹ No plano do ramo de poder Judiciário a emenda formalmente restaurou as garantias de vitaliciedade e inamovibilidade dos magistrados.¹⁷² Porém, houve a contrapartida: criação do Conselho Nacional da Magistratura, competente para “conhecer de reclamações contra membros de Tribunais, sem prejuízo da competência disciplinar destes, podendo avocar processos disciplinares contra juízes de primeira instância e em qualquer caso, determinar a disponibilidade ou a aposentadoria de uns e outros, com vencimentos proporcionais ao

¹⁶⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira (Emenda Constitucional n.º 1, de 17-10-1969)*..., p. 33.

¹⁷⁰ Ibidem, loc. cit.

¹⁷¹ SANTOS, Wanderley Guilherme dos. *Poder e política: crônica do autoritarismo brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense-Universitária, 1978, p. 07-17. Este notável cientista político, referindo-se à oposição do MDB no Brasil, esclarece que em “todas as oportunidades em que o poder de oposição implicava em conquistar poder de governo, quer pela conquista de postos formais de mando, quer pela possibilidade de obstar o exercício do governo e, conseqüentemente, obrigar o governo a negociações, os ordenamentos jurídicos foram alterados ou a oposição destituída de seu mandato representativo pela imposição da vontade de governo que é, no caso, poder de coação” (Ibidem, p. 14).

¹⁷² V. artigo único da emenda constitucional n.º 07 de 13 de abril de 1977, na altura do art. 113, II e seu parágrafo 1.º.

tempo de serviço, observado o disposto na Lei Orgânica da Magistratura Nacional”,¹⁷³ ampliação da competência atribuída ao Supremo Tribunal Federal para controle abstrato de normas constitucionais;¹⁷⁴ além da que lhe autorizava avocar quaisquer causas processadas perante quaisquer juízos ou tribunais.¹⁷⁵ No contexto ditatorial estas medidas representavam continuísmo e aprofundamento da submissão do Judiciário diante do regime ditatorial, a ponto de **BOTELHO DE MESQUITA** afirmar que “o preço pago foi tão alto, que, para manter os juízes na linha, se tornara desnecessário manter suspensa a garantia da vitaliciedade”.¹⁷⁶

3. Pressionado por intensa movimentação popular, pelo fim do “milagre econômico”, e ainda influenciado pela memória de seu pai divulgada pela imprensa como um antigo exilado por ter arrostado a ditadura de **VARGAS**, o General **JOÃO FIGUEIREDO** anunciou em 1984 uma emenda constitucional propondo eleições,¹⁷⁷ abrindo caminho definitivo para a abertura democrática.

Em 05 de outubro de 1988 foi promulgada a nova Constituição Federal, que simboliza o fortalecimento do sentimento democrático no seio da jovem sociedade brasileira. Textualmente aparenta ser uma Constituição notável,¹⁷⁸ apesar de sua ineficácia notória que ainda deixa muito a desejar. Pela sétima vez as sovadas intenções de tripartição de ramos de poder e de federalismo são declaradas,¹⁷⁹ todavia, nesta oportunidade pouco se vê das contradições comuns às Leis Máximas de 1824, 1937, e 1967-69, todas estas pródigas em declarações de direitos aqui, mas seguidas das respectivas negações acolá. No plano textual o entulho autoritário mencionado ao longo deste capítulo no geral não foi aproveitado pela Constituição de 1988 e, desta forma, tanto o Legislativo como o

¹⁷³ V. artigo único da emenda constitucional n.º 07 de 13 de abril de 1977, na altura do art. 120.

¹⁷⁴ V. artigo único da emenda constitucional n.º 07 de 13 de abril de 1977, na altura do art. 119, I, l.

¹⁷⁵ V. artigo único da emenda constitucional n.º 07 de 13 de abril de 1977, na altura do art. 119, I, o.

¹⁷⁶ **BOTELHO DE MESQUITA**, José Ignácio. As novas tendências do direito processual: uma contribuição para seu reexame. In: *Teses, Estudos e Pareceres de Processo Civil*. Vol. 1, item “24”, p. 284.

¹⁷⁷ **BONAVIDES**, Paulo; **ANDRADE**, Paes de, op. cit., p. 445.

¹⁷⁸ Cf. elogio de **CAPPELLETTI**, Mauro. Constitucionalismo moderno e o papel do Poder Judiciário na sociedade contemporânea. *Revista de Processo*, n. 60, p. 112.

¹⁷⁹ Constituição/1988, art. 1.º e 2.º. Deve-se registrar que a Carta de 1937 não declara expressamente a tripartição de ramos de poder e, conforme se viu, inexistia na prática política.

Judiciário desvencilharam-se das garras de um Executivo outrora reinante nos textos constitucionais do regime ditatorial. Textualmente a Constituição garante autonomia administrativa e financeira ao Judiciário,¹⁸⁰ e deixa de autorizar que o Executivo governe pelos conhecidos decretos-leis dos regimes de exceção. O federalismo é ressuscitado pela nova Constituição, que enumera detalhadamente as matérias de competência legislativa,¹⁸¹ e especifica as hipóteses de intervenção federal nos Estados, e destes nos respectivos Municípios.¹⁸² Nesta senda surge até garantias inovadoras como o mandado de injunção, o mandado de segurança coletivo e o *habeas data*.¹⁸³ Enfim, o princípio da supremacia da Lei é reafirmada pela Constituição alvissareira de 1988.

Essa Constituição transferiu ao Superior Tribunal de Justiça a competência para processar e julgar na via principal os conflitos de atribuição entre autoridades administrativas e judiciárias, fazendo uso quase literal da fórmula de 1967, nos termos do art. 105, I, “g”: “os conflitos de atribuições entre autoridades administrativas e judiciárias da União, ou entre autoridades judiciárias de um Estado e administrativas de outro ou do Distrito Federal, ou entre as deste e da União”.¹⁸⁴ Pois bem. A mutilação indevida realizada na Carta de 1967 passa a fazer sentido, pois o pedaço de competência extraído passou ao Superior Tribunal de Justiça.

No campo infraconstitucional persistiram os termos do Código de Processo Civil de 1973. Todavia, refletindo sua jurisprudência pós-1988, o E. Supremo Tribunal Federal passou a negar competência em seu Regimento Interno para processar e julgar conflitos de atribuição, justificando este entendimento pelo texto do art. 105, I, “g” da Constituição.¹⁸⁵

Mas a despeito da Constituição de 1988 simbolizar o rompimento com o duro Regime Militar, sabe-se que não se rompe com uma sólida tradição autoritária com minguidos anos de Constituição textualmente democrática. Por si só o texto de nenhuma

---

¹⁸⁰ Constituição/1988, art. 99.

¹⁸¹ Constituição/1988, art. 21 a 33.

¹⁸² Constituição/1988, art. 34 a 36.

¹⁸³ Constituição/1988, art. 5.º, LXX, LXXI, LXXII.

¹⁸⁴ Constituição/1988, art. 105, I, g.

¹⁸⁵ Cf., em detalhes, item n. 14. Cf. Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Consolidado e atualizado até maio de 2002 por Eugênia Vitória Ribas. Brasília: STF, 2005. Disponível integralmente no sítio digital do Supremo Tribunal Federal, em: <http://www.stf.gov.br/legislacao/Regimento_Interno.pdf>.

Constituição, por melhor escrita que fosse, seria capaz de enterrar o autoritarismo de nossa prática política, o qual segundo provocação de CALMON DE PASSOS seria “congenito” de tão enraizado em nossa cultura.¹⁸⁶

Na prática política o Poder Executivo continuou bem acima em relação aos demais ramos de poder. Tendeu a ocupar o lugar do Legislativo por meio das medidas provisórias, um dos motivos pelo qual se promulgou a emenda constitucional de n.º 32 de 11 de setembro de 2001. Em relação ao ramo Judiciário obstina-se a descumprir precatórios judiciais causando constrangimentos principalmente àqueles que aguardam, com angústia, pagamentos de natureza alimentar.¹⁸⁷⁻¹⁸⁸ Outro exemplo recente da tendência abusiva do Executivo surgiu no caso em que resolveu expulsar, sem o devido processo legal e com fundamento em lei do período da ditadura militar, jornalista estadunidense do “The New York Times” por suas declarações ofensivas que foram de encontro com o Chefe do Poder Executivo Federal do Brasil. O Superior Tribunal de Justiça, em sede de *habeas corpus*, suspendeu a eficácia do ato de cancelamento do visto temporário do jornalista norte-americano.¹⁸⁹ A Advocacia Geral da União e o Ministro Interino da Justiça, ao tomarem conhecimento da alta decisão judicial, ousaram declarar publicamente que não haveria necessidade de contrariá-la com recurso, pois não teria suspenso a eficácia do ato do Ministério da Justiça.¹⁹⁰

¹⁸⁶ CALMON DE PASSOS, J.J.. Súmula Vinculante. *Revista Diálogo Jurídico*, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, n.º 10, janeiro, 2002, p. 16.

¹⁸⁷ V. QUEM não paga suas dívidas tem seu nome sujo: Presidente, Governador, Prefeita – Precatórios alimentares: até quando vamos ser lesados? *Jornal do Advogado OAB SP*, São Paulo, maio de 2004, p. 16.

¹⁸⁸ Cf. BAASP (Boletim da Associação dos Advogados do Estado de São Paulo), n. 2.394, de 22 a 28 de novembro de 2004, ano XLVII, Editorial, p. 01 e 02.

¹⁸⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção. *Habeas Corpus* n.º 35445-DF (2004/0066761-3). Impetrante: Sérgio Cabral. Impetrado: Ministro de Estado da Justiça. Paciente: Willian Rohter Júnior. Relator: Francisco Peçanha Martins. DJ 18.05.2004. Processo arquivado na caixa n.º 9157. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/SCON/decisoes/doc.jsp?livre=200400667613.reg.&&b=DTXT&p=true&t=&l=20&i=2>>. Acesso em 28 de setembro de 2004.

¹⁹⁰ GALLUCCI, Mariângela. STJ dá salvo-conduto a jornalista do “NYT”. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, 14 de maio de 2004, p. A4.

Não se pode ignorar igualmente a pressão que a Presidência da República exerce sobre a cúpula do Judiciário, tendo notáveis juristas¹⁹¹ acusado a sobrevivência deste problema na era da Constituição de 1988 e, demonstrando preocupação pelo fato, Mestre **GOFFREDO TELLES** reconheceu que “nossa democracia não está bem”.¹⁹² A isto acrescenta-se a notória dependência financeira do Judiciário, que ainda não alcançou a prometida autonomia da Constituição.

O Legislativo não fica atrás do Executivo em suas relações com o Judiciário. Estabelece moratórias que estendem ao infinito os prazos para pagamento de precatórios judiciais.¹⁹³ Ainda arroga-se, algumas vezes, no direito de obedecer apenas ordens judiciais que lhe convier. É conhecido o caso em que a Câmara dos Deputados descumpriu decisão liminar concedida pelo Supremo Tribunal Federal, a qual proibía a gravação de imagem e voz de depoente na CPI da “Pirataria”. O atrevido argumento sob o qual a egrégia Casa Legislativa apoiou-se foi o de que a mais alta ordem judicial valeria somente para a sessão das dez horas, e portanto, na sessão das catorze horas a Câmara não deveria mais obediência ao Supremo Tribunal Federal.¹⁹⁴

Estes poucos exemplos são frescas lembranças que possuem a virtude de mostrar que se por um lado vencemos e superamos o cruento Regime de 1964, por outro uma verdadeira República Democrática brasileira permanece na lonjura do horizonte. Atentar-se a esta realidade auxiliará na compreensão da atual jurisprudência relativa à matéria de conflitos de atribuição.

4. Concluindo o retrospecto da evolução estrutural do Estado brasileiro, é importante destacar que após a Constituição Federal de 1988 surge em nosso país novo modo de atuação estatal no domínio econômico pelas denominadas *agências*

---

¹⁹¹ Celso Antônio Bandeira de Mello, Carlos Ari Sundfeld, Dalmo de Abreu Dallari, Fábio Konder Comparato, Goffredo da Silva Telles, Luís Virgílio Afonso da Silva.

¹⁹² MACHADO, Uirá. Advogados criticam trânsito STF-governo. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, 21 de agosto de 2004, p. A5.

¹⁹³ Idem, p. 16.

¹⁹⁴ DOMINGOS, João; GALLUCCI, Mariângela. Câmara ignora decisão de Ministro e transmite depoimento de acusado na CPI da Pirataria. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, 19 de março de 2004, p. A6.

reguladoras,¹⁹⁵⁻¹⁹⁶ tendendo, então, a haver modificação na metodologia do segundo centro decisório atuante ao lado do processo decisório do mercado.

Interessa a este estudo as agências brasileiras com alto grau de independência, e que correspondem, grosso modo, àquelas que no Direito estadunidense são classificadas como “independent agencies”.¹⁹⁷

A despeito das diferenças inerentes à área de atuação de cada uma delas,¹⁹⁸ estas “novas agências administrativas”, no dizer de CAIO TÁCITO, possuem em geral as seguintes características em comum: a) no Brasil são denominadas “autarquias especiais”, por destacarem-se da hierarquia Ministerial e da influência da conduta política do governo; b) legalmente gozam de autonomias financeira, administrativa e de poderes normativos complementares à legislação; c) investidas de poderes de fiscalização, operam como instância administrativa em litígios sobre matérias que lhes competem; d) são responsáveis pelo cumprimento de metas e pelo desempenho das atividades dos prestadores de serviço, consoante diretrizes governamentais e em defesa do que se entende por interesse da comunidade.¹⁹⁹

---

¹⁹⁵ Os motivos da inovação no Estado brasileiro em detalhe: BARROSO, Luis Roberto. Agências reguladoras. Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática. *Revista Forense*, n. 365, p. 85 a 105; TÁCITO, Caio. Novas Agências Administrativas. In: **Temas de Direito Público: Estudos e Pareceres**, 3.º volume, Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2002, p. 51 a 60. É de enorme proveito consultar: GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 9.ª edição. São Paulo: Malheiros, 2004, e também seu **O Direito posto e o Direito pressuposto**. 5.ª edição. São Paulo: Malheiros, 2003, especialmente capítulo V “O Direito do modo de produção capitalista e a Teoria da Regulação”; NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia – Introdução ao Direito Econômico**. 3.ª edição. São Paulo: RT, 2001;

¹⁹⁶ Conforme esclarece Di Pietro, “o vocábulo ‘agência’ é um dos modismos introduzidos no direito brasileiro em decorrência do movimento de globalização. Foi importado do direito norte-americano, onde tem um sentido mais amplo, que abrange ‘qualquer autoridade do Governo dos Estados Unidos, esteja ou não sujeita ao controle de outra agência, com exclusão do Congresso e dos Tribunais’, conforme consta expressamente da Lei de Procedimento Administrativo (‘Administrative Procedure Act’)” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 17.ª edição. São Paulo: Atlas, 2004, Capítulo “10”, item “10.9”, subitem “10.9.1”, p. 398 e 399).

¹⁹⁷ SCHWARTZ, Bernard. Administrative Law. In: MORRISON, Alan B. (General Editor), from New York University School of Law. **Fundamentals of American Law**. Oxford: Oxford University Press, 1998, p. 132 e 133.

¹⁹⁸ Cf. BARROSO, Luis Roberto, Agências reguladoras..., *Revista Forense*, 365, p. 91 a 93.

Em primeiro lugar, é bastante evidente que a “independência” não deve ser levada ao pé-da-letra, pois as agências inserem-se em uma realidade histórico-cultural-normativa, e portanto, não estão livres de controle.²⁰⁰ Aliás, não é por outra razão que SHAPIRO inicia seu estudo sobre agências européias em comparação com a experiência estadunidense perguntando: “Independentes de quem”?²⁰¹

Assim, a “independência” deve ser vista pelo grau de intensidade maior ou menor, como muito bem adverte BANDEIRA DE MELLO no contexto do Direito brasileiro: “Ora, “independência administrativa” ou “autonomia administrativa”, “autonomia financeira”, “autonomia funcional” e “patrimonial e da gestão de recursos humanos” ou de quaisquer outros que lhe pertencam, “autonomia nas suas decisões técnicas”, “ausência de subordinação hierárquica”, são elementos intrínsecos à natureza de *toda e qualquer autarquia*, nada acrescentando ao que lhes é inerente. Nisto, pois, não há peculiaridade alguma; o que pode ocorrer é um grau mais ou menos intenso destes caracteres”.²⁰² Neste mesmo sentido DI PIETRO discreta que “a inovação é muito menor do que possa parecer à primeira vista, porque já existem, no direito brasileiro, muitas entidades, especialmente autárquicas, com maior dose de independência em relação ao Poder Executivo, tal como ocorre com as Universidades Públicas, a Ordem dos Advogados do Brasil e outras entidades em que os dirigentes dispõem de mandato fixo, não podendo ser livremente exonerados pelo Poder Executivo, como também existem inúmeras entidades que exercem função reguladora, ainda que de constitucionalidade mais do que duvidosa; é o caso do CADE, Banco Central, Conselho Monetário Nacional, Conselho de Seguros Privados e tantas outras”.²⁰³

---

¹⁹⁹ Lição de TÁCITO, Caio, *Novas Agências...*, p. 58 e 59.

²⁰⁰ Cf. MORAES, Alexandre de. *Agências reguladoras*. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, n. 55/56, janeiro-dezembro, 2001, p. 185 a 197; cf. exposição sobre controle social em GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *Agências reguladoras*. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, n. 46, p. 94 a 99.

²⁰¹ SHAPIRO, Martin. *Agencie indipendente: Stati Uniti ed Unione Europea*. In: *Diritto Pubblico*, Padova, CEDAM, n. 3, settembre-dicembre, Anno II (1996), p. 667 a 697.

²⁰² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 17.^a edição. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 160 (grifado no original).

²⁰³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, op. cit., Capítulo “10”, item “10.9”, subitem “10.9.1”, p. 400.

Aproveitando estes apontamentos, pode-se afirmar que o grau de independência é maior das agências quando a nomeação de seus dirigentes é feita pelo Presidente da República, sujeita a aprovação do Senado Federal.²⁰⁴ Este fato por si só impede a demissão “ad nutum” destes dirigentes pela Presidência da República, pois seus cargos não se alinham ao eixo hierárquico do Executivo, o que lhes confere estabilidade segundo condições legais.²⁰⁵ Esta impossibilidade de demissão “ad nutum” foi confirmada pela maioria dos membros do Supremo Tribunal Federal no ano de 1999 por ocasião da ADI n.º 1949-RS, modificando seu entendimento em relação à súmula 25: no caso autorizou o Governador do Rio Grande do Sul a somente exonerar motivadamente conselheiro da Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul - AGERGS.²⁰⁶⁻²⁰⁷

Também favorece maior intensidade de autonomia quando a agência submete os dirigentes a mandatos fixos e não-coincidentes,²⁰⁸ e não impede que aconteça defasagem de seus mandatos em relação ao mesmo período governamental, *i.e.*, em tese seus mandatos podem não acompanhar o mandato do governo. Há posições contrária e favorável à constitucionalidade da hipótese,²⁰⁹ porém, tem prevalecido a segunda posição, pois seria mais um fator favorável no sentido de blindar-se as políticas econômicas que

²⁰⁴ Cf. Lei n.º 9.986 de 18 de julho de 2000 (Dispõe sobre a gestão de recursos humanos das agências reguladoras e dá outras providências), art. 5.º; Cf. igualmente algumas leis criadoras: ANATEL, Decreto n.º 2.338 de 07 de outubro de 1997, art. 21; ANEEL, Decreto n.º 2.335 de 06 de outubro de 1997, art. 7.º, parágrafos 1.º e 2.º c/c 5.º e parágrafo único da Lei n.º 9.427 de 26 de dezembro de 1996; ANP, Lei n.º 9.478 de 06 de agosto de 1997, art. 11, parágrafo 2.º; ANVISA, Lei n.º 9.782 de 26 de janeiro de 1999, parágrafo único do art. 10; CADE, Lei n.º 8.884 de 11 de junho de 1994, art. 4.º; etc.

²⁰⁵ Lei n.º 9.986 de 18 de julho de 2000, art. 9.º.

²⁰⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Controle concentrado e vácuo legislativo. **Informativo STF**, Brasília, 171, 15 a 19 de novembro de 1999. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/noticias/informativos/anteriores/info171.asp#Controle%20Concentrado%20e%20Vácuo%20Legislativo>>. Acesso em 25 de setembro de 2004.

²⁰⁷ Não é demais fazer constar que o nosso Egrégio Supremo Tribunal Federal parece ainda não estar tão certo quanto ao nível de independência dos dirigentes das agências. Todavia, esta falta de clareza de nossa Suprema Corte, sobretudo pela novidade do assunto no Brasil e multiplicidade de espécies de agências, não afeta diretamente este estudo na medida em que a incerteza cinge-se quanto à intensidade da independência dos dirigentes, não havendo negação de sua existência (cf. em detalhes a falta de clareza de nosso E. Supremo Tribunal Federal em BANDEIRA DE MELLO, op. cit., p. 162, nota “19”).

²⁰⁸ Lei n.º 9.986 de 18 de julho de 2000, art. 6.º e 7.º.

visam desenvolvimento contra veleidades partidárias. Segundo FÁBIO NUSDEO tais políticas compõem “conjunto complexo e extenso de medidas, e se estende por largo período de tempo, abarcando mais de uma geração”.²¹⁰ Tendo em vista este longo período de tempo de políticas econômicas, complementa dizendo que são necessárias “instituições permanentes, voltadas para a sua manutenção, de tal sorte que as suas exigências possam ser permanentemente cotejadas com a perseguição compulsiva dos objetivos de política econômica, por mais prementes, necessários e autojustificáveis que possam ser”.²¹¹

Apesar da escassa exposição sobre agências ditas “independentes”, a partir do que foi exposto percebe-se que seu alto grau de ausência de subordinação hierárquica é fator complicador à resolução de eventuais conflitos entre elas e outras instituições. A ausência de um superior hierárquico comum entre as agências apto a dirimir conflitos exigiria um terceiro imparcial tal qual os conflitos entre a tradicional tríade de poder, ou os próprios conflitos de competência considerando a independência dos magistrados no exercício da jurisdição.

5. Evidencia-se que a evolução estrutural de potestade de nosso país seguiu, apesar dos inúmeros percalços, a tendência ocidental de fragmentação ou de pluralidade de centros-de-força. Esta ampla pluralidade impõe que se pondere com mais vagar a respeito dos conflitos entre os três ramos Executivo, Legislativo e Judiciário, além de outros conflitos que possuam como conflitantes outros agentes estatais altamente independentes. A constatação da ampla pluralidade de centros-de-força deve repercutir grandemente no sentido que nosso estudo deve seguir; será preciso repensar o conflito de atribuições, uma vez que não pode se limitar ao conflito entre autoridades administrativas e judiciárias consoante a herança francesa da fase imperial.²¹²

---

²⁰⁹ *E.g.*, contrária: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *op. cit.*, p. 161; favorável: FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *As agências reguladoras e seu poder normativo*. São Paulo: Dialética, 2001, p. 99.

²¹⁰ NUSDEO, Fábio. Desenvolvimento econômico – um retrospecto e algumas perspectivas. In: SALOMÃO FILHO, Calixto (Coord.). *Regulação e Desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 24.

²¹¹ *Ibidem*, loc. cit.

²¹² Cf. capítulo quarto.

Esta herança é inegável. Em síntese, ela se evidencia ao notarmos que a competência do Superior Tribunal de Justiça, estabelecida no art. 105, I, alínea “g” da Constituição Federal, herdou imediatamente o texto do art. 119, I, “f” da Carta de 1967, que, por sua vez, herdou o texto do art. 22, I, “f” do Regimento Interno de 1940 do Supremo Tribunal Federal. Este texto, por sua vez, encontrou pelo menos como fonte de inspiração o art. 146 do Código de Processo Civil de 1939. A partir deste ponto fica nebuloso afirmar de onde exatamente o texto de 1939 veio – se dos Códigos Estaduais ou diretamente da legislação do Império. Contudo, sem dúvida, a causa das causas encontra-se no Direito francês absorvido em nossa época imperial, sobretudo pelo art. 7.º da Lei n.º 234 de 23 de novembro de 1841, e sua correspondente regulamentação contida no Regulamento n.º 124 de 05 de fevereiro de 1842, do então Conselho de Estado do Império. Eis a origem remota do art. 105, I, “g” da Constituição Federal de 1988.

6. A emocionante volta ao passado igualmente revelou um inolvidável aspecto político do tema: a idéia de conflito de atribuição é antitética aos sistemas autoritários, já que neles a tendência é de concentração do poder estatal. Corrobora essa nossa impressão o feliz ensinamento de **PIERANDREI**.²¹³

Referido aspecto político abre nossos olhos para compreender o porquê da timidez da doutrina brasileira em estudar os conflitos de atribuição, sem olvidar algumas valiosas contribuições doutrinárias existentes. Ora, desde a proclamação da República até a queda do Regime Militar de 1964 sabe-se que o árbitro final do sistema político brasileiro acabou sendo, sem dúvida, a ameaça ou a própria intervenção das Forças Armadas,²¹⁴ o que revela historicamente nossa política como aprendiz da civilidade. É possível que este longo clima selvagem tenha servido de espessa névoa à vista dos pensadores, ou pelo menos de sério desestímulo por anular a serventia do processo de atribuição. De fato, quando se está sob o

---

²¹³ PIERANDREI, Franco. Corte Costituzionale. In: *Enciclopédia del Diritto*, Giuffrè, Vol. X, Contratto-Cor, 1962, p. 930, item 29: “Il compito assegnato alla Corte rispetto ai conflitti dell’uno e dell’altro tipo [o autor refere-se aos a) conflitti fra i poteri dello Stato e b) fra lo Stato e le regioni e fra le regioni] è giustificato dalle caratteristiche, sottolineate fin dall’inizio, dell’ordine costituzionale della Repubblica: il quale è ispirato a un criterio antitetico a quello proprio dei sistemi autoritari, per cui le pubbliche potestà debbono raccogliersi o concentrarsi in un unico organo o in pochi organi: cioè a un criterio favorevole alla creazione de una pluralità di centri di forza e ad una vasta distribuzione delle stesse potestà, anche in obbedienza ai postulati della razionalizzazione del potere”.

fio da guilhotina de alguma prática perseguidora, seja ela às escâncaras ou dissimulada, o incentivo não é dos maiores à publicação de estudos que tenham como premissa obrigatória o regime democrático.

Diante de tantas lições proporcionadas pela longa viagem ao nosso passado, julgamos útil estudarmos a jurisprudência sobre conflitos de atribuição desde nossa fase imperial até o presente, mormente para entendermos como os conflitos de atribuição ocorrem na prática forense. Será também de grande interesse observarmos qual é a tendência dos conflitos de atribuição nos regimes autoritários do Brasil.

---

²¹⁴ Cf. SKIDMORE, op. cit., passim.

§ 2.º EVOLUÇÃO DA VIDA DOS CONFLITOS BRASILEIROS DE ATRIBUIÇÃO E SUA INTERPRETAÇÃO JUDICIAL.¹

SUMÁRIO: 7. Primeiro Reinado – 8. Regências – 9. Segundo Reinado – 10. República Velha – 11. Revolução de 1930 até final do Estado Novo – 12. Intervalo democrático de 1946 até o golpe de 1964 – 13. Regime Militar – 14. Reabertura democrática e a República de 1988 – 15. Processo de atribuição e política brasileira.

7. “AVISO. O P. R. N. S. deferindo a Representação do Capitão **JOÃO DA COSTA PINHEIRO**, Negociante desta Praça; Ordena a V. S. que não se intrometa na Causa, em que elle litiga com o Capitão **DIOGO CARVALHO DE MORAES**, como feito, e se mostra por alguns despachos proferidos por V. S., a qual deve ser decidida pelos meios proprios, e competentes que as Leis tem estabelecido. Deos Guarde a V. S. Palacio do Rio de Janeiro em 12 de Novembro de 1808. **D. FERNANDO JOZE DE PORTUGAL** – **St. PEDRO MARIA XAVIER DE ATAIDE E MELLO**”.²

À primeira vista o intérprete pode pensar que está diante de decisão fruto de conflito de atribuição no período do absolutismo português. Não se deve esquecer que o Monarca é o supremo juiz, legislador, e administrador do Reino ou, segundo as Ordenações Filipinas: a “ley animada sobre a terra”.³ A transcrição da ordem determinando que o Governador deixasse de intrometer-se no processo judicial é simples decisão de superior hierárquico, visando estabelecer a autoridade competente para julgar o litígio.

No Primeiro Reinado esta configuração persiste sobretudo pela precedência do Imperador à Constituição, embora este período tenha sido edificante para a incipiente educação política dos brasileiros.

¹ Foi-nos especialmente útil à elaboração do presente capítulo, os seguintes estudos: **MELLO**, Augusto Cordeiro de. **O Processo no Supremo Tribunal Federal – Notas jurisprudenciais ao Regimento Interno**. Volume I. São Paulo/Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos. 1964, p. 85 a 89; *Ibidem*, Volume II, p. 569; **TÁCITO**, Caio. *Conflito de atribuições...*, p. 46 a 49.

² **REINO UNIDO DE PORTUGAL E ALGARVES** [Brasil colonial]. *Collecção das Leis Brasileiras – desde a chegada da Corte ate a época da independencia: 1808 a 1810*. V. 1.º. Ouro Preto: Na Typografia de Silva, 1834, p. 192.

³ **BRASIL** [consoante uma das Leis datadas de 20 de outubro de 1823]. *Ordenações*, Livro 3, T. LXXV, 1.

Logo no 03 de maio de 1823, nossos compatriotas estavam cansados de saber que a tradição absolutista portuguesa não capitularia facilmente, haja vista que **JOSÉ CLEMENTE PEREIRA**⁴ e outros falharam ao tentar que **D. PEDRO I** jurasse obediência a Constituição que seria votada pela Assembléia, prevalecendo o pensamento constitucional de **JOSÉ BONIFÁCIO**.⁵ É o que **FAORO** chamou de “vitoriosa batalha da aclamação”,⁶ responsável pelo fato da abertura da Assembléia Constituinte dar-se “com a imprensa amordaçada, as prisões repletas, os aliados de ontem emigrados”.⁷ Não é outra a razão do discurso atrevido do Imperador na instalação da Assembléia:

“(…)

Como IMPERADOR CONSTITUCIONAL, e mui principalmente como Defensor Perpetuo deste Imperio, Disse ao Povo no Dia 1.º de Dezembro do anno proximo passado, em que Fui Coroado, e Sagrado, *Que com a Minha Espada Defenderia a Patria, a Nação, e a Constituição, se fosse digna do Brasil, e de Mim. (...).*

Todas as Constituições, que a maneira das de 1791, e 92, tem estabelecido suas bases, e se tem querido organizar, a experiencia nos tem mostrado, que são totalmente *theoreticas, e methaphysicas, e por isso inexequíveis*; assim o prova a França, Hespanha, e ultimamente Portugal. Ellas não tem feito, como deviam, a felicidade geral; mas sim, depois de uma licenciosa liberdade, vemos, que em uns Paizes já apparecêo, e em outros ainda não tarda a apparecer o Despotismo em um, depois de ter sido exercitado por muitos, sendo consequencia necessaria, ficarem os Povos reduzidos á triste situação de presenciarem, e soffrerem todos os horrores da Anarchia.

Longe de nós tão melancolicas recordações; ellas emlutariam a alegria, e jubilo de tão fausto Dia. Vós não as ignorais, e Eu certo, que a firmeza nos verdadeiros principios Constitucionaes, que tem sido sanccionados pela experiencia, caracteriza cada um dos Deputados, que compoem esta Ilustre Assembléa, Espero, que a Constituição, que fazeis, mereça Minha Imperial Acceitação, seja tão sabia, e tão justa, quanto apropriada á localidade, e civilização do Povo Brasileiro; igualmente, que haja de ser louvada por todas

⁴ Presidente do Senado da Câmara do Rio de Janeiro.

⁵ Cf.: **FAORO**, Raymundo. **Os Donos do Poder**. V. 1. 10.ª edição. São Paulo: Globo; Publifolha, 2000, p. 320 (Grandes nomes do pensamento brasileiro); **MELO FRANCO**, Afonso Arinos, O constitucionalismo brasileiro na primeira metade do século XIX. In: **Estudos de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1957, p. 231.

⁶ *Ibidem*, loc. cit.

as Nações; que até os nossos inimigos venham a imitar a santidade, e sabedoria de seus princípios, e que por fim a executem.

(...).⁸

Quando o Presidente da Constituinte⁹ fez uso da palavra, com sutileza respondeu à intromissão imperial:

“(...) O Brasil civilizado já não podia perfeitamente constituir-se, e organizar-se se não adoptando as formas, estabelecendo as garantias, e criando as instituições políticas, que tem feito a felicidade, e a opulência dos povos mais ilustrados do Mundo.

A distinção dos Poderes Politicos he a primeira base de todo o Edificio Constitucional: estes poderes se achão já distinctamente no recinto Augusto desta Sala; a Sabedoria coletiva da Nação; a Autoridade Constituinte e Legislativa; o Chefe do Poder Executivo.

(...)”.¹⁰

Não há dúvida de que o discurso de **PEDRO I** significava limitação à liberdade de trabalho dos constituintes, pois a idéia sustentada era a de que “o imperador, como imperador e defensor perpétuo, precede o pacto social”.¹¹

Por outro lado, sabe-se que a Assembléia Constituinte de 1823 não amoleceu, e entre momentos de maior tensão e ensaios de conciliação com o Imperador, pôs em prática plano para tentar blindar-se contra as investidas imperiais:

“(...)Sabia-se que **D. PEDRO** estava disposto a só publicar as leis que aprovasse, isto é, a não acatar a decisão da Constituinte. Recrudesciam os rumores de dissolução. **CARNEIRO DE CAMPOS** pediu uma sessão secreta para acertarem medidas ‘a fim de não

⁷ Ibidem, loc. cit.

⁸ BRASIL. Assembléia Geral, Constituinte e Legislativa (1823). Diário da Assembléia Geral, Constituinte e Legislativa do Império do Brasil – 1823. Edição fac-similar. Vol. 6, Tomo III. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003, p. 18 (consta do original o que está destacado com letras maiúsculas ou itálico).

⁹ Bispo Capelão-Mor D. José Caetano da Silva Coutinho.

¹⁰ BRASIL. Assembléia Geral, Constituinte e Legislativa (1823), op. cit., p. 19 (consta do original o que está destacado com letras maiúsculas).

¹¹ FAORO, Raymundo, op. cit., V. 1, p. 319.

perigar a salvação da pátria'. Combinou-se, então, a 20 e 21 de agosto, aguardar, para a remessa do formulário de promulgação e das outras leis que estavam sendo discutidas, o aparecimento do projeto de Constituição. 'Quando êste fôsse publicado, o Imperador verificaria que êle consagrava o seu direito de sanção' às futuras leis ordinárias. Verificaria que o propósito da Assembléia era simplesmente o de garantir a autonomia na tarefa que a nação lhe confiara. Verificaria que a Constituinte não pretendia cercear os poderes inerentes a um 'executivo forte' (...)'.¹²

Porém, sabe-se que nada foi suficiente para frear o ímpeto autoritário de **D. PEDRO I**. Tocar nesta ferida tão profunda de nossa história será útil para o capítulo quatro deste estudo, onde se pretende fazer breve reflexão a respeito da delimitação teórica dos conflitos de atribuição, mais especificamente, se o conflito **PEDRO I-Assembléia Constituinte** poderia ser considerado como de atribuição. Por enquanto servirá para que venha à tona lembranças sobre a tônica autoritária do Primeiro Reinado.

A verdade é que as "concessões e as transações, timidamente propostas e subitamente revogadas, não afastam o imperador de seu curso: governo para o povo e não pelo povo".¹³

"Se os ministros, respeitosamente, dissentiam de sua própria opinião [a referência é a **D. PEDRO I**], mandava-os embora e dava-lhes sucessores mais dóceis a suas vistas. Era positivamente afrontar a opinião pública, em um govêrno baseado nesta; e voltar cada vez mais ao absolutismo. (...)".

(...)

Praticamente não havia orçamento; **D. PEDRO**, de fato, dava ordens diretas ao Tesouro para pagar tais ou quais despesas, não previstas por lei. Nomeações, da competência dos ministros, eram feitas por êle, sem se preocupar com as questões de alçada".¹⁴

¹² BARRETO, Célia de Barros et al. O Brasil Monárquico. Vol. I, Tomo II. In: BUARQUE DE HOLANDA, Sérgio (Direção). *História Geral da Civilização Brasileira*. 2.^a edição. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1965, p. 246 e 247.

¹³ FAORO, Raymundo, op. cit., V. I, p. 335.

¹⁴ PANDIÁ CALÓGERAS, João. *Formação Histórica do Brasil*. 7.^a edição. São Paulo: Companhia Editorial Nacional, 1967, p. 119 e 120.

“O Senado vitalício, o Conselho de Estado serviam apenas para homologar o comando único da cúpula, sem o respeito que o decurso do tempo lhes projetaria”.¹⁵

O ramo Judiciário sofria enorme ingerência do Imperador, sendo suficiente conferir algumas atas de sessões do Conselho de Estado para comprová-la.¹⁶⁻¹⁷

Estes sucessivos abusos e intromissões de **D. PEDRO I** enterraram sua popularidade e fertilizaram a repugnância pelo governo absoluto no Brasil. O Parlamento, a partir de 1829, passa a hostilizar cada vez mais o expansivo governo de **D. PEDRO I**, e muito lentamente começa a despontar como o primeiro ramo de poder destacado do Poder Central. É exatamente aqui, no Primeiro Reinado, que é encetado o primeiro movimento do jovem Estado brasileiro monárquico em direção à hidra de potestade do Estado brasileiro pós-1988.

Alguém poderia entender esta idéia como sendo muito retraída, apoiado sobre a lição de **PORRAS NADALES**.¹⁸ Todavia, importante prova de que a doutrina de **CONSTANT** não passava de retórica vazia na prática política do Brasil do Primeiro Reinado é o discurso de **D. PEDRO I**, ainda na instalação da Assembléia Constituinte, em outra passagem:

¹⁵ FAORO, Raymundo, op. cit., V. 1, p. 334.

¹⁶ Cf. atas suspendendo magistrados e concedendo graças em RODRIGUES, José Honório. *Atas do Conselho de Estado – Obra Comemorativa do Sesquicentenário da Instituição Parlamentar*. Vol. II – Segundo Conselho de Estado, 1823-1834. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, 1973: Sessão 6.^a, de 28 de junho de 1828, p. 19 e 20; Sessão 16.^a, de 28 de setembro de 1828, p. 43 a 46; Sessão 17.^a, de 11 de outubro de 1828, p. 47 e 48; Sessão 40.^a, de 30 de março de 1830, p. 105 e 106; Sessão 41.^a, de 09 de abril de 1830, p. 107; Sessão 51.^a, de 06 de novembro de 1830, p. 129 e 130; Sessão 57.^a, de 21 de dezembro de 1830, p. 145 a 147.

¹⁷ Cf. Decreto de 23 de agosto de 1828, cujo artigo único revalida “todos os actos judiciaes, que tiverem sido praticados por Francisco Coelho de Aguiar na qualidade de Juiz de Orphãos da cidade da Victoria, e seu termo, para o effeito sómente de não poderem ser annullados pelo vicio da notoria nullidade da sua eleição”.

¹⁸ Segundo ele, “en la evolución histórica de la teoría del Estado europea, la primera concepción de una posición subordinada de los poderes del Estado frente a um órgano que resuelve los conflictos generados entre ellos es la teoría del poder moderador de Constant (...)” (**PORRAS NADALES**, Antonio J. Conflictos entre organos constitucionales del Estado y principio de division de poderes. *Revista de Estudios Políticos*, n. 52, Julio-Agosto, 1986, p. 21 (Centro de Estudios Constitucionales)).

“(…). Ratifico hoje mui solemnemente perante vós esta promessa, e Espero, que Me ajudeis a desempenhal-a, fazendo uma Constituição sabia, justa, adequada, e executavel, dictada pela Razão, e não pelo caprixo, que tenha em vista sómente a felicidade geral, que nunca póde ser grande, sem que esta Constituição tenha bases sólidas, bases, que a sabedoria nos tem mostrado, que sam as verdadeiras para darem uma justa liberdade aos Povos, e toda a força necessaria ao Poder Executivo. Uma Constituição, em que os trez Poderes sejam bem divididos de forma, que não possam arrogar direitos, que lhe não compitam; mas que sejam de tal modo *organizados*, e *harmonizados*, que se lhes torne impossivel, ainda pelo decurso do tempo, fazerem-se inimigos, e cada vez mais concôrram de mãos dadas para a felicidade geral do Estado. (…).”

(…).”¹⁹

Este discurso escancara que o Imperador queria ser acreditado como defensor da idéia de que bastava uma delimitação clara e detalhada das atribuições dos ramos de poder para que não houvesse conflitos de atribuição; idéia totalmente incompatível à de **CONSTANT**. Mas, no contexto vivido, a expressão “força necessaria ao Poder Executivo” significava seu desejo oculto: o de um Executivo forte, e daí viria a ausência de conflitos de atribuição, pois todo o poder fluiria ao Executivo. A idéia oculta de **D. PEDRO I** é pior, pois além de ir violentamente de encontro tanto a **MONTESQUIEU** quanto a **CONSTANT**, revela que o propósito do posterior enxerto do ramo Moderador com a dissolução da Assembléia Constituinte foi o alargamento de seu poder pessoal.²⁰ Vê-se que nossa história repele a lição de **PORRAS NADALES** para o Brasil. É como disse **TOBIAS BARRETO**: “Cada povo tem a sua historia, e cada historia os seus factores”.²¹

Com efeito, pode-se dizer que a maior serventia do Primeiro Reinado em relação aos conflitos brasileiros de atribuição deve-se aos nossos antigos compatriotas, quando manifestaram insatisfação e antipatia pela governança unilateral promovida por **D. PEDRO I**. Foi um gigantesco gesto político de nossos compatriotas correspondendo ao início do despertar de um povo, e um pequeno passo no sentido de cristalizar ambiente político mais propenso ao aparecimento de conflitos brasileiros de atribuição.

¹⁹ BRASIL. Assembléia Geral, Constituinte e Legislativa (1823), op. cit., p. 18.

²⁰ Cf. a mesma desconfiança de MELO FRANCO, Afonso Arinos, op. cit., p. 246.

²¹ BARRETO, Tobias. A questão do poder moderador. In: *Estudos de Direito*. Publicação Posthuma dirigida por Sylvio Romero. Rio de Janeiro: Laemmert & C., 1892, p. 423.

8. O período regencial foi profundamente marcado pela instabilidade política, havendo até tentativa de golpe de Estado articulada pela maioria moderada, mas constrangida sobretudo pelo influxo do discurso legalista de **HONÓRIO HERMETO CARNEIRO LEÃO**, o futuro Marquês de Paraná.²² Mas o interesse do presente estudo restringe-se a analisar a Lei n.º 105 de 12 de maio de 1840 no contexto dos conflitos de atribuição, e para entender a causa de seu surgimento é conveniente começar o caso desde o início.

A Lei de 14 de junho de 1831 marca a forma da eleição da Regência Permanente e lista suas atribuições, prescrevendo o art. 10 que a “Regência nomeada exercerá, com a referenda do ministro competente, todas as atribuições, que pela Constituição do Império competem ao poder moderador, e ao chefe do Poder Executivo, com as limitações e exceções seguintes”.²³ As limitações que mais interessam do art. 19 são: “1.º Dissolver a Câmara dos Deputados; (...) 4.º Conceder títulos, honras, ordens militares e distinções; 5.º Nomear conselheiros de estado, salvo no caso em que fiquem menos de três, quantos bastem para se preencher este número; 6.º Dispensar as formalidades, que garantem a liberdade individual”.²⁴

Em vista destas limitações impostas à Regência, a Câmara dos Deputados ascende: “torna-se o centro do poder, dela depende a regência e o ministério”.²⁵ O sentimento liberal, à solta com a abdicação de **D. PEDRO**, manifesta-se pelos desejos de revisão da Carta vigente. Detalham **BONAVIDES** e **ANDRADE** que “os avanços mais notáveis constantes da proposta de tramitação abrangiam: a abolição do Poder Moderador, a substituição da monarquia unitária do Império por uma monarquia federativa, a temporariedade e elegibilidade do Senado, a legislatura bienal, o enfraquecimento do poder de veto do Imperador em proveito da autoridade legislativa, a supressão do Conselho de

---

²² FAORO, Raymundo, op. cit., V. 1, p. 343 a 351.

²³ Lei consultada em: **BONAVIDES**, Paulo; **AMARAL**, Roberto. **Textos políticos da História do Brasil**. V. 1. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1996, p. 601 e 602.

²⁴ *Ibidem*, p. 603.

²⁵ FAORO, Raymundo, op. cit., V. 1, p. 343.

Estado, a substituição da regência trina pela regência una e a criação das assembleias legislativas provinciais”.²⁶

O Senado vitalício – absolutamente acuado – imediatamente levanta-se contra as pretendidas reformas e nega-se a abrir mão da vitaliciedade. O dique senatorial impediu o Moderador de cair e a federação de nascer. Porém, o Ato Adicional de 12 de agosto de 1834²⁷ suprimiu o Conselho de Estado e instituiu Assembleias Legislativas provinciais, dotando-as de considerável autonomia; um pequeno passo na direção da almejada descentralização federativa.²⁸

A extinção do Conselho significou vitória para a Câmara baixa, porquanto, como já foi dito, o Conselho era mal visto por ter sido fantoche de **D. PEDRO I**.

Quanto às Assembleias Legislativas, em vista de suas atribuições, tornaram-se o pior pesadelo do Poder Central. É que pelo Ato Adicional passaram a exercer nova atribuição de criar e suprimir empregos municipais e provinciais, além de estabelecer os respectivos ordenados,²⁹ e por este meio subjugaram a população.³⁰ As Assembleias também possuíam a atribuição de suspender e demitir magistrados,³¹ e ainda forçavam a interpretação para estender esta prerrogativa aos Tribunais de Relação. Não é só isso: faziam uso do Direito para criar inúmeros obstáculos aos adversários políticos com pretensões de assumir algum cargo local, e também dominavam juízes de paz e as câmaras municipais.³² As Assembleias das Províncias passaram a suscitar inúmeras dúvidas de atribuição – “e quantas dúvidas logo não foram suscitadas ao aplicar-se o texto constitucional emendado”!³³ – com atos invasores propositados a penetrarem nas tradicionais atribuições do Poder Central. Atos, aliás, em sua maioria inescrupulosos, pois em nome da liberdade serviam a fins particulares das autoridades locais.

²⁶ BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de, op. cit., p. 113.

²⁷ Ato Adicional, Lei n.º 16, de 12 de agosto de 1834 (Faz algumas alterações e adições à Constituição Política do Império, nos termos da Lei de 12 de outubro de 1832).

²⁸ BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de, op. cit., p. 116.

²⁹ Ato Adicional, Lei n.º 16, de 12 de agosto de 1834, art. 10, parágrafo 7.º.

³⁰ FAORO, Raymundo, op. cit., V. 1, p. 349.

³¹ Ato Adicional, Lei n.º 16, de 12 de agosto de 1834, art. 11, parágrafo 7.º.

³² FAORO, Raymundo, op. cit., V. 1, p. 349.

³³ BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de, op. cit., p. 120.

O próprio Poder Central involuntariamente concorreu a esta situação, pois “a redação do Ato [Adicional] era deficiente e confusa, o que decorria, aliás, do processo desordenado pelo qual foi discutido e votado. As principais e mais graves confusões decorriam da imprecisão da competência atribuída às Assembléias provinciais. Muitas delas estendiam demasiadamente a própria jurisdição, adotando leis que feriam a Constituição do Império e invadiam competência da Assembléia Geral [composta pelas Câmaras de Deputados e Senadores], com graves prejuízos políticos e administrativos”.³⁴

JUSTINIANO JOSÉ DA ROCHA anota que os maiores perigos do Ato Adicional na visão dos conservadores eram dois: primeiro, havia algumas Províncias que criavam antagonismos em relação a outras no campo dos interesses territoriais e fiscais; segundo, algumas também alteravam e transformavam a legislação do Poder Central, o que era um perigo para a unidade nacional.³⁵⁻³⁶

O perigo era real. Quando o Presidente da Província – representante do Imperador – suspendia e demitia desobedientes empregados públicos, os promotores de acusação estavam ligados umbilicalmente ao partido vencedor e dominante da Província, e igualmente os juízes de paz e os jurados.³⁷ Ou seja, a lei era implacável somente aos adversários do partido local dominante. A nova configuração política fez com que o Presidente da Província passasse a ser pouco mais do que um bobo dos antigos reinos medievais, enquanto as Assembléias cada vez mais roíam os tecidos da unidade monárquica e consolidavam castelos inexpugnáveis.

Em vista da ausência de ramo Judiciário verdadeiramente independente e capaz de assumir integralmente o papel de bastião da liberdade, os liberais moderados – mesmo com as melhores intenções – despertaram demônios por todo o Império, substituindo o autoritarismo do Poder Central pelo das Assembléias e dos juízes de paz. Para a simples pessoa do povo este novo desenho político mudou seu carrasco que, devido às entranhadas paixões locais, tanto podia ser bem mais cruel quanto bem mais condescendente.

³⁴ MELO FRANCO, Afonso Arinos, op. cit., p. 251.

³⁵ Apud BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de, op. cit., p. 123.

³⁶ Cf. também o enfraquecimento do Poder Central em PANDIÁ CALÓGERAS, João, op. cit., p. 138.

³⁷ FAORO, Raymundo, op. cit., V. 1, p. 349 a 351.

Este estado de coisas favoreceu o Senado vitalício a avançar e forçar o recuo liberal, e a maioria da Câmara dos Deputados não teve outra opção que não a rendição, pois seus próprios ideais colocaram em perigo a autoridade da Assembléia Geral e da Regência. *Deste novo movimento político nasce a Lei n.º 105 de 12 de maio de 1840*, interpretando definitivamente alguns mandamentos do Ato Adicional.

Esta Lei impôs o retrocesso da alta maré provincial: estendendo a predicação “municipal” a todos os termos dúbios, evitando interpretações que torpedeassem as atribuições Poder Central;³⁸ retomando o monopólio do exercício de revogação de Leis;³⁹ e melhorando o isolamento do ramo Judiciário em relação às potestades locais, trazendo-o de volta para debaixo das asas do Poder Central.⁴⁰ A reforma do Código de Processo Penal foi o golpe final que sufocou de vez a ação das Assembléias das Províncias sobre o Judiciário.⁴¹

Para se ter boa medida do que significou a Lei n.º 105 para a evolução da vida dos conflitos de atribuição, é importante a seguinte digressão.

---

³⁸ Lei n.º 105 de 12 de maio de 1840, art. 1.º: “A palavra – Municipal – do art. 10, § 4.º, do Ato Adicional, compreende ambas as anteriores – Polícia e Economia –, e ambas se referem a cláusula final do mesmo artigo – precedendo Propostas das Câmaras. A palavra – Polícia – compreende a Polícia Municipal, e Administrativa somente, e não a Polícia Judiciária”.

³⁹ Lei n.º 105 de 12 de maio de 1840, art. 8.º: “As Leis Provinciais que forem opostas à interpretação dada nos artigos precedentes não se entendem revogadas pela promulgação desta Lei, sem que expressamente o sejam por atos do Poder Legislativo Geral”.

⁴⁰ Lei n.º 105 de 12 de maio de 1840, art. 4.º: “Na palavra – Magistrado – de que usa o art. 11, § 7.º, do Ato Adicional, não se compreendem os Membros das Relações e Tribunais Superiores”.

⁴¹ “A *Reforma do Código de Processo* despojou o juiz de paz da maior parte de suas funções, reduzindo-o praticamente a suas atribuições notariais. Suas funções policiais mais importantes foram transferidas para os chefes de polícia e para os delegados que eram os agentes locais destes. As atribuições judiciais e criminais do juiz passaram para os juízes municipais. As atribuições do *júri* foram consideravelmente reduzidas e esse tribunal popular ficou praticamente sob a tutela do juiz de direito. Os juízes municipais e promotores passaram a ser de nomeação direta do governo central”. BARRETO, Célia de Barros et al. *O Brasil Monárquico*. Vol. II, Tomo II. In: BUARQUE DE HOLANDA, Sérgio (Direção). *História Geral da Civilização Brasileira*. 2.ª edição. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1965, p. 57 (itálicos no original).

A Carta de 1824 atribui à Assembléia Geral a feitura, *interpretação*, suspensão, e revogação das Leis.⁴² A leitura isolada deste mandamento constitucional faria qualquer um crer que no Brasil imperial vigeria a supremacia do Parlamento.

Porém, tal supremacia jamais existiu no Brasil até o fim do Primeiro Reinado, pois **D. PEDRO I** indubitavelmente dominava o Parlamento – ainda que a Câmara de Deputados lhe fosse cada vez mais arredia –, tendo sido o Imperador, de fato, o último intérprete das Leis. Confirma-se neste sentido a ata da Sessão 28.^a do Conselho de Estado, de 27 de abril de 1829, na qual se interpretou a extensão de prerrogativa do ramo Moderador para adiar a Assembléia Geral. Igualmente, vale consultar a ata da Sessão 40.^a do Conselho de Estado, de 30 de março de 1830, na qual foi sanada dúvida de interpretação do art. 154 da Carta de 1824, em relação aos juizes de paz.⁴³

Após a abdicação de **PEDRO I**, de imediato sentiu-se o afrouxamento das rédeas: na Sessão 62.^a de 27 de abril de 1831 – vinte dias após a abdicação –, considerando que o Conselho de Estado preferiu recorrer “à sabedoria do Poder Legislativo” para interpretar os art. 154 e 164 da Carta de 1824, para somente depois, eventualmente, suspender magistrado do Conselho Supremo Militar.⁴⁴

Então, a Lei n.º 105 prova de maneira irrefutável a ascensão da importância do Parlamento como instituição política nacional, pois conseguiu praticar a última interpretação do Ato Adicional de 1834, ou em outras palavras conseguiu realizar sua atribuição constitucional. Este fato, ainda que negado no Segundo Reinado, não deixa de ser significativo para a longa caminhada do Estado brasileiro no sentido de fragmentar o exercício do poder em centros autônomos.

Outro aspecto muito importante a respeito do período histórico regencial é a percepção da existência de ambiente político transitoriamente mais propício a conflitos próximos da espécie federativa, mesmo sem federalismo propriamente dito.

---

⁴² Carta/1824, art. 15, VIII.

⁴³ RODRIGUES, José Honório. *Atas do Conselho de Estado – Obra Comemorativa do Sesquicentenário da Instituição Parlamentar*, V. II..., p. 105.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 157 e 158.

Esta intuição baseia-se no alto grau de autonomia sentida e vivida pelas Assembléias provinciais. O caso é que as Assembléias passaram a praticar atos que tradicionalmente eram de atribuição do Poder Central. Deste ponto de vista, as dúvidas de atribuições surgidas entre Poder Central e Assembléias poderiam ser consideradas como conflitos próximos da espécie federativa. Poder-se-ia objetar que o desfecho do duelo político Poder Central-Assembléias negaria esta percepção, haja vista que o conflitante mais forte foi quem pôs fim às dúvidas impondo sua vontade pela Lei n.º 105.

O que parece mais correto é que o conflito e o desfecho do conflito são momentos absolutamente distintos. Realmente, a Carta de 1824 atribui à Assembléia Geral a prerrogativa de intérprete final das Leis e, entretanto, mesmo assim o conflito parece ser próximo da espécie “federativa” na medida em que a dúvida de atribuição “federativa” envolvia entes que, *naquele exato momento histórico*, pareciam não possuir superior hierárquico comum, além de estarem em planos “federativos” diferentes, ou talvez seja mais correto dizer em planos administrativos e legislativos diferentes. O modo do desfecho do conflito é momento posterior que não nega a existência do conflito, *i.e.*, o tipo de solução dada ao conflito é questão que diz respeito exclusivamente ao grau de evolução e de civilidade política do país, nada mais que isso. Nesta linha de raciocínio, tudo leva a crer que seja irrelevante para a confirmação de existência do conflito o modo como é resolvido: seja pela força de ameaças, ou das armas, ou por meio de tranqüilo acordo político, ou pela decisão de terceiro (ou Judiciário, ou Legislativo, ou Rei, ou Conselho de Estado, ou Tribunais Especiais e Supremos, a depender do sistema político⁴⁵). Por isso os conflitos de atribuição e os conflitos de natureza federativa podem tanto ter desenlace pacífico e dentro dos limites constitucionais, quanto colocar o país à beira de uma guerra civil. Nesta última hipótese, mesmo que o lado vencedor pulverize a existência do perdedor, jamais conseguirá negar que a dúvida de atribuição existiu. No conflito em tela, a Assembléia Geral reafirmou sua autoridade recolocando as Assembléias provinciais em posição bem menos relevante no contexto político-jurídico, confirmando a existência de conflito próximo da espécie “federativa”. Neste sentido, o fato da Assembléia Geral fazer uso de prerrogativa constitucional para solucionar o impasse, sugere que só uma decisão

---

⁴⁵ Neste sentido, de acordo com o valioso artigo do grande publicista Caio Tácito, apoiado em muitos subsídios de Mattirollo, há muitos sistemas de solução dos conflitos (TÁCITO, Caio. Conflito de atribuições..., p. 46; MATTIROLLO, Luigi. *Trattato di Diritto Giudiziario Civile Italiano*. Volume I. Quinta edizione. Torino: Fratelli Bocca Editori, 1902, item “1.027”, p. 923).

reconhecidamente legítima pela grande maioria acalmaria os ânimos, evitando conflito armado generalizado.

O conflito Poder Central-Assembléias ainda é útil por confirmar que é perfeitamente suscetível de acontecer a concomitância de dúvida entre ramos de poder com dúvida federativa, o que chamaremos de *conflito híbrido*.⁴⁶ Para tanto, basta levar-se em conta que houve dúvida quanto a quem, Regente ou Assembléias provinciais, deveria praticar a atribuição de suspender magistrados.

9. “Após a lei interpretativa do ato adicional, a autonomia das províncias fora substituída por uma tendência fortemente centralizadora, que se intensificou com **PEDRO II**. O Segundo Reinado foi marcado pela centralização e burocratização”.⁴⁷ Neste sentido, reforça **FAORO** afirmando que o “imperador reina e governa, sem que o anime a fome do poder tirânico: filho e vítima de um sistema, ele viça à sombra de instituições secularmente plantadas. A atmosfera de seu poder alarga porque todos querem respirar do ar que ele respira. Fora do círculo mágico, no fundo, agita-se apenas uma corrente subterrânea, hostil à coroa”.⁴⁸⁻⁴⁹

Sabe-se que a Carta de 1824 foi omissa quanto à responsabilidade política dos Ministros, “e foi principalmente em torno deste intrincado tema que se travou toda a controvérsia jurídico-política no Brasil imperial”.⁵⁰ É importante não esquecer o episódio que foi a gota d’água para a abdicação de 07 de abril de 1831: a demissão do Ministério liberal para organização de governo claramente conservador. Por isso **JOSÉ MARIA DOS SANTOS** esclarece que a Revolução de 07 de abril havia colocado o problema político do Império em termos exatos e insofismáveis: “os ministros, isto é, o governo deve depender sempre da confiança publica, expressada nos votos do parlamento”.⁵¹ Aliás, neste sentido a

---

⁴⁶ Cf. item n. 39.

⁴⁷ CERQUEIRA LEITE, Beatriz Westin de. As Instituições Políticas do Império e a prática parlamentar. **História**. São Paulo (UNESP), 1993, v. 12, p. 244.

⁴⁸ FAORO, Raymundo, op. cit., V. 1, p. 410.

⁴⁹ Bom retrato político do Segundo Reinado é o mencionado artigo da historiadora CERQUEIRA LEITE, Beatriz Westin de, op. cit., p. 235 a 251.

⁵⁰ MELO FRANCO, Afonso Arinos, op. cit., p. 246.

⁵¹ SANTOS, José Maria. **A política geral do Brasil**. São Paulo: J. Magalhães, 1930, p. 15.

tensão em torno da responsabilidade dos ministros foi vivida intensamente entre o Regente **FEIJÓ** e seus parlamentares contemporâneos.⁵²

Embora tenha sido período de notável estabilidade política se comparado ao passado recente, o Segundo Reinado também viveu esta tensão. “Algumas vezes **DOM PEDRO** substituiu o Gabinete segundo sua vontade, sem que uma questão parlamentar tivesse provocado a queda. Por exemplo, em 1868, quando da demissão do Gabinete de **ZACARIAS** (liberal) e ascensão do Gabinete conservador de **ITABORAÍ**, fato que provocou manifestação rigorosa da Câmara”.⁵³

A aludida manifestação voltava à conhecida reivindicação do 07 de abril, e portanto, reiterava no campo político suscitação de dúvida quanto ao momento propício do exercício da prerrogativa constitucional do Moderador, expressa no inciso VI do artigo 101 da Carta. Em vista deste fato histórico, e também por este estudo estar investigando os conflitos de atribuição, parece justo indagar se estes conflitos podem ser realmente tidos como de atribuição, *i.e.*, se é possível interpretar as rigorosas críticas parlamentares como dúvida de atribuição entre ramos de poder Legislativo e Moderador. A resposta a esta indagação, doravante denominada indagação-principal, depende de outras duas indagações serem positivas.

Primeira: a dúvida de atribuição também pode referir-se especificamente à ocasião de exercitar-se certa atribuição? Sem dúvida. Neste caso, o Parlamento exigia que a manutenção do Ministério dependesse de sua confiança, assim, pretendia exercer a atribuição de julgar se o Executivo merecia, ou não, confiança. Quando o Imperador comete a demissão do Ministério sem observar o Parlamento, exerce a atribuição pretendida por este. A princípio a situação inegavelmente põe em risco o equilíbrio dos ramos de poder.

Mas para existir realmente este risco, é preciso ainda perguntar: a independência do Legislativo do Segundo Reinado é suficiente ao ponto de sustentá-lo como centro de força nitidamente distinto do poder pessoal do Imperador?

---

⁵² Ibidem, p. 16 e 17.

Sendo a primeira indagação positiva, ainda assim persistiria negativa a resposta da indagação-principal, em vista da resposta negativa na segunda indagação.

Conforme dito no primeiro capítulo, após o Decreto n.º 523 de 20 de julho de 1847, do ponto de vista teórico teria ocorrido leve destacamento do Legislativo em relação ao Poder Central, e surgiria potencial quadro de ocorrência de conflitos de atribuição. Todavia, a prática política do Segundo Reinado mostra que nas disputas entre Legislativo e Moderador prevalecia a última vontade do Imperador, seja dissolvendo a Câmara transitória ou demitindo e nomeando ministros. Por tal motivo parece não ser exagero afirmar que o Poder Moderador dominava o Legislativo.⁵⁴

Diante destas constatações, o que parece mais correto é que os conflitos existentes entre Legislativo e Moderador não poderiam ser tidos como conflitos de atribuição, na medida em que o Legislativo não poderia ser considerado como centro de força suficientemente autônomo. Estes conflitos acabavam sendo resolvidos politicamente por meio de imposições da Coroa, tratando-se de conflitos administrativos solvidos por superior hierárquico.

Mudando o foco para o Judiciário, no capítulo precedente foi visto que após o golpe da maioria o Conselho de Estado foi reinstituído pela Lei n.º 234 de 23 de novembro de 1841, prevendo seu art. 7.º atribuição para solver conflitos entre autoridades administrativas, e entre estas e as judiciárias. Também se viu que o mencionado Regulamento n.º 124 de 05 de fevereiro de 1842 delineou o procedimento para resolver os conflitos entre as autoridades administrativas e judiciárias. Chegou o momento de ver o funcionamento deste Regulamento no palco da vida, para que todos vejamos o regime servil ao qual se submetia o ramo Judiciário no contexto monárquico:

“Declara não ter o Poder Judiciario competencia, por ser negocio administrativo, para conhecer da pretensão levantada por uma companhia de estrada de ferro á haver garantia de juros sobre quantias que o Presidente da Provincia julga despendidas de modo não previsto no respectivo contracto, nem na lei provincial, que o autorizou.

---

⁵³ CERQUEIRA LEITE, Beatriz Westin de, op. cit., p. 243.

2.^a Secção. – Ministerio dos Negocios da Justiça. – Rio de Janeiro, 28 de Fevereiro de 1874.

Illmo. e Exm. Sr. – Forão presentes a Sua Magestade o Imperador o officio de V. Exa. n. 99 de 19 de Julho do anno passado e mais papeis relativos ao conflicto de jurisdição, que V. Ex. declarou ao Juiz dos Feitos da Fazenda, por admittir este a companhia SOROCABANA de estrada de ferro a nomear e approvar arbitros que julgassem a pretensão, que sustentava de haver garantia de juros da quantia de 150:000\$, despendida pelo Presidente da Directoria em distribuição de acções.

Consta dos referidos papeis, que V. Ex. e seu antecessor não attenderão á reclamação da companhia SOROCABANA, por não estar aquella despesa incluída no capital especificado na condição 16 § 1.^o do contracto entre a companhia e o Governo da Provincia, visto que não podia ser reputada necessaria para a construção da estrada; e recusarão-se a convir no juizo arbitral para a decisão da questão por ser esta da esphera da jurisdição administrativa, em razão de versar sobre a fixação dos limites do capital garantido, referir-se á execução de uma empresa de trabalhos publicos, e ter por objecto direitos e interesses derivados immediatamente, não do contracto, se não da lei provincial que determinou o capital e estabeleceu a garantia de juros para a mencionada empresa.

E o mesmo Augusto Senhor, tendo ouvido o seu Conselho de Estado, com cujo parecer se conforma, manda declarar a V. Exa. que procedeu regularmente, obstando ao processo arbitral, que se instaurava no Juízo de Feitos da Fazenda, e resolvendo que a controversia é da competencia da jurisdição administrativa.

Deliberando que não fosse levado em conta do capital garantido á empresa a quantia despendida em emissão de acções, expremirão V. Ex. e seu antecessor o sentido obvio da condição 16 § 1.^o do contracto feito com a companhia, que não autorisa a suscitada duvida.

Mas quando ella se pudesse suggerir, não seria controversia da esphera da jurisdição civil, porque V. Ex. tratava de dar á lei a precisa intelligencia para sua execução, interpretando as clausulas legaes do contracto celebrado com a companhia, de fixar os limites do capital que lhe está garantido, e de determinar as condições geraes de existencia de uma empresa de trabalhos publicos, assumptos que escapão á competencia do Poder Judiciário. – Excluir da contestação em tal caso a jurisdição administrativa, fôra transferir a execução da lei das mãos do Presidente da Provincia, a quem incumbe esse dever, para o Poder Judiciario, quando não se trata de materia propria de direito privado.

---

⁵⁴ Ibidem, p. 242.

Por estes fundamentos houve por bem Sua Magestade o Imperador resolver, que a V. Ex. compete decidir a questão suscitada pela companhia **SOROCABANA** da estrada de ferro, e que deu lugar ao conflicto de jurisdição.

Deus guarde á V. Ex. — **MANOEL ANTONIO DUARTE DE AZEVEDO**. — Sr. Presidente da Provincia de S. Paulo”.⁵⁵

.....

“Declara que á Administração provincial compete resolver duvidas sobre a execução das leis da instrucção pública; e que no caso de conflicto de jurisdição entre uma autoridade administrativa e outra judiciária, compete ao presidente da provincia, não a Relação, conhecer delle.

Ministerio dos Negocios do Imperio. — Rio de Janeiro, em 5 de Outubro de 1875.

Illm. e Exm. Sr. — Com o officio de 30 de Abril do corrente anno, remetteu V. Ex. uma representação documentada do substituto do Juiz de Direito da capital dessa provincia ácerca da decisão por elle proferida sobre execução de multa imposta pela Directoria geral da instrucção publica ao Padre **FRANCISCO BUENO SAMPAIO**, que exercia o magistério particular.

Do citado officio e papeis annexos constão as occurrencias que a este respeito se dêrão, e a circumstancia de haver V. Ex. recommendado ao Procurador da Corôa, Soberania e Fazenda Nacional que suscitasse na Relação do districto o conflicto de jurisdição, pela interferencia que o dito substituto exercêra em questão de multa imposta administrativamente.

Em resposta tenho a declarar que o assumpto é da alçada da Administração provincial, que na respectiva legislação peculiar e na subsidiaria encontrará os meios de resolver as difficuldades oppostas á boa execução dos preceitos relativos á instrucção publica.

Cumpre, entretanto, observar que se deve proceder nos termos dos arts. 24 e seguintes do Regulamento n. 124 de 5 de Fevereiro de 1842, quanto aos conflictos entre uma autoridade administrativa e outra judiciaria. Sómente nos que são suscitados entre

duas autoridades judiciais compete á Relação do districto a decisão definitiva, conforme o disposto no art. 10 § 2.º n. 2 e arts. 131, 132 e 133 do Decreto n. 5,618 de 2 de Maio de 1874.

Deus guarde á V. Ex. – **JOSÉ BENTO DA CUNHA E FIGUEIREDO**. – Sr. Presidente da Província de Matto Grosso”.⁵⁶

A partir destas duas decisões é possível notar que o Imperador, por meio do Conselho de Estado e Presidentes da Província, murava o terreno no qual o ramo Judiciário poderia pisar. Somado a este contexto, não se deve desprezar a ausência das garantias de vitaliciedade e inamovibilidade de seus membros.

Porém, não é só obedecendo as decisões do Conselho de Estado ou dos Presidentes da Província que o Judiciário reconhece-lhes a atribuição para solver os conflitos entre autoridades de natureza administrativa e judiciária; o próprio Judiciário controla-se com o fim de não exercer esta atribuição, conforme decisão do Tribunal de Relação de São Paulo:

“O tribunal de relação não é competente para conhecer dos conflictos suscitados entre os chefes de policia e as autoridades judiciárias.

CONFLICTO DE JURISDICÇÃO

Reclamante – O juiz de direito da capital de São Paulo.

Relação de S. Paulo

Relatório

(...)

Acórdão.

Vistos expostos e discutidos estes autos, processados como de conflicto de jurisdição ou competencia entre o juiz de direito substituto do 1.º districto criminal desta capital e o chefe de policia da provincia, pelos motivos expostos no officio daquelle á fls. 2, acordão em relação em não tomar conhecimento da materia sugeita pela manifesta incompetencia do tribunal para isso, pois só lhe compete conhecer e decidir dos conflictos entre

---

⁵⁵ BRASIL. Conselho de Estado. Conflicto de Jurisdicção. *O Direito*, 3.º volume - n. 1 a 8, 1874, p. 534 a 535.

autoridades judiciais, como claramente dispõe o art. 131 do regulamento n. 5618 de 2 de Maio de 1874; e autoridade judiciária não é chefe de polícia, pois que, embora magistrado enquanto no exercício da polícia, não gosa elle do predicamento da sua magistratura, conforme dispõe o § 5.º do art. 1.º da lei de 20 de Setembro de 1871, ou não gosa do predicamento de *autoridade judiciária*, conforme dispõe o art. 9.º do respectivo regulamento.

Sendo, pois, a duvida suscitada entre uma autoridade judiciária e outra administrativa, como é o chefe de polícia, regula-se a especie dos autos pela lei n. 234 de 23 de Novembro de 1841, regulamento de 5 de Fevereiro de 1842 e lei de 3 de Outubro de 1834, art. 5.º § 11; podendo, assim, o juiz reclamante recorrer á quem entender.

S. Paulo, 6 de agosto de 1886 – **J. P. VILLÇA**, presidente. – **MARCOS ANTONIO. – FURTADO. – P. FLEURY**, vencido por entender que o chefe de polícia, perante as disposições vigentes, tendo effectivamente attribuições de ordem judiciária, quaes as que lhe mantém a lei de 20 de Setembro de 1871, não é autoridade puramente administrativa, e sim de natureza mixta; pelo que o conflicto estava na ordem daquelles que a lei commete á decisão do tribunal de relação”.⁵⁷

E o Supremo Tribunal de Justiça era a última sentinela quanto ao autocontrole judicial, conforme atesta decisão de 29 de maio de 1875:

“Compete ao Conselho de Estado e não ao Supremo Tribunal de Justiça, a decisão dos conflictos de jurisdição entre os Tribunaes de Relação e as Autoridades militares – Intelligencia da Lei n. 234 de 23 de Novembro de 1841, art. 7.º, § 4.º.

CONFLICTO DE JURISDIÇÃO ENTRE O TRIBUNAL DA RELAÇÃO DO RECIFE E O COMANDANTE DAS ARMAS DA MESMA PROVÍNCIA

Supremo Tribunal de Justiça.

(...)

Vistos, expostos e relatados estes autos de conflicto de jurisdição entre o Tribunal de Relação do Recife e o Commandante das Armas da provincia de Pernambuco: não

---

⁵⁶ BRASIL. Conselho de Estado. Conflicto de Jurisdição. *O Direito*, 8.º volume, 1875, p. 791.

tomão conhecimento, porque sendo derogado o art. 34 da Lei de 18 de setembro de 1828 pelo art. 7.º § 4.º da Lei n. 234 de 23 de novembro de 1841, o Supremo Tribunal de Justiça só pôde julgar os conflictos das Relações entre si, ou com qualquer outra autoridade judiciaria; e ao Conselho de Estado compete decidir sobre os conflictos entre autoridades administrativas e judiciarias, conforme a citada Lei n. 234, art. 7.º § 4.º, e art. 8.º, Regulamento n. 124 de 5 de Fevereiro de 1842, art. 24 e seguintes.

Rio de Janeiro, 29 de Maio de 1875. — **BRITO**, Presidente. — **VEIGA**. — **BARÃO DE MONTSERRATE**. — **MARIANNI**. — **SIMÕES DA SILVA**, vencido. — **LEÃO**. — **CERQUEIRA**. — **BARBOZA**. — **VILLARES**. — **VALDETARO**. — **ALBUQUERQUE**. — **COITO**. — **PEREIRA MONTEIRO**. — Relator, o Sr. Conselheiro **MARIANNI**. — Revisores, os Srs. Conselheiros **SIMÕES DA SILVA** e **MESSIAS DE LEÃO**".⁵⁸

Esta configuração político-jurídica expõe o jurisdicionado aos mandos e desmandos do Executivo, pois aquele não possui abrigo seguro quando o vendaval administrativo lhe invade a esfera de direitos. Na prática, a administração pública retira da esfera judicial qualquer causa que lhe ofereça sério gravame, conforme o rico testemunho do caso que segue.

O advogado **JOÃO MENDES DE ALMEIDA** expôs que seu cliente, o Sr. **JOAQUIM EUGENIO DE LIMA**, havia obtido "privilegio para construir *chalets* e *kiosques* no jardim publico desta capital, por 40 annos, e assignou o prazo de um anno para dentro d'elle começar e concluir os trabalhos. (...)".⁵⁹ Então, segundo o advogado, seu cliente havia entregado a planta e solicitado o contrato com a administração, porém, narra o advogado:

"(...); o Presidente da provincia, que fôra o proprio que sancionára a lei, entendeu que devia mandar organizar uma nova planta, pela qual o supplicante [Sr. **JOAQUIM EUGENIO DE LIMA**] faria a construção dos *chalets* e *kiosques*, allegando que a planta por

⁵⁷ BRASIL. Tribunal de Relação de São Paulo. Conflictos de Jurisdição. **O Direito**, 42.º volume, 1887, p. 62 e 63.

⁵⁸ Foi omitida a petição inicial do Tribunal de Relação e também o parecer do Conselheiro Procurador da Coroa, os quais podem ser consultados em: BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Conflictos de jurisdição. **O Direito**, 7.º volume, 1875, p. 578 a 580.

⁵⁹ BRASIL. Presidência da Província de São Paulo. **O Direito**, 9.º volume, 1876, p. 206.

elle offerecida era insignificante. A planta que o Presidente da provincia mandou organizar nunca foi manifestada ao supplicante, que apenas leu nos jornaes a ordem para o seu levantamento pela repartição de obras publicas.

Esperava o supplicante a decisão sobre o requerimento, afim de fazer o contracto, embora aceitando a planta official, quando foi sorprendido pela noticia de haver sido permittida a **JACOB FRIEDERICH** a construção de um *chalet* no jardim publico para botequim, pelo prazo de 10 anos, com infracção da lei que concedêra o privilegio ao supplicante. O referido **JACOB FRIEDERICH** havia requerido esse contracto em Dezembro de 1873, isto é, quando ainda não era passado um ano após a lei do privilegio, se porventura é verdadeira a allegação do Presidente da provincia, de que o prazo para a execução das obras decorria da data da lei, e não da do contracto após aprovação da planta.

Dos documentos juntos, que fundamentarão a acção, se evidencia que a delonga administrativa era plano feito para prejudicar ao supplicante, pretextada posteriormente a supposta caducidade do privilegio pelo decurso do anno. em Dezembro foi entretido com o despacho proferido na petição de **JACOB FRIEDERICH**, e do seguinte teor:

‘Em vista da informação, respondo ao supplicante, entendendo-se com o concessionario do privilegio’.

Mais tarde depois de variadas evoluções administrativas, não tendo sido possivel a revogação da lei do privilegio, como fôra aconselhado á Assembléa legislativa provincial, o contracto sobredito com **JACOB FRIEDERICH** foi concluído e assignado, prejuizo do supplicante, que era o privilegiado.

É verdade que no relatorio lido ante a Assembléa legislativa provincial aos 14 de Fevereiro deste anno, o Presidente da provincia procura justificar o seu procedimento allegando que, havendo decorrido o anno (na sua opinião este prazo é contado da data da lei) e estando portanto caduco o privilegio, podia ser feito o referido contracto com **JACOB FRIEDERICH**. Esta proposição careçe de refutação.

No mesmo relatorio o Presidente da provincia diz que, do livro de informações da repartição de obras publicas, consta que a planta que elle mandára organizar fôra feita pelo engenheiro **TRIGO DE LOUREIRO**. Mas a verdade é que sómente agora o supplicante sabe que a mencionada planta foi feita: e sem duvida o Presidente da provincia entendeu bem, que não lh’a poderia impôr, até porque, se lh’a apresentasse, e elle aceitasse, o contracto com **JACOB FRIEDERICH** não seria feito, e porventura falharião todos os calculos administrativos.(...)

(...)”.⁶⁰

O advogado concluiu que a administração pública causou dano a seu cliente, e portanto que fosse indenizado.

Tomando conhecimento deste processo que tramitava na esfera judicial, o Presidente da Província procurou justificativa para excluir o Judiciário:

“(…)

Em virtude da Lei Provincial n. 52 de 1873, foi concedido a **JOAQUIM EUGENIO DE LIMA** privilegio por quarenta annos para construir *chalets* e *kiosques* no jardim publico desta capital.

Depois de longos mezes, pedio a celebração do contracto indispensavel para o gozo desse direito.

Em 5 de dezembro daquelle anno mandei que a respeito emitisse seu parecer o Inspector do jardim, capitão **ANTONIO BERNARDO QUARTIM**.

Em 11 do mesmo mez respondeu, ponderando que a falta de gosto, de elegancia e de belleza na planta, a tornavão indigna do privilegio solicitado.

Em 22, Portaria n. 316, dirigida á inspeccoria de obras publicas, mandei que se fizesse o orçamento dos trabalhos, fazendo-o acompanhar de planta correspondente em elegancia e architectura ao gráo de desenvolvimento a que devia ser elevado o jardim botanico; não podendo absolutamente servir a planta offerecida pelo peticionario, a qual, pela insignificancia de fôrma e de preço, qualquer pessoa a realisaria sem privilegio e sem mesmo direito constituido contra o governo, e sim por méra e precaria licença.

No livro de informações da repartição de obras publicas, de 1873 e 1874, pagina 5, consta ter-me sido enviada, a planta e orçamento feitos pelo engenheiro **TRIGO DE LOUREIRO**, sendo este na importância de 18:744\$424.

Dahi em diante nada mais solicitou o concessionário do privilegio, e nem o governo deveria promover a celebração de um contracto para tal fim com character exclusivo, quando, sem dependencia de tal privilegio, muitos outros prestarião ao publico melhor serviço.

---

⁶⁰ BRASIL. Presidência da Província de São Paulo. Conflicto de jurisdicção. **O Direito**, 9.º volume, 1876, p. 206 e 207.

De facto acha-se construido naquele Passeio um *chalet* em condições muito superiores ás que forão por aquelle propostas e com possibilidade legal de concorrência.)

Apezar de todos esses factos, intentou elle perante o Juízo dos Feitos uma acção de indemnização contra a provincia no valor, arbitrando os interesses em 120:000\$000.

Entretanto os arts. 2.º e 5.º da lei são expressos em declararem caduco o privilegio, quando as obras de construcção não fossem concluidas no prazo maximo de um anno, o qual, fixado pela lei, conta-se da data da mesma lei e não do contracto.

Quando mesmo assim ainda estivesse ella em vigor, o privilegio não produziria seus effeitos, nem portanto, habilitaria o concessionario a solicitar indemnização de damnos ou lucros cessantes, sem que préviamente fosse celebrado o contracto e aceitas as condições impostas pelo governo; sendo de notar-se que não procurou elle dentro do annno [sic] realizar o contracto, e concluir as obras depois do despacho de indeferimento, porque provavelmente assombrou-se com a noticia de nova planta e de orçamento superior a 18:000\$000.

Finalmente, quando ainda vigorasse o mesmo privilegio, não ficaria o concessionario prejudicado pelo já mencionado contracto com JACOB FRIEDERICH, pois que nelle reservou o governo o direito de desapropriação (clausula aliás desnecessaria) e ella se tornaria effectiva, caso a concessão convencional fosse feita com o privilegiado; cessando dest'arte toda a concorrência incompativel com o direito exclusivo.

Em taes circumstancias, a indenização ou preço competirão, não ao privilegio sem contracto, e sim ao possuidor do *chalet* actualmente existente.

Nesta situação, a relação jurídica a determinar-se é de ordem puramente administrativa, e não de natureza privada, nem, portanto, da competencia das autoridades judicarias.

Não se tendo lavrado contracto, todos os interesses, direitos e deveres, emanados *imediatamente* da lei, e não de um titulo meramente civil, determinão a relação hierarchica de subordinado á autoridade, de pretendente a um contracto, mediante a planta, com referencia ao governo, habilitado por lei para apreciar a conveniencia ou inconveniencia da concessão.

Mantem-se, pois, a relação nos limites do interesse publico --- linha divisoria entre elle e o direito privado.

Forão estes os principios elementares em que fundei-me para levantar o presente conflicto, ordenar a paralysação do processo, e por este acto declarar a incompetencia judiciaria.

(...)

Declaro, portanto, que o assumpto de que se trata é administrativo, e assim o resolvo para que produza todos os effeitos até a decisão da instância superior [Conselho de Estado].

(...)

Palacio do governo de S. Paulo, 11 de Maio de 1875. **JOÃO THEODORO XAVIER**".⁶¹

Sem em entrar no mérito de quem estava com a razão, o importante é atentar que a administração possuía larguíssimo campo de manobra para excluir o Judiciário quando bem entendesse.

Eis aí a armadura inexpugnável do Poder Central e a total subjugação do Judiciário no período da Carta de 1824. Neste último caso concreto, enfim, não há dúvida que a decisão do Presidente da Província de São Paulo colocou **JOAQUIM EUGENIO DE LIMA** em maus lençóis, haja vista que fez do réu o próprio juiz da causa. Não é outra a razão da Presidência da Província de São Paulo, ao excluir o Judiciário do caso, já antecipar que o pedido do jurisdicionado seria desmerecido de procedência.

Em situações limítrofes onde poderia haver fundada dúvida, nas quais os juízos inferiores se atreviam a julgarem-se competentes, o Supremo Tribunal de Justiça era a firme sentinela do Imperador, confirmando a supremacia imperial ao declarar o Judiciário incompetente:

“Não tem o poder judiciario competencia para conhecer e julgar acto pelo qual uma associação de beneficencia, com estatutos approvados pelo governo, exclue do seu seio á um dos associados.

REVISTA CÍVEL N.º 9880

Recorrente – **JOSÉ MARIA MAFRA**, na qualidade de presidente DA **SOCIEDADE DE BENEFICENCIA DOS ARTISTAS DA CONSTRUÇÃO NAVAL**.

---

⁶¹ BRASIL. Presidência da Província de São Paulo. Conflicto de Jurisdição. **O Direito**, 9.º volume, 1876, p. 209 a 211.

Recorrido – JACINTHO JOSE DA SILVA

Sentença (fl.) [1.^a instância]

(...)

[Julgamento do Tribunal de Relação]

Relatório (fl. 123)

O appellado JACINTHO JOSÉ DA SILVA, depois da tentativa de conciliação á fl. 45, propôs a presente acção ordinaria contra A SOCIEDADE DE BENEFICENCIA DOS ARTISTAS DE CONSTRUCCÃO NAVAL, representada pelo seu director, ora appellante, em que pede readmissão de socio e socio benemerito e remido dessa sociedade, ficando sem effeito a sua eliminação. E para isso allega que, sendo operario da 2.^a classe da officina de construcção naval do Arsenal de Marinha desta Côrte, entrou com menos de 25 annos de idade em 1860 para socio da sociedade ré, e que pelos relevantes serviços prestados á sociedade fez em 1873 parte do Conselho Director; que em 1874 foi-lhe conferido titulo de socio benemerito; e tendo direito a ser remido sem contribuição alguma, pediu a sua remissão em 1876 e 1877; que servindo o cargo gratuitamente de cobrador da sociedade, em cujo exercicio adquirio muitos desaffectedos mesmo entre membros da directoria, prestou suas contas com exactidão e pagou pontualmente suas mensalidades, com excepção das ultimas que deixou de pagar, porque cobrador, de mãos dadas com a directoria e proposito de excluil-o da sociedade, dizia-lhe ainda não ter sido dado pelo thesoureiro o respectivo recibo; que os réos desaffectedos, reunindo illegalmente uma assembléa com 27 membros como se via da acta á fl. 6 approvados pelo Governo Imperial, o eliminarão irregular e arbitrariamente de socio, perdendo assim o autor o direito aos actos de beneficencia da sociedade.

E, finalmente, allegou que recorria ao poder judiciario para reconhecer da presente questão, porque é o competente, como já o declarou o Governo em fl. 65, e concluiu juntando os documentos que se seguem ao libello á fl. 7.

Lançada a ré da contestação á fl. 46 do depoimento á fl. 61, seguiu a causa seus termos á revelia da ré.

O autor produziu as testemunhas á fl. 50, disse afinal á fl. 64 e o juiz pela sentença á fl. 68 julgou procedente e provado o libello e condemnou a ré no pedido.

Pela 1.^a vez appareceu em juízo a ré, appellou á fl. 71 e em razões appellantes á fl. 77 acompanhadas dos documentos que se lhes seguem, disse que era nulla a sentença appellada por incompetencia de juizo e illegitimidade da pessoa delle director; que a assembléa reunio-se e funcionou regularmente; e que com justiça eliminou o autor por

impontualidade em suas mensalidades e inexactidão nas suas contas de cobrador. O autor responde á fl. 115 á todas as allegações da ré.

Rio, 27 de Setembro de 1881 — **PAIVA TEIXEIRA**.

Acordão (fl. 124)

Acordão em relação. Que, vistos e relatados os autos confirmão a sentença appellada á fl. 68 na parte em que mandou readmittir o appellado como socio, e mandão que elle fique na mesma posição, em que estava quando foi eliminado; e assim julgão, porque a assembléa geral, que eliminou o appellado foi constituída illegalmente, isto é, formou-se com 27 socios, como se vê da acta á fl. 108, contra a expressa disposição do art. 22 dos estatutos á fl. 6, que exige o n. de 40 socios para constituir a assembléa geral.

Quanto á incompetencia de juizo e illegitimidade de parte allegada pelo appellante como nullidade nas suas razões appellantes, não procedem em vista do que se allega nas razões á fl. 115. E portanto e mais dos autos, condemnão o appellante nas custas.

Rio de Janeiro, 07 de Outubro de 1881 — **TAVARES DE BASTOS**, presidente. — **PAIVA TEIXEIRA** — **F. MARIANNI**, vencido — **GOUVÊA**.

[Idem, Embargos]

(...)

SENTENÇA DO SUPREMO TRIBUNAL [sic]

Vistos expostos e relatados estes autos de revista civil, entre partes: recorrente **JOSÉ MARIA MAFRA**, presidente da **SOCIEDADE DE BENEFICENCIA DOS ARTISTAS DE CONSTRUÇÃO NAVAL** e recorrido **JACINTHO JOSÉ DA SILVA**:

Concedem a revista pedida por nullidade do acordão de fl. 136v procedente da incompetencia do poder judicial, para conhecer e julgar o acto da demissão do recorrido, que, a administração da mencionada sociedade praticou no legitimo exercicio de suas attribuições, em vista da natureza especial do mesmo acto, todo attinente ao augmento, economia e disciplina interna da sociedade, regulado e regido pelos estatutos de fl. 6, approvados por decreto imperial, segundo os quaes a entidade competente para conhecer, confirmar ou revogar o acto controvertido, que deu lugar ao presente pleito era a assembléa geral da sociedade, se para ella o demittido appellasse nos termos do § 7.º do art. 16 dos citados estatutos.

Remettão-se pois os autos á relação de S. Salvador, que designão para a revisão e novo julgamento.

Rio de Janeiro, 12 de Agosto de 1882 — **VALDETARO**, presidente — **SIMÕES DA SILVA** — **COITO** — **SILVEIRA** — **SILVA GUIMARÃES** — **J. M.A. CAMARA** — **GRAÇA** — **ALMEIDA**

– TRAVASSOS – ALMEIDA ALBUQUERQUE – MENEZES – ARAUJO GÓES – SAYÃO LOBATO, vencido.

Relator, o Sr. ministro GRAÇA – Revisores, os Srs. ministros ARAUJO GÓES e SAYÃO LOBATO”.⁶²

Porém, e se o Supremo Tribunal de Justiça, fugindo deste roteiro, traísse a Coroa ao confirmar o Judiciário competente para processar e julgar causas que em tese seriam de atribuição da autoridade administrativa?

A mais provável solução deste questionamento está no estudo de ARISTIDES SPINOLA, publicado em 1874 na revista “O Direito”. SPINOLA inicia seu estudo perguntando: “Pode a autoridade administrativa, em face do direito patrio, suscitar conflicto sobre uma questão a respeito da qual já a autoridade judiciaria deu uma sentença que passou em julgado”?⁶³

Apoiado nas Ordenações o autor sustenta que sim, afirmando que

“(…)

A Ord. L. 3, T. 73 pr. diz muito clara, expressa e terminantemente que a sentença dada por juiz incompetente nunca passa em julgado; é de nenhum direito, em todo tempo pode ser annullada.

Eis as palavras da lei: ‘A sentença que é por Direito nenhuma, em todo tempo se pode oppôr contra ella que é nenhuma e de nenhum effeito, e portanto não é necessário ser della appellado. E é por Direito sentença nenhuma... se foi dada por Juiz incompetente em parte ou em todo.’

Não posso, a vista destas disposições, adoptar a doutrina de alguns accordãos não admittindo a acção rescisória para a nullidade de causas já revistas, não ventiladas no fôro commercial

(…)

Bôa ou má está em vigor a cit. disposição da Ord. 1.3, t. 75 pr. Discuto apenas uma questão de direito constituido

---

⁶² BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Revista Cível n.º 9880. O Direito, 29.º volume, 1882, p. 252 a 256.

(...)”.⁶⁴

SPINOLA opôs-se contra recente tendência jurisprudencial de seu tempo, evidentemente contrária aos interesses da Coroa. Assistir a **SPINOLA** sustentar a tese de inoponibilidade da coisa julgada em relação à Coroa brasileira, citando as Ordenações, só pode levar este estudo à conclusão de que a tese da desconconsideração da coisa julgada imunizou definitivamente Moderador e Executivo contra intervenções judiciais. Não seria mesmo atrevimento afirmar que a tese da desconconsideração da coisa julgada influiu decisivamente à consolidação da onipotência da Coroa brasileira. Em vista desta constatação, não se pode tirar a razão de **BOTELHO DE MESQUITA** quando sustenta que a desconconsideração da coisa julgada, tese que tem ganhado terreno no atual Estado pós-1988, “não se desprega do absolutismo da velha tradição monárquica, que fez a glória dos totalitarismos europeus do século passado”.⁶⁵

Por outro ângulo – mas seguindo na mesma linha –, o Judiciário não poderia rever decisões administrativas julgadas pela última autoridade administrativa. A quatro meses da proclamação da República existe registro de decisão do Conselho de Estado confirmando esta interpretação no sistema monárquico:

“Declara que não deve o poder judiciario conhecer de questão de competência administrativa julgada definitivamente em grau de recurso.

Ministerio dos Negocios da justiça. – 2.^a secção – Rio de Janeiro, em 6 de Julho de 1889.

Illm. e Exm. Sr. – Foi ouvida a secção de justiça do Conselho de Estado sobre o conflicto de attribuições entre o presidente da provincia de Pernanbuco e o juiz dos feitos da fazenda, na causa intentada pelo Dr. **JOSÉ VENTURA DOS SANTOS REIS** e sua mulher, com a intenção de obterem a restituição do excesso da taxa do sello de herança que pagaram, relativo ao espolio do finado commendador **MANOEL DA SILVA SANTOS**.

---

⁶³ **SPINOLA**, Aristide. Artigo sem título. *O Direito*, 5.^o volume, 1874, p. 185.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 185 a 189.

Sua Magestade o Imperador conformando-se por immediata resolução de 28 do mez findo com o parecer da mesma secção de consulta de 20 de outubro de 1887, ha por bem mandar declarar procedente o conflito e confirmar o acto pelo qual o presidente da provincia declarou provisoriamente administrativo o objeto, visto que a acção proposta pelos reclamantes importa controverter no juízo dos feitos da fazenda uma questão definitivamente julgada na junta do thesouro provincial com recurso para a presidencia em materia de sua competencia determinada por lei.

Deus guarde a V. Ex. – **CANDIDO LUIZ MARIA DE OLIVEIRA**. – Sr. presidente da provincia de Pernambuco”.⁶⁶

Enfim, pelo menos da parte deste estudo foi enterrada qualquer esperança de encontrar indícios de conflitos de atribuição no Segundo Reinado.

A radiografia que se fez deste período histórico também foi muito esclarecedora e reveladora a respeito de seu núcleo fortemente centralizador, a despeito dos cinquenta anos de reinado conduzidos pela sabedoria de **DOM PEDRO II**. Em vista desta perspectiva, a voz de muitos historiadores invocando o regime parlamentar britânico para o Segundo Reinado é, no mínimo, muito questionável. Se realmente fôssemos brindados com tal parlamentarismo – que, diga-se de passagem, exige longa experiência institucional e enorme amadurecimento político do povo –, provavelmente o Segundo Reinado teria vingado como celebridade em matéria de conflitos de atribuição. Mas, verdadeiramente, o Segundo Reinado era capaz de produzir apenas conflitos de atribuição administrativa.

Com tudo isso, o Presidente da Venezuela **ROJAS PAUL**, assistindo à queda do trono lamentou: “Se há acabado la unica Republica que existia en America: el Imperio del Brasil”.⁶⁷ Esta admiração é por conta da estabilidade política do Segundo Reinado e, reza a sabedoria popular que, em terra de cego, quem tem um olho é rei.

---

⁶⁵ BOTELHO DE MESQUITA, José Ignacio. Conflito entre a intangibilidade da coisa julgada e outro princípio constitucional. Um falso problema. In: *Coisa julgada*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 94.

⁶⁶ BRASIL. Conselho de Estado. Conflicto de jurisdicção. *O Direito*, 50.º volume, 1889, p. 295.

⁶⁷ Cf. este dado em CALMON, Pedro, op. cit., p. 217.

10. Na vigência da Constituição de 1891 é inegável que o ambiente político-jurídico tornou-se mais propício aos conflitos de atribuição e aos conflitos federativos. Mas a implementação da Constituição de 1891 não poderia ser imediata, e com poucos meses de regime republicano não é surpreendente que a tradicional dicotomia francesa entre negócios da administração e privados persistisse.⁶⁸

Em 29 de fevereiro de 1896, seis anos após a proclamação da República, o Supremo Tribunal Federal manifestou-se no seguinte sentido:

“Conflicto de jurisdição só se póde dar entre autoridades judicarias”.⁶⁹

A citação no livro de **JOSÉ AFFONSO MENDONÇA AZEVEDO** limita-se a esta curta ementa, e não apresenta o número do conflito, as partes, e nem o teor integral da decisão. No arquivo do Supremo Tribunal Federal não existem os autos de conflito de “jurisdição” de 29 de fevereiro de 1896. A despeito de tudo, é bem provável que houve suscitação de conflito entre duas autoridades de ramos distintos de poder e, parece que o conflito suscitado não soou bem ao Supremo Tribunal. Ou seja: o Supremo já se mostra indisposto para resolver conflitos de atribuição pela via principal. É claro que a ausência do inteiro teor do acórdão impede que todos nós saibamos suas exatas razões, mas é bem provável que a negativa fundou-se na impossibilidade de encaixar-se o processo de atribuição na competência do Supremo em uma das alíneas do inciso I do art. 59 da Constituição de 1891, nem mesmo na “c” de conflitos federativos.

Nesta época, o comum era que os conflitos de atribuição fossem julgados por via incidental. É o que ocorreu muito sob a égide da Constituição de 1891 nos processos de *habeas corpus*, pelos quais se travaram importantes duelos entre os ramos de poder.

---

⁶⁸ Cf. decisão judicial de primeira instância proferida em 12 de março de 1890, pelo juiz de Direito Ernesto Pinto Lobão Cedro, dando-se por incompetente para julgar ação judicial envolvendo matéria tributária: BRASIL. Juízo de Direito de Cantagallo. Aggravado Cível. **O Direito**, 52.º volume, 1890, p. 415 a 420.

⁶⁹ Fonte: AZEVEDO, José Affonso Mendonça. **A Constituição Federal Interpretada pelo Supremo Tribunal Federal (1891 - 1924)**. Rio de Janeiro: Revista do Supremo Tribunal, 1925, p. 151, item “406-A”. O leitor irá encontrar esta fonte na bibliografia, e não na seção de casos julgados.

É caso do *habeas corpus* de n.º 1.063 impetrado por **RUI BARBOSA**, então Senador, em favor de outro Senador, dois Deputados, e três Militares.⁷⁰ A tese central de nosso maior constitucionalista é que ao cessar o estado de sítio sob o qual os pacientes foram presos e desterrados, estes deveriam ser libertos, e portanto, estariam sofrendo constrangimento ilegal. Segundo o relatório do julgado, **RUI BARBOSA** sustentou também que por este motivo “a jurisprudencia adoptada pelo Supremo Tribunal, quanto ás consequencias dos actos praticados em estado de sitio, não póde continuar a vigorar; que o accordam de 27 de Abril de 1892 que a consagrou, toldando a transparencia do direito, foi um erro judiciario, e que assim deveria ser concedida aos pacientes a soltura impetrada”.⁷¹

Na sessão presidida por **AQUINO E CASTRO**,⁷² o Supremo Tribunal Federal dividiu-se em duas teses principais. Sustentada pelo Ministro **BERNARDINO FERREIRA**, a primeira defendia que cabia privativamente ao Congresso a atribuição para conhecer e julgar os supostos abusos do Executivo, com base na alínea 21 do art. 34 combinado com o parágrafo 3.º do art. 80 da Constituição.⁷³ Complementa o subscritor desta tese:

“(…)

---

⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* n.º 1.063. **O Direito**, 76.º volume, 1898, p. 406 a 412. Disponível também em : <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/julghistoricos/monta_resumo.asp?IDE_PROCESSO=hc1063>. Acessado em 20 de agosto de 2004.

⁷¹ Ibidem, p. 406.

⁷² Esclarecimento: o Presidente não votou neste caso, pois só está autorizado a fazê-lo em causas cíveis para desempate, conforme art. 46 do Regimento Interno de 08 de agosto de 1891 (Organizado em virtude dos art. 340 e 364 do Decreto n.º 848 de 11 de outubro de 1890). O Regimento pode ser consultado em: **O Direito**, n.º 57, p. 181.

⁷³ Constituição/1891, art. 34, n.º 21: “Compete privativamente ao Congresso Nacional: (...) 21. Declarar em estado de sítio um ou mais pontos do território nacional, na emergência de agressão por forças estrangeiras ou de comoção interna, e aprovar ou suspender o sítio que houver sido declarado pelo Poder Executivo, ou seus agentes responsáveis, na ausência do Congresso.”;

art. 80, parágrafo 3.º: “Poder-se-á declarar em estado de sítio qualquer parte do território da União, suspendendo-se aí as garantias constitucionais por tempo determinado, quando a segurança da República o exigir, em caso de agressão estrangeira, ou comoção intestina (art. 34, n.º 21). (...) § 3.º Logo que se reunir o Congresso, o Presidente da República lhe relatará, motivando-as, as medidas de exceção que houverem sido tomadas”. Lei consultada e transcrita a partir de: **BALEEIRO, Aliomar. Constituições Brasileiras: 1891. Vol. II. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001, p. 83, 84 e 100 (Coleção, Constituições Brasileiras).**

Por conseguinte, si ao Congresso é que privativamente assiste a attribuição para conhecer de taes medidas que se resumem ‘na detenção em logar não destinado aos réos de crimes communs e no desterro para outro sitio do territorio nacional, claro está, que não cabe ao Poder Judiciario, sem violencia ao sentido natural dessas palavras, apreciar semelhantes actos, até que o Congresso tenha sobre elles manifestado o seu juizo politico.

E nem a circumstancia de achem-se vinculados direitos individuaes ás medidas que empregou o chefe do Poder Executivo para salvar o prestigio da lei e garantir a ordem publica, habilita o Poder Judiciario a intervir, por ser impossivel separar esses direitos da questao politica.

(...)”.⁷⁴

Esta posição, que guarda ainda ranço do período monárquico, foi contrariada por outros cinco Ministros: **MANOEL MURTINHO**, **RIBEIRO DE ALMEIDA**, **ANDRÉ CAVALCANTI**, **AUGUSTO OLYNTHO**, e **PINDAHIBA DE MATTOS**, e o fundamento principal da tese que subscreveram para concederem o *writ* é a suposta ausência de conflito entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso, e portanto que poderia ser feita a intervenção judicial requerida:

“(...)”

Além do exposto, ainda a extemporanea incompetencia do Tribunal assenta em uma deploravel confusão de ideas. A função do Congresso Nacional, estatuida no art. 80, § 3.º da Constituição Federal, em nada implica com a esphera de acção própria do Poder Judiciario.

Da declaração do estado de sitio pelo Presidente da Republica, bem como da conveniencia das medidas constitucionaes por este tomadas na vigencia daquelle, sómente pôde conhecer o Congresso, constituindo o exercicio de tal attribuição um verdadeiro julgamento politico, no qual não pôde e nem deve immiscuir-se a justiça, conforme os bons principios inherentes á nossa fôrma de governo.

Cessado, entretanto, o sitio, e restabelecida com as garantias constitucionaes a plenitude das funções judiciais, si a justiça federal, legitimamente provocada, depara com uma prisão, com um desterro ordenado pelo Governo, como taes medidas sómente

---

⁷⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* n.º 1.063. **O Direito**, 76.º volume, 1898, p. 407.

permitidas pela lei fundamental durante o estado de sítio, não pôde a mesma justiça deixar de proclamar-as inconstitucionaes na actualidade (embora fossem justificaveis quando se decretaram, pois disso julgará o Congresso), e consequentemente ocasionarem aos que as soffrem coação illegal, soccorrendo os pacientes com a tutelar providencia do *habeas corpus*.

(...)”.⁷⁵

A decisão da maioria, mesmo afirmando a ausência de conflito, em verdade solucionou como questão prejudicial conflito entre Judiciário e Legislativo, esclarecendo se o Judiciário poderia ou não soltar presos políticos com o encerramento do estado de sítio. O resultado deste *habeas corpus* impetrado por **RUI BARBOSA** modificou a tese que prevalecia desde 1892,⁷⁶ realçando o despertar de nossas instituições para o problema dos conflitos de atribuição, demonstrando que deveria haver contínua luta para colocar-se em prática a separação do exercício do poder.

Saindo do *habeas* de **RUI BARBOSA**, logo no início da República surgiram conflitos que nasciam de várias recusas de autoridades administrativas em cumprir alvarás judiciais, ao arrogarem-se no direito de rever as decisões judiciais. Sem dúvida, fruto das reminiscências da velha tradição monárquica brasileira. Estes conflitos seguidos foram resolvidos pelo Judiciário por via incidental, firmando entendimento de que as autoridades administrativas do novo regime não possuíam tal atribuição. O caso a seguir, julgado pelo Supremo Tribunal Federal em 1907, mostra o desenrolar de uma, de muitas quedas de braço que Executivo e Judiciário travariam ao longo do século XX.

Havia testamento constituindo usufruto de bens em favor de herdeiros, e na hipótese de morte de um deles o testamento determinava que os bens do falecido fossem transferidos e incorporados pelos outros herdeiros. Cumprido o testamento, faleceu um dos

---

⁷⁵ Ibidem, p. 411.

⁷⁶ A tese vencedora de 1898 foi confirmada em seguida pelo *habeas corpus* n.º 1.073. Cf. Ibidem, p. 413 e seguintes, sob a ementa: “(...) A competencia do Judiciario para conhecer de taes medidas, findo o sitio, não é excluida pela do Congresso para o julgamento politico dos agentes do Executivo. (...)”. Este *habeas* n.º 1.073 também está disponível em: <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/julghistoricos/monta_resumo.asp?IDE_PROCESSO=hc1073>.

herdeiros: **MARIA RITA WERNECK DOS REIS**. Os outros herdeiros investiram contra o testamento no Juízo de Direito de Vassouras, e este acolheu a petição inicial que argumentava:

“(…)

- a) que a verba testamentaria transcripta continha a instituição de um fideicommisso perfeitamente caracterizado;
- b) que essa verba era nulla na parte em que mandava que os bens passassem gravados para as mãos dos autores, porquanto as substituições fideicommissarias não podem ir além do 2.º grão, nos termos das Ord. liv. 4.º, til. 87 p. e da Lei de 6 de Outubro de 1835;
- c) que, conseqüentemente, a *propriedade plena* das apólices devia ser devolvida aos requerentes, como fideicomissarios aos quaes são substitutos.

(…)”.⁷⁷

Entretanto, um dos herdeiros, antes mesmo da morte da herdeira e da mencionada ação de nulidade, havia ajuizado ação de subrogação de vínculo, e na intercorrência desta ação houve a morte da herdeira **MARIA RITA**. Em vista deste falecimento, o Supremo Tribunal Federal entendeu que a ação de subrogação estaria prejudicada, declarando na motivação do acórdão que o falecimento da herdeira extinguiu o usufruto instituído em seu benefício exclusivo, e o testamento era claro ao determinar que os bens de herdeiro falecido deveriam incorporar o patrimônio dos outros herdeiros.

A Junta Administrativa da Caixa de Amortização recusou-se a cumprir o alvará judicial expedido pelo Juízo de Vassouras por entender que a decisão judicial além de equivocada, também colidia com a motivação da decisão judicial do Supremo Tribunal Federal no citado processo de subrogação de vínculo.⁷⁸

Os herdeiros ajuizaram então pedido de declaração de nulidade da decisão administrativa, que em fase de recurso foi julgada pelo Supremo Tribunal Federal nos seguintes termos:

⁷⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Appellação cível n.º 1.269. *O Direito*, 104.º volume, 1907, p. 155.

“ACCORDAM A FL. 56.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de appellação civil, entre partes, appellante a União Federal e appellados JOAQUIM BARBOSA DOS SANTOS WERNECK e sua mulher D. OLYMPIA MACHADO DOS SANTOS WERNECK, JOÃO GOMES DOS REIS e sua mulher D. FRANCISCA ADELAIDE WERNECK DOS REIS; estes pediram em acção summaria especial ser decretada nullidade da decisão de fls. pela qual a Junta Administrativa da Caixa de Amortisação recusou cumprir alvará de fls. expedido em 19 de Dezembro de 1904, pelo Juiz de Direito da comarca de Vassouras, autorisando a averbação em nome dos autores, ora appellados, com a clausula em livre disposição das apolices que lhe tocaram no inventario de sua irmã D. MARIA WERNECK DOS REIS, visto ter sido julgada nulla restricção contida no final da verba testamentaria, por despacho transcripto no mesmo alvará:

Accordam confirmar a sentença appellada de fl. 34, porquanto, faltando competencia á mencionada Junta para entrar na investigação do merecimento de actos emanados do Poder Judiciario, como em mais de um accordam tem decidido este Tribunal, bem resolveu o juiz *a quo* julgando procedente a acção proposta, para annullar o despacho impugnado, afim de se proceder á averbação requerida, conforme as prescripções constantes do dito alvará; pagas as custas pela appellada.

Supremo Tribunal Federal, 21 de agosto de 1907 – PIZA E ALMEIDA, presidente.- ANDRÉ CAVALCANTI.- A. A. CARDOSO DE CASTRO.- AMARO CAVALCANTI.- M. ESPINOLA.- H. DO ESPIRITO SANTO.- PINDAHIBA DE MATTOS.- G. NATAL.- MANOEL MURTINHO.- RIBEIRO DE ALMEIDA.- EPITACIO PESSOA.- Fui presente, OLIVEIRA RIBEIRO”.⁷⁹⁻⁸⁰

Por esta decisão é visível que os conflitos de atribuição eram resolvidos por via incidente no início da República Velha, e as instituições estavam travando as primeiras grandes batalhas para colocar em prática a delimitação de atribuições do novo regime.

⁷⁸ Ibidem, p. 154 a 157.

⁷⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Appellação civil. *O Direito*, 104.º volume, 1907, p. 159.

⁸⁰ Confirmando o prevalecimento da decisão judicial sobre a administrativa no novo regime constitucional, cf. também Appellação civil n.º 1.638, *O Direito*, 109.º volume, 1909, p. 193 a 195.

Com a extinção do Conselho de Estado, o jurisdicionado encontrou no Judiciário o novo árbitro das dúvidas de atribuição entre autoridades administrativas e judiciárias.⁸¹

Dentre os autos que sobreviveram à mudança da capital federal, o registro mais antigo de processo de atribuição no arquivo do Supremo Tribunal Federal – ou seja, processo no qual julgou-se atribuição pela via principal –, é de 29 de setembro de 1908. **GUINLE & CIA.**, por seu patrono **RAUL FERNANDEZ**, suscitou “conflito de atribuições entre a administração federal e a do Distrito Federal, nos termos da Constituição Art. 59, I, letra c, e do Regimento deste Tribunal [refere-se ao Supremo Tribunal Federal], arts. 15 § 1.º letra e e 107 a 110 combinados com o art. 49 § único da lei n.º 221 de 20 de Novembro de 1894”.⁸²

O suscitante **GUINLE**, sabedor de que a administração federal tinha a intenção de “chamar concurrentes” para o fornecimento de energia elétrica ao Distrito Federal, em 18 de janeiro de 1907 antecipou-se e informou o Ministro da Indústria, Viação e Obras Públicas de que estava adiantada na construção de usina geradora de energia hidroelétrica no estado do Rio de Janeiro, nas proximidades da estação Alberto Torres, e que tinha condições de realizar o fornecimento.

⁸¹ Existem outros exemplos de conflitos que o Supremo Tribunal Federal resolveu pela via incidental, ao longo dos mais de cem anos de República no Brasil. Na República Velha, o estudo ainda cita como alguns exemplos: *Apelação Cível n.º 2.359* – “Não ha disposição de lei, nem principio de Direito que véde ao poder executivo a reforma, ou a cassação dos seus actos illegaes, visto como destes nenhum direito póde emanar para as pessoas em beneficio dos quaes foi realizado. Competencia do Contencioso Administrativo do Regimen Monarquico” –, *Revista do Supremo Tribunal*, Rio de Janeiro, Vol. XIX – Abril, 1919, p.69 a 71; *Habeas Corpus* (Recurso n.º 4.697) – “Só estão sujeitos á prisão administrativa (destinada a compellir os responsáveis por valores do Estado ao cumprimento do dever de entregal-os) os funcionarios que têm a seu cargo a arrecadação ou guarda de dinheiros, valores ou effeitos pertencentes ao mesmo Estado, ou por que esse deva responder. A’ prisão da espécie não póde ser sujeito quem, por meio de artificios fraudulentos, retira dos cofres publicos quantia ainda incerta, confiada á guarda de terceiros. A auctoridade judiciaria é a única competente para decretar a prisão preventiva”- *Ibidem*, p. 537 e 538; *Habeas Corpus* n.º 8.608 – “O Judiciario póde conhecer e resolver casos politicos, si nelles estão envolvidos direitos individuaes como lesados. Não é illegal a resolução da Assembléa Legislativa do Estado do Amazonas cassando o mandato de um deputado, por exercer, concomittantemente, outro cargo publico” –, *Revista do Supremo Tribunal*, Rio de Janeiro, Vol. XLIII – Agosto, 1922, p.126 a 134; etc.

⁸² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **Conflicto de Atribuição n.º 199**. Suscitante: Guinle & Cia. Suscitados: Administração Pública Federal e do Distrito Federal. Relator: Amaro Cavalcanti. Autos

O governo federal deferiu o pedido da suscitante com o decreto n.º 6.367 de 14 de fevereiro de 1907:

“O Presidente da Republica dos Estados Unidos do Brazil, attendendo ao que requereu a firma **GUINLE & CIA.**, decreta:

Artigo único – ficam concedidos á firma commercial **GUINLE & CIA.** os favores do Decr. n.º 5.646, de 22 de Agosto de 1905, na fórmula estabelecida no mesmo decreto e mediante as clausulas que com este baixam assignadas pelo Ministro de Estado da Industria, Viação e Obras Publicas.

Rio de Janeiro, 14 de Fevereiro de 1907, 19.º [aniversário] da Republica.

AFFONSO AUGUSTO MOREIRA PENNA.

MIGUEL CALMON DU PINE ALMEIDA”.⁸³

Até aqui a administração federal aprovou concessão para o estado do Rio de Janeiro, sem mencionar o Distrito Federal. Porém, logo após esta aprovação, a suscitante submeteu à administração federal o plano e a planta da linha de transmissão de energia para o Distrito Federal, tendo sido aprovados pelo Decreto federal n.º 6.732 de 14 de novembro de 1907, e publicado no Diário Oficial de 20 do mesmo mês.⁸⁴

Obviamente esta aprovação foi um prato indigesto para os proprietários da **RIO DE JANEIRO TRAMWAY LIGHT AND POWER CO.**, já que esta empresa era detentora de “privilégio” concedido pela Prefeitura para fornecer energia elétrica ao Distrito Federal por quinze anos, e por isso protestou contra a empresa suscitante, a ponto desta reechar turbação e requerer interdito proibitório.⁸⁵

A história continua com a Prefeitura desafiando a União ao intimar a suscitante a pagar multa por violar o Decreto municipal n.º 1.063 de 30 de Dezembro de 1905,⁸⁶ “sem

---

disponíveis para consulta em Brasília, na seção de Arquivo Judiciário do Supremo Tribunal Federal, em uma das caixas relativas a “conflictos de jurisdição”, ordenadas por critério cronológico, fl. 02 da petição inicial.

⁸³ Idem, transcrito a partir da fl. 03 da petição inicial.

⁸⁴ Idem, fl. 03.

⁸⁵ Idem, fl. 04 e 05 da petição inicial.

⁸⁶ Este decreto estabeleceu tributo sobre postes de sustentação de fios elétricos.

prejuízo do embargo administrativo das obras e demolição destas no prazo de 10 dias.(...)”.⁸⁷ A suscitante assumiu a estratégia de pagar a multa, o tributo devido, e apresentar ao Distrito Federal a finalidade dos postes com fundamento na concessão federal. Em resposta, a Prefeitura recuou alegando que ao analisar melhor o caso, a multa e tributo sequer poderiam ser cobrados, pois a suscitante jamais poderia levantar os postes elétricos dada a concessão municipal, “privilégio”, em favor da **LIGHT AND POWER Co.**, e manteve as ordens de embargo da obra da suscitante e de demolição.⁸⁸

Eis então o conflito de atribuição de natureza federativa, assim descrito nas palavras do causídico **RAUL FERNANDEZ**:

“Este fato caracteriza o conflicto da Prefeitura com a administração federal, pois tolhe aos supplicantes a continuação da obra embargada, sendo que, pelos motivos que o determinaram, deve o impedimento renascer nos outros logares, onde ella se fizer eis que se comprehendam no perimetro do Districto, e ainda que, tal como o terreno da rua Miguel Angelo n.º 1, não façam parte do dominio publico ou particular da municipalidade. Entretanto, a construção da linha não só está auctorisada pelo governo federal, como tambem é indispensavel para a execução de um contracto já formado, e de outro em via de formação com a administração federal, que os reputou convenientemente, senão necessarios a alguns serviços de sua competencia”.⁸⁹

Continua, no ponto mais alto da exposição:

“Administrativamente, o conflicto é insolúvel. Nem ha appelar para a autoridade primacial do Presidente da Republica, que póde não remover o embaraço com a simples destituição do funcionario que lh’o oppõe. Si o Prefeito pensa agir legitimamente, quem quer que o succeda no cargo poderá proceder da mesma maneira; o processo empirico da demissão mostrar-se-á inefficaz, nessa hypotese. Cumpre além disso advertir que o Prefeito executa as deliberações do Conselho Municipal, e este é independente na sua esphera; o que evidencia não bastar para a segurança da harmonia entre administração

---

⁸⁷ Idem, fl. 05 da petição inicial.

⁸⁸ Idem, fl. 06 da petição inicial.

⁸⁹ Idem, idem.

federal e a do Districto a faculdade que assiste ao Presidente da Republica de demittir o Prefeito quando queira.

Judicialmente, o remedio é o da Constituição art. 59 letra c). Será preciso equiparar o Districto Federal a um Estado, visto que a Constituição dá ao Supremo Tribunal competencia originaria para julgar os conflictos entre a União e algum dos Estados; mas a equiparação, feita na lei ordinaria para casos menos graves, não deve ser recusada na espécie, porque precisamente aqui só ella dá remedio dentro da ordem ao conflicto, cuja frequencia cresceria na razão da insolubidade em acaso nosso Tribunal deixasse”.⁹⁰

O causídico foi direto ao âmago do problema: a independência do Conselho Municipal importa em ausência de subordinação em relação ao Executivo Federal, e também de subordinante comum entre ambos e, por este motivo o próprio sistema exigiria um terceiro imparcial para resolver a dúvida de atribuição. É aí que reside a perspicácia do patrono ao sustentar a equiparação do Distrito Federal ao patamar de Estado,⁹¹ autorizando a competência do Supremo Tribunal Federal à resolução de conflitos federativos entre União e Estados.⁹² No fundo, com a idéia de equiparação do Distrito Federal a Estado para o caso concreto, o advogado deixa claro que o problema central desta competência do Supremo é o alto grau de autonomia dos entes conflitantes, no caso entes de planos distintos da federação e dos Poderes. Por isso é dever salientarmos que em vista da exposição do advogado, o conflito do caso concreto não se restringe ao aspecto federativo, mas também se dá entre ramos diferentes de poder (Executivo federal e Legislativo municipal).

Assim, em 1908 o advogado **RAUL FERNANDEZ** não se limitou a aplicar a idéia que subjazia a competência do Supremo Tribunal para conflitos federativos, indo além, ao colocar à vista que na hipótese de conflito entre entes dotados de alto grau de autonomia,

⁹⁰ Idem, idem. Parêntese: Cf. fl. 135 do referido conflito n.º 199 a manifestação da administração municipal: “(...) Enquanto, porém, estiver de pé a concessão que no exercício de suas attribuições decretou o Conselho Municipal, não me cabe a mim [sic] na qualidade de Chefe do executivo municipal, outro procedimento sinão dar execução ás leis em vigor e cumprir um contracto em que a municipalidade é parte estipulante. (...)”.

⁹¹ O Distrito Federal era município, ainda que com tratamento diferenciado por ser a casa da União e território neutro em relação aos Estados. Cf. art. 2.º, art. 34, parágrafo 30, e art. 67 em: UCHÔA CAVALCANTI, João Barbalho. **Constituição Federal Brasileira, 1891: Comentada**. Edição fac-similar. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2002.

⁹² Constituição/1891, art. 59, I, “c”.

sempre deverá ser reconhecida a competência de terceiro imparcial – no caso o Supremo Tribunal Federal – para processamento e julgamento do conflito. Conforme será visto, aqui está sendo plantada a semente que germinará no emocionante caso n.º 1.399, a ser julgado em 1943.

A tese do causídico foi refutada pelo relator **AMARO CAVALCANTI**, que deixou de conhecer do conflito por descrever de sua própria existência. Para chegar a este resultado levou em conta que o cargo de Prefeito era demissível *ad nutum*, o que lhe colocaria na posição de “preposto do Presidente da República”. Logo, jamais tal conflito poderia existir na medida em que sempre prevaleceriam os decretos federais sobre os municipais. Acompanharam o relator os Ministros **RIBEIRO DE ALMEIRA**, **H. DO ESPÍRITO SANTO**, **M. ESPÍNOLA**, **CANUTO SARAIVA**, e **ANDRÉ CAVALCANTI**.

PEDRO LESSA não acompanhou o relator, entendendo que no exato momento em que a União aprovou o plano e a planta da linha de transmissão para o Distrito Federal, implicitamente surgiu dúvida de atribuição:

“(…)”

Aqui surge o conflicto de attribuições, bem caracterizado. Não é presumivel que **GUINLE & CIA.** pretendam trazer energia electrica de sua usina ao Districto Federal para seu uso exclusivo (nos autos está a prova do contrário), e é só isso que poderiam fazer respeitando o privilegio concedido pela municipalidade á **LIGHT AND POWER**, privilegio que o Governo Federal absolutamente não tem competencia para annular, e que, se fosse illegal, só o poder judiciario em acção competente poderia annular.

Sendo assim, temos de um lado a municipalidade a conceder um privilegio, e de outro a União a considerar nullo esse privilegio, a proceder como se esse privilegio não existisse. Por outras palavras: o municipio entende que póde fazer certa concessão com o privilégio, e a União entende que póde fazer essa mesma concessão sem privilégio.

Difficilmente podemos imaginar um conflicto de attribuições mais claro, mais patente. Trata-se de um conflicto de attribuições que, se não acudirem opportunamente com o remedio legal adequado, póde converter-se em um conflicto material entre empregados e operarios dos concessionarios da União e empregados e operarios dos concessionarios do municipio.

O que não pôde subsistir é essa dualidade de atribuições, incarnadas em duas entidades administrativas diversas. Importa, urge determinar, qual a administração competente para fazer concessões da natureza da de que se trata.

(...)

[Superado a preliminar, já no mérito] Qual a entidade administrativa competente para conceder a faculdade fazer instalações e fornecer energia electrica nesta cidade? E' a União? E' a Municipalidade?

(...)”.⁹³

Em resumo é esta a construção de PEDRO LESSA para conhecer do conflito, para adiante passar a julgar o mérito. PEDRO LESSA também afasta a argumentação do relator esclarecendo que o art. 67 da Constituição prescreve que as restrições ao Distrito Federal dependem de lei constitucional ou lei ordinária federal, e que no caso concreto havia decretos federais.⁹⁴ Denota-se deste argumento que o problema não é de simples desobediência hierárquica. Ainda no correr do mérito, o voto vencido de LESSA menciona que:

“O presente conflicto não se verificou entre o Prefeito e o Poder Executivo Federal, mas entre a municipalidade de que é o Poder Legislativo o Conselho Municipal, e Executivo o Prefeito, de um lado, e, do outro lado, o Governo da União. Quando se oppoz a que GUINLE & CIA. realizassem as obras que pretendiam, o Prefeito foi *um méro órgão executivo do Conselho Municipal*.

(...)

A demissão do Prefeito não é meio regular de resolver o conflicto como este. No caso de ser nomeado sucessor desse funcionario, quem, como instrumento cego, se preste a postergar os decretos do Conselho Municipal, cuja execução lhe incumbe, o conflicto não é resolvido, mas extinto pela acção ilegal do poder mais forte”.⁹⁵

⁹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *Conflicto de Atribuição n.º 199...*, anverso e verso de fl. 213, e último parágrafo do anverso de fl. 215.

⁹⁴ Idem, verso de fl. 216.

⁹⁵ Idem, verso de fl. 218 e anverso de fl. 219; o itálico da citação corresponde ao que está sublinhado no original dos autos.

Esta argumentação de **PEDRO LESSA**, colhida da petição inicial do suscitante, não só esboroa o voto do relator como confirma a natureza híbrida do conflito, *i.e.*, conflito de atribuição e federativo.

“Perdeu o Tribunal uma excelente ocasião de exercer uma de suas mais elevadas e fecundas atribuições, a do art. 59, I, letra c da Constituição”.⁹⁶

Com essas palavras consternadoras, **PEDRO LESSA** encerra a construção de impressionante monumento judicial sobre conflitos constitucionais.

É compreensível que no caso **GUINLE** tenha prevalecido interpretação autoritária que, sem motivo justo, ceifou atribuições do Congresso Nacional e do Conselho Municipal, em benefício do assenhoreamento do Distrito Federal pelo Presidente da República. É necessário lembrar o que foi dito no capítulo precedente: o país estava mergulhado na política das oligarquias, nutrida e oxigenada pelas constantes fraudes de atas de eleições, conchavos inescrupulosos, degola das oposições, e cada vez maior fortalecimento do Executivo federal. **RUI BARBOSA** verberou que o sistema oligárquico representava a substituição dos princípios pelos interesses, do povo pelas facções, dos Estados por seus governos, e acusou a deformação da intervenção federal pela cessão mútua de garantias entre governos estaduais e da União: “A hipótese da intervenção federal não o inquietaria nunca mais [o Presidente da República]. O governo da União não usaria dela mais nunca, a não ser quando a quadrilha protegida a solicitasse, para ultimar, em nome da autonomia estadual, a servidão, a desonra e a pilhagem do Estado”.⁹⁷

Neste selvagem contexto político, a posição minoritária do caso **GUINLE**, acolhedora da argumentação do advogado **RAUL FERNANDEZ**, deve ser muito admirada. É – como foi dito – monumento judicial fecundo e iluminado, pois estimula e esclarece soluções para o objeto em estudo. É profícuo também por confirmar algo de que já se suspeitava no primeiro capítulo: existem conflitos híbridos,⁹⁸ e eles possuem a vantagem de serem enquadráveis com mais facilidade na competência originária do Supremo para julgar conflitos federativos.

---

⁹⁶ Idem, anverso de fl. 219.

⁹⁷ Apud FAORO, Raymundo, *op. cit.*, V. 2, p. 186.

Em 06 de novembro de 1914, o Supremo Tribunal Federal não conheceu de conflito suscitado entre Juiz Federal da Seccional do Rio de Janeiro e a Assembléia Legislativa do mesmo Estado, com a seguinte ementa:

“(…)

Não se dá conflicto de jurisdição entre o juiz federal e a Assembléia Legislativa de um Estado para o processo do respectivo governador por crime de natureza política, porque o processo de taes crimes é da privativa competência da Justiça Federal.

O relator de um conflicto de jurisdição, verificando que não existem duas autoridades judiciais que se julguem competentes para o mesmo caso, póde deixar de dar andamento ao respectivo processo, cabendo de sua decisão recurso estabelecido no art. 44 do regimento interno.

Ao accordam, que deixa de tomar conhecimento de conflicto de jurisdição, por não ser caso d'elle, podem ser oppostos embargos infringentes e de nulidade”.⁹⁹

A ementa, redigida com base no voto do relator, passa a idéia de que não deve ser levado adiante o processo de conflito que não envolva duas autoridades judiciárias e, portanto, implicitamente traz a idéia de incompetência do Supremo.

Entretanto, nota-se que o conflito aí é também federativo, por envolver juiz vinculado ao âmbito federal e ramo Legislativo de natureza estadual. Talvez seja por este motivo que **PEDRO LESSA** não entra exatamente no detalhe do relator, afirmando em primeira pessoa: “Entendo que não é caso de conflicto; não há duas autoridades que se julguem competentes para decidir a mesma questão. Como tem julgado o Supremo Tribunal Federal, a justiça federal é a competente para dirimir a espécie, o que *não exclue a necessidade da licença* dada pela Assembléia Legislativa do Estado”.¹⁰⁰ Esta posição de **PEDRO LESSA** parece ir diretamente ao encontro de seu julgamento em 1908.

GODOFREDO CUNHA viu a questão por ângulo diferente:

---

⁹⁸ Cf. item n. 39.

⁹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Conflicto de jurisdição n.º 306. *Revista do Supremo Tribunal*, Rio de Janeiro, Vol. III – Primeira Parte, Janeiro-Junho, 1915, p. 234 a 238.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 235, em itálico no original.

“Do exposto se conclue, sem contestação digna, que não há absolutamente conflicto positivo de jurisdição entre o juiz federal e a Assembléa Legislativa:

1.º porque não existe ainda acto inequivoco algum do juiz processante, reclamando para si a competencia para o processo do presidente do Estado; o juiz limitou-se até agora a mandar autoar a queixa, prestar juramento hoje affirmação ou compromisso, e dar vista ao procurador da República;

2.º porque não ha tambem acto algum inequivoco da Assembléa avocando para si a mesma competencia, ella resolveu apenas ouvir as respectivas comissões para depois deliberar se era caso ou não de concessão da autorisação para o referido processo;

3.º porque este acto da Assembléa, cogitando sómente da autorisação, e não da sua competencia para o processo, importa claramente no reconhecimento da jurisdição federal;

4.º porque trata-se de crime politico, cujo processo e julgamento cabe á justiça federal (...);

5.º porque o Supremo Tribunal já havia reconhecido, quando mandou instaurar processo contra o presidente do Estado, a competencia da justiça federal, que o actual conflicto pretende irreverentemente pôr em duvida.

A Assembléa Legislativa do estado não está funcionando como Tribunal de Justiça. (...).”¹⁰¹

Por trás desta manifestação parece existir o convencimento de que pode haver em tese conflito se a Assembléa se dispusesse a cometer o julgamento. Esta percepção deriva da última frase do Ministro **GODOFREDO CUNHA** na transcrição.

O que se pode tirar de lição a partir deste julgado, é que outro fator de atrofiação dos processos de atribuição no Supremo Tribunal seriam os problemas de terminologia herdados de nosso Império. Segundo a maioria que acompanhou o relator, a terminologia “conflicto de jurisdição” refere-se aos nossos atuais conflitos de competência.

Pela posição de LESSA, este parece admitir a terminologia do relator para os conflitos híbridos, o que não deixa de causar certa perplexidade, pois enquanto suas idéias rompem

---

¹⁰¹ Ibidem, p. 236 e 237.

com as reminiscências do regime monárquico, sua terminologia é típica deste período. Porém, tal perplexidade não resiste diante de sua conhecida obra “Do Poder Judiciário”, onde LESSA esclarece que os conflitos federativos devem tramitar pelo mesmo procedimento dos “conflictos de jurisdição”. Eis o porquê de PEDRO LESSA tratar dos conflitos federativos sob o rótulo de conflitos de “jurisdição” sem crise de consciência.

No que diz respeito ao Ministro GODOFREDO CUNHA, “conflictos de jurisdição” diziam respeito a conflitos entre autoridades judiciárias, porém, seria admissível o conflito envolvendo autoridade judiciária e outra autoridade de natureza diversa, no caso desta tentar exercer a potestade daquela.

Ainda na República Velha, 1928, o plenário do Supremo Tribunal Federal manifestou no “conflicto de jurisdição” n.º 771 que:

“Sómente se verifica conflicto negativo de jurisdição quando dois juizes perante os quaes foi aforada determinada causa se julgam ambos incompetentes para della conhecerem por attribuir respectivamente um ao outro tal competencia e não quando a attribuem a um terceiro que não foi chamado a intervir no processo”.¹⁰²

Este conflito envolveu autoridades judiciárias, e CAIO TÁCITO estendeu o mesmo preceito aos conflitos de atribuição: “O conflito de atribuição, tal como o de jurisdição, será positivo ou negativo, conforme as autoridades conflitantes se declarem ambas competentes ou incompetentes. Não haverá conflito negativo se ambas, declinando da própria competência, indicarem terceiro órgão para decidir a causa. Até a manifestação dessa outra autoridade, não ocorre o vácuo processual que caracteriza o conflito negativo (15) [nota apontando o julgado de 1928]”.¹⁰³ *Em suma, do aspecto processual pode-se entender que esta decisão de 1928 confirma que o interesse processual a justificar a resolução judicial do conflito depende da existência de dúvida objetiva.*¹⁰⁴ Entretanto, adiante no conflito n.º 35 de 1985, todos poderemos conferir que a dúvida necessariamente

¹⁰² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Conflicto de jurisdição n.º 771. *Archivo Judiciario*, Rio de Janeiro, Vol. VI, Abril, Maio e Junho, 1928, p. 486 e 487.

¹⁰³ TÁCITO, Caio. Conflito de atribuições..., p. 48.

¹⁰⁴ Cf. subitem n. 63.2.

não exige manifestação expressa de todas as autoridades para que se dê início ao processamento do conflito de atribuição.

11. Saindo da República Velha, viu-se no primeiro capítulo que na curta janela da Constituição de 1934 o país não respirou ares democráticos, e **GETÚLIO VARGAS** preparou o terreno para o golpe de 1937. O autoritarismo deste momento político repercutiu muito negativamente no processo de atribuição.

Em 13 de novembro de 1940 a **COMPANHIA AGRÍCOLA E PASTORIL DO SÃO FRANCISCO S.A.**, **ARMANDO DA COSTA BRITTO**, e **ANDRÉ BEZERRA DO REGO BARROS** suscitaram o conflito de atribuição entre o Juiz da 5.^a Vara Cível na qualidade de Diretor do Fórum de Recife e a Câmara de Reajustamento Econômico.¹⁰⁵

Os suscitantes pediram ao Diretor do Fórum que suspendesse o protesto de títulos cambiais que emitiram, porquanto teria tal prerrogativa pela qualidade de agricultores, e o débito estaria sendo avaliado pela Câmara de Reajustamento. O Diretor acabou permitindo o prosseguimento do protesto em relação aos avalistas – suscitantes pessoas físicas. Com base no inciso I do art. 146 do CPC de 1939, os suscitantes deste conflito de “jurisdição” alegaram que não competiria ao suscitado, que era juiz estadual, julgar a qualidade de agricultores dos suscitantes, mas sim à Câmara de Reajustamento Econômico, órgão administrativo de natureza federal, nos termos do Decreto-lei n.º 1.888 de 15 de dezembro de 1939.¹⁰⁶

Primeiro, o Procurador Geral da República **GABRIEL REZENDE DE PASSOS** entendeu que a hipótese não era de competência do Supremo Tribunal Federal, considerando que o art. 101, I, “e” da Carta de 1937 cuidava somente de conflitos que envolvessem juízes ou

---

¹⁰⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Plenário. **Conflito de Jurisdição n.º 1319**. Suscitantes: Companhia Agrícola e Pastoril do São Francisco S.A., Armando da Costa Britto, e André Bezerra do Rego Barros. Suscitado: Juiz da 5.^a Vara Cível na qualidade de Diretor do Fórum de Recife-PE. Relator: Castro Nunes. Julgamento em 09 de abril de 1941. Autos disponíveis para consulta em Brasília, na seção de Arquivo Judiciário do Supremo Tribunal Federal, em uma das caixas relativas a “conflictos de jurisdição”, ordenadas por critério cronológico.

¹⁰⁶ Idem, fl. 02 a 05.

Tribunais de Estados distintos.¹⁰⁷ Preferiu seguir a jurisprudência tradicional do Supremo, ignorando a histórica posição minoritária liderada no passado por **PEDRO LESSA**. O insigne Procurador parece não ter notado que se tratava de conflito federativo, e portanto que se encaixaria na cláusula genérica da alínea “c” do mesmo inciso. Acabou o Procurador negando vigência ao art. 146, I do CPC de 1939. Depois, o Procurador opinou pela “improcedência” do conflito, caso fosse superada a preliminar de competência, pois não enxergava conflito algum, já que, segundo ele, “a Câmara de Reajustamento não se arroga função judicante ou deliberante, na hipótese dos autos, em conflito com a decisão do Dr. Juiz da 5.^a Vara Cível de Recife”.¹⁰⁸ Abordaremos melhor na terceira parte a questão do que seja mérito nos conflitos de atribuição, porém, pelo menos em tese parece contraditória a manifestação do Ministério Público, pois se não há conflito ou dúvida de atribuição, não há interesse processual para julgamento de mérito do processo de atribuição.

O Ministro relator **CASTRO NUNES** era muito influenciado por **PEDRO LESSA**, e sua publicação “Teoria e Prática do Poder Judiciário” confirma esta hipótese, na medida em que **CASTRO NUNES** adota integralmente a lição de **PEDRO LESSA** sobre causas e conflitos federativos.¹⁰⁹ Isto não lhe permitiu repetir a opinião do Ministério Público, conhecendo do conflito suscitado pela cláusula genérica de conflitos federativos: art. 101, I, “c” da Polaca. Depois o relator seguiu a opinião do Ministério Público, afirmando que:

“(…)

Ora, no caso em apreço, a Camara de Reajustamento não reivindica a competencia exercida pela autoridade judiciaria estadual para mandar sobrestar nos protestos. Não foi provocada a manifestar-se sobre a qualidade de agricultores dos avalistas e a extensão a estes do beneficio da suspensão de protestos de titulos e quaisquer procedimentos judiciais. Não se verifica, portanto, a condição legal da existência do conflito positivo – ‘quando ambas as autoridades julgarem competentes’.

Não procede, pois, o conflito”.¹¹⁰

---

¹⁰⁷ Idem, fl. 35 e 36.

¹⁰⁸ Idem, fl. 36.

¹⁰⁹ NUNES, Castro. *Teoria e Prática do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1943, p. 224 a 226, item “7”.

¹¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *Conflito de Jurisdição n.º 1319...*, fl. 45.

Vale registrar que é o mesmo argumento do julgamento do caso n.º 771, de 1928. Porém, o que realmente interessa neste julgamento foi o Supremo Tribunal Federal dar-se como competente para os conflitos de atribuição, quando possível o enquadramento na alínea de conflito federativo. No fundo, sinalizou que “hoje” não interferiria na esfera de influência do ditador, mas “amanhã” nada impediria que o Supremo conhecesse de determinado conflito e mandasse um dos tentáculos do ditador recuar. É importante rememorar a teia de atribuições no Estado Novo, tal qual descrito no capítulo precedente: eram muitos e longos os tentáculos do ditador, subjugando tanto os outros ramos de poder quanto os entes federativos. Nesta perspectiva, o simples ato do Supremo abrir a possibilidade de intrometer-se em conflitos híbridos ou exclusivamente federativos pôde ser considerado hostil à esfera do ditador, pois o Supremo Tribunal Federal pôs em dúvida sua intangibilidade.

Isto explica porque o Supremo, cinco meses depois, deu uma guinada de cento e oitenta graus no conflito de “jurisdição” n.º 1.332 de 15 de setembro de 1941, no qual envolvia autoridade administrativa que recusou o cumprimento de requisição judicial – como se viu, prática usual no limiar da República Velha –, amparando-se em ordem do Ministro da Fazenda de **GETÚLIO VARGAS**:¹¹¹

“Conflito de atribuições entre autoridades judiciária estadual e autoridade administrativa da União. Requisição de processos administrativos pelo Juiz em feitos da Fazenda Nacional – Recusa da autoridade fiscal.

Não conhecimento do conflito, á espécie não se aplica a letra “c” do art. 101, I, da Constituição”.

Tudo indica que o Procurador Geral da República, **GABRIEL REZENDE DE PASSOS**, estimulou esta guinada como mensageiro do Presidente da República. Basta notar que no caso n.º 1.319 este insigne jurista deu seu parecer em 5 parágrafos com média de 5 linhas cada, os quais ocuparam duas folhas dos autos, e ausente qualquer argumento do qual se poderia inferir alguma espécie de imposição à Corte. Diametralmente oposto, neste

---

¹¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Conflito de jurisdição n.º 1.332. *Archivo Judiciario*, Rio de Janeiro, Vol. LXI, Janeiro, Fevereiro e Março, 1941, p. 297 a 303.

conflito de n.º 1.332 vê-se que o Procurador escreveu parecer com 39 parágrafos,¹¹² e com caráter distinto, conforme logo adiante será visto.

Primeiro o Procurador repetiu o argumento do conflito de n.º 1.319 a respeito da estreiteza do art. 101, I, “e” da Polaca. Após opinar pela incompetência do Supremo, o Procurador, homem culto, com muita sutileza passou a recordar quem mandava no país:

“(…)

A lei básica, porém, a Constituição, que é o Estatuto em que se assentam e se definem os órgãos do Estado, não admitiu, ao que, data venia, nos parece, a possibilidade de conflito dessa natureza [de atribuição], certamente em atenção à tradição política da República, segundo a qual os Poderes do Estado são independentes e harmônicos, mas dentro da esfera de atuação de cada qual são eles soberanos.

(…)

Essa tradição não foi contrariada pela vigente Constituição que, inegavelmente coloca na mão do Chefe do Governo maiores responsabilidades na direção da coisa pública, e lógica e conseqüentemente lhe destina maior soma de atribuições para que possa atendê-las capaz e eficazmente

(…)”.

Rememorando nossa tradição nominal, continuou o insigne Procurador justificando que o parágrafo único do art. 96 da Polaca não significava que o Judiciário fora diminuído, mas simplesmente que deveria prevalecer a “vontade popular”; um argumento típico de Estados totalitários:

“(…)

Além disso, não deixa a lei de *tecnicamente* ser considerada inconstitucional, mas entende-se que, apesar dessa circunstância, deve ela prevalecer visando a um bem que não é apreciado com o critério estrito da inconstitucionalidade, mas com outros elementos de

---

¹¹² Cf. Ibidem, p. 297 a 299. Os autos de “conflito de jurisdição” de n.º 1.332 não existem no Arquivo Judiciário do Supremo Tribunal Federal. Segundo os prestativos servidores do Arquivo, provavelmente os autos foram perdidos na mudança à região centro-oeste do país.

apreciação que escapam ao Judiciário e sobre os quais ajúzam o Presidente da República e o Parlamento, em colaboração.

Sem dúvida, estamos diante de uma inovação relevante no nosso Direito Constitucional, mas inovação útil e que vai de encontro à velha superstição da intangibilidade da Constituição, de prevalência das formas ainda que com sacrifício da substância.

Nem é possível que se sacrifique o “bem estar do povo”, da expressão constitucional, ao respeito de um dispositivo de lei que é feita em bem do povo, pois a Constituição não se tem como outra finalidade.

(...)”.

Viu-se no capítulo precedente que o Parlamento no Estado Novo é totalmente anulado pela Polaca e pelas mazelas do ditador. Então, o recado de **GABRIEL REZENDE DE PASSOS** é muito direto: o Supremo Tribunal Federal devia respeito à “vontade popular” e, obviamente, somente o ditador conhecia esta vontade, vale dizer: a palavra do ditador era a voz do povo.

Suavizando o discurso, o Procurador chega a passar perto de reconhecer a autoridade do Judiciário para fazer requisições à administração, porém, habilmente argumenta em favor do ditador que não poderia existir o conflito, pois reconhecê-lo seria diminuir o Judiciário...

No final de seu parecer, mostra a indicação do rumo que deveria ser tomado pelo Supremo Tribunal Federal, caso não aplicasse o argumento de incompetência:

“(...

Diga-se, porém, de passagem, que a recusa [da autoridade administrativa fiscal] não é abusiva nem desatenciosa, mas vai ao encontro do melhor sentido de interdependência dos Poderes do Estado, pois assim como o Executivo executa as sentenças sem revê-las, o Judiciário deve apenas apreciar a legalidade dos processos administrativos, abstendo-se de julgar decisões neles proferidas, mas apreciando apenas sua legitimidade.

(..)

A praxe [de requisição dos processos administrativos], se generalizada, torna-se em abuso nocivo ao interesse da Administração e muitas vezes anarquizadora de seus serviços. (...).¹¹³

Tendo em vista que o rugido do Presidente da República se fez presente na sessão de julgamento por seu mensageiro, reavivando inclusive lembranças do gigantismo administrativo da Monarquia, não é surpreendente a abrupta guinada do Supremo Tribunal em relação à sua própria decisão de poucos cinco meses passados. **CASTRO NUNES** e **WALDEMAR FALCÃO** mantiveram acesa a chama da interpretação de **PEDRO LESSA**. O Ministro **OROSIMBO NONATO** liderou a interpretação que apontava a incompetência do Supremo Tribunal Federal, porque “ela [a Carta de 1937] só fala em conflito de juízes”.¹¹⁴

Assim, processado e julgado no auge do Estado Novo, o conflito n.º 1.332 condenou à ineficácia o art. 22, I, “f” do Regimento Interno do Supremo, o art. 146, I do CPC de 1939, e o próprio art. 101, I, “c” da Carta de 1937. Curiosamente, porém, caberia ao próprio Ministro **OROSIMBO NONATO** liderar a nova guinada do Supremo Tribunal Federal em 12 de maio de 1943, no histórico conflito de “jurisdição” n.º 1.399.¹¹⁵

Segundo o Procurador Geral da República, **GABRIEL REZENDE DE PASSOS**, “o conflito suscitado é entre o Diretor das Rendas Internas do Tesouro Nacional, de um lado e do outro o Dr. Juiz dos Feitos da Fazenda Pública e o Dr. Juiz de Direito de Itaguassú. (...)”.¹¹⁶

O que há de mais relevante neste caso é o debate extremamente profícuo travado entre **CASTRO NUNES** e **OROSIMBO NONATO**. Este último, o relator, após traçar a competência do Supremo Tribunal Federal na Carta de 1937, acabou concluindo que:

¹¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Conflito de jurisdição n.º 1.332..., op. cit., parecer do Procurador Geral da República, p. 297 a 299.

¹¹⁴ Ibidem, p. 301.

¹¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Conflito de jurisdição n.º 1.399. *Archivo Judiciario*, Rio de Janeiro, Vol. LXVII, Julho, Agosto e Setembro, 1943, p. 160 a 164.

¹¹⁶ Ibidem, p. 161.

“(…) [antes comentou sobre a competência do art. 146, I do CPC de 1939]. E se existe a possibilidade de configurar-se conflito de jurisdição entre autoridade administrativa federal e judiciária estadual, a ausência de menção no texto constitucional não poderia servir de obstáculo indominável à competência para dele conhecer e julgar este Tribunal, que é Supremo, dando remédio a uma situação que, sem ele, deixaria com evidente prejuízo de interesse das partes e da justiça insoluta uma controvérsia sobre determinada relação jurídica cujo conhecimento seria impossível atribuir aos órgãos locais do Poder Judiciário.

(…)”.¹¹⁷

Para complementar esta notável dedução, o relator manifestou ao longo do voto sua percepção de que os conflitos entre autoridades administrativas e judiciárias seriam casos exóticos e raros, mas que não impediria o conhecimento e julgamento pelo Supremo Tribunal.¹¹⁸

“(…)

O que, *data venia*, me parece é que existe possibilidade, em casos extremamente raros, de conflitos de atribuição ou de competência entre a autoridade administrativa e judiciária. Os mesmos **GARSONNET** e **BRA** e **CHIOVENDA** o admitem, assinalando, apenas, o exotismo desses casos. Dada essa raridade, esse exotismo nem dela necessitava cuidar o legislador. Se ela ocorresse, o que dificilmente se concebe, caberia, naturalmente, ao Judiciário, ainda sem lei expressa, dar-lhe solução.

(…)”.¹¹⁹

CASTRO NUNES provocou diálogo com o relator **OROSIMBO NONATO**, afirmando que aderiria integralmente ao pensamento deste, porém, que havia previsão expressa na Carta a respeito dos conflitos de atribuição: a alínea “c” do inciso I do art. 101. **OROSIMBO NONATO** respondeu-lhe:

“Neste ponto é que existe a divergência entre a opinião de V. Ex. e a minha. Há um conflito possível, em tese, entre autoridades administrativas; mas o órgão que devia

---

¹¹⁷ Ibidem, p. 161.

¹¹⁸ Ibidem, p. 162.

resolver seria o Supremo Tribunal, porque não há outro, [e] não por força de dispositivo da Constituição, *mas por força do sistema político que não deixa questão sem solução*".¹²⁰

A contribuição de **OROSIMBO NONATO** é de inestimável valor, afirmando sem rodeios o papel do Supremo Tribunal como o sumo ou extremo regulador do equilíbrio dos centros-de-força. Esta interpretação admirável será usada por este estudo para sugerir a correção da lacuna de competência existente hoje, na vigência da Constituição de 1988, para processamento e julgamento dos conflitos de atribuição na via principal.

Esta nova e surpreendente guinada do Supremo Tribunal Federal, conduzida pelas mãos do Ministro **OROSIMBO NONATO**, também foi favorecida pelo ambiente político. **SKIDMORE** esclarece que "à medida que a maré da guerra mudava a favor dos aliados, em 1943, **VARGAS** foi se preparando para a nova atmosfera política que seria criada por uma vitória aliada".¹²¹ Não havia mais clima político para inflexibilidade ou esmagamento total das oposições, até porque alguns dos próprios aliados do ditador, como **FRANCISCO CAMPOS** – o redator da Polaca –, passaram a cobrar o plebiscito de 10 de novembro de 1943 previsto na Carta. Não é por outro motivo que o Procurador Geral da República, no parecer deste caso de n.º 1.399, sustentou sua posição conservadora com moderação, sem as duras investidas do caso n.º 1.332.

Porém, ainda neste caso n.º 1.399, é importante destacar mais um pouco detalhes da opinião do relator a respeito dos conflitos de atribuição:

"(...)

Quanto a um conflito de competência – expressão mais correta – pois qualquer autoridade tem competência, que é a soma de atribuições que a lei lhe confere, o Judiciário poderia invadir a competência do Executivo, quando praticasse atos privativos deste último, o que é quasi inconcebível, pois certamente seria mandado submeter a exame de sanidade mental o Juiz que, por ex., nomeasse um delegado de polícia, concedesse licença para a construção de um prédio, determinasse o traçado de uma via férrea ou outros

---

¹¹⁹ Ibidem, p. 163.

¹²⁰ Ibidem, p. 164, grifado pelo estudo.

¹²¹ SKIDMORE, op. cit., p. 72.

semelhantes disparate (GARSONNET e BRA, *Procedure* t. n. 14; CHIOVENDA, *Principii*, 348, n. 4).

(...)”.¹²²

Como se vê, a idéia do Ministro OROSIMBO NONATO restringe o conflito de atribuição praticamente à hipótese de *vindicta potestatis* no plano administrativo, ou na hipótese de invasão ou usurpação do exercício de poder administrativo. A importância deste registro é que esta idéia exprimida pelo Ministro relator, fundada exclusivamente na luta entre órgãos estatais, induzirá e orientará o pensamento brasileiro até hoje, no Estado pós-1988, a pender pela aplicação da jurisdição contenciosa no processo de atribuição – ainda que não expressa ou confessadamente. Será visto os motivos de somente este argumento do Ministro sobreviver ao vendaval de 1964, e o mais brilhante que se refere a competência do Supremo será esquecido, deixado de lado, varrido pelo mesmo vendaval.

Dando seqüência, o abrandamento do regime ditatorial possibilitou aos poucos que houvesse a consolidação da eficácia da alínea “c”, inciso I do art. 101 da Carta. O “conflito de jurisdição” n.º 1.483 de 16 de maio de 1944 indica esta tendência.¹²³ Neste caso o plenário do Supremo Tribunal Federal conheceu de conflito federativo entre as Fazendas do Estado do Rio de Janeiro e do Distrito Federal, e no mérito julgou o Distrito Federal como ente federativo competente para tributar o suscitante.

12. Na iminência de GETÚLIO VARGAS iniciar o seu exílio¹²⁴ e com a campanha presidencial correndo a todo vapor, em 20 de agosto de 1945 a EDITORA ESTADO DA BAHIA S.A. suscitou conflito de atribuição entre a 2.ª Junta de Conciliação e Julgamento da Justiça do Trabalho de Salvador – BA e a Comissão Especial de Reestruturação dos Quadros de Jornalistas, esta subordinada diretamente ao Ministro do Trabalho e criada com

¹²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Conflito de jurisdição n.º 1.399..., p. 162.

¹²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Conflito de Jurisdição n.º 1483. Suscitantes: Companhia Construtora Nacional. Suscitado: Diretor da Recebedoria do Distrito Federal e Diretor da Recebedoria das Rendas do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Bento de Farias. Autos disponíveis para consulta em Brasília, na seção de Arquivo Judiciário do Supremo Tribunal Federal, em uma das caixas relativas a “conflitos de jurisdição”, ordenadas por critério cronológico.

¹²⁴ Em 30 de outubro de 1945.

fundamento no art. 13 do Decreto-lei n.º 7.037 de Novembro de 1944.¹²⁵ O motivo de haver suscitado é que referida EDITORA era parte passiva na Justiça do Trabalho em processo movido pelo jornalista CARLOS VARJÃO, e quando já existia data marcada para a audiência de conciliação, a suscitante do conflito recebeu notificação a respeito de outro processo iniciado pelo mesmo jornalista, porém no âmbito administrativo da mencionada Comissão.

Acolhendo o parecer do Procurador Geral da República HAHNEMANN GUIMARÃES,¹²⁶ o Ministro relator RIBEIRO DA COSTA conheceu do conflito de atribuição, e julgou o mérito determinando que a atribuição para processamento e julgamento do caso era da 2.ª Junta de Conciliação e Julgamento da Justiça do Trabalho de Salvador – BA.¹²⁷ O Ministro OROSIMBO NONATO, sempre reiterando a raridade dos conflitos de atribuição apoiado em GARSONNET, acompanhou integralmente o voto do relator.¹²⁸

Não se pode negar que esta alta decisão judicial representa o florescimento da via principal dos conflitos de atribuição, sendo útil registrar que esta decisão foi tomada em 22 de maio de 1946,¹²⁹ ou seja, em pleno renascimento democrático do país.

No início da vigência da Constituição de 1946 surge o conflito de atribuição n.º 1.706, julgado em 25 de agosto de 1948.¹³⁰ Em síntese, conforme bem resumido pelo relator LAUDO DE CAMARGO, o suscitante atendeu à proposta feita pela Junta do Trabalho de Aracajú, admitindo o Senhor FRANCISCO TAVARES NETO como Oficial de Diligência

---

¹²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **Conflito de Jurisdição n.º 1.607**. Suscitante: Editora Estado da Bahia S.A.. Suscitados: 2.ª Junta de Conciliação e Julgamento da Justiça do Trabalho de Salvador – BA e a Comissão Especial de Reestruturação dos Quadros de Jornalistas. Relator: Ribeiro da Costa. Julgamento em 22 de maio de 1946. Autos disponíveis para consulta em Brasília, na seção de Arquivo Judiciário do Supremo Tribunal Federal, em uma das caixas relativas a “conflitos de jurisdição”, ordenadas por critério cronológico.

¹²⁶ Idem, fl. 24 a 27.

¹²⁷ Idem, fl. 30 a 34.

¹²⁸ Idem, fl. 35.

¹²⁹ Idem, fl. 30.

¹³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **Conflito de Jurisdição n.º 1.706**. Suscitante: Presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 5.ª Região (Bahia e Sergipe). Suscitado: Diretor do Departamento Administrativo do Ministério do Trabalho. Relator: Laudo de Camargo. Autos disponíveis para consulta em

da Justiça do Trabalho pela Portaria n.º 22 de 06 de setembro de 1947. No momento em que a Junta requereu o número de matrícula do recém-admitido à Divisão do Pessoal do Ministério do Trabalho, este respondeu que o ato de admissão deveria ser anulado, por inexistir vaga e ser referido ato contrário a circulares da Presidência da República. “Esta a razão de ser do conflito”, nas palavras do Ministro LAUDO DE CAMARGO, que assim decidiu o caso: “A Constituição, pelo art. 101, fala em conflito de jurisdição entre juízes e Tribunais. Tem-se entendido, entretanto, e mesmo neste Tribunal, poder o conflito resultar de atos entre autoridades judiciária e administrativa. Mister, porém, que tais atos sejam de natureza a justificar o conflito, o que, na espécie, não ocorre. A Divisão Pessoal do Ministério do Trabalho não se arrogou qualquer competência, para a prática do mesmo ato: a nomeação. Agiu, somente no sentido de recordar normas governamentais, quanto aos funcionários, não se atribuindo a qualidade para nomeá-los ou demiti-los. Não se desenhando, pois, hipótese de conflito, dele não conheço”.¹³¹

Percebe-se que neste caso de n.º 1.706 o Judiciário novamente seguiu a vereda inaugurada pelo caso n.º 1.399. Em seguida deixou de conhecer do conflito de atribuição por não enxergar a autoridade administrativa usurpando atribuição administrativa do Judiciário, reconhecendo, implicitamente, que a autoridade administrativa deveria respeitar tal atribuição. Este caso mostra que a posição do Judiciário fortalecia-se no novo regime de 1946. Mas, após o caso n.º 1.706 surge prova de fogo, da qual o Supremo Tribunal Federal poderia tanto sair mais fortalecido como sentinela da liberdade, como açambarcado pelo Executivo federal: é o conflito de “jurisdição” n.º 1.720, julgado em 22 de dezembro de 1948.¹³²

O Ministro da Justiça e Negócios Interiores, por meio de Portaria, autorizou o Diretor do Serviço de Assistência a Menores (S.A.M.) a receber menores, sempre indicados pela Legião Brasileira de Assistência (L.B.A.), quando seus responsáveis não pudessem provê-

---

Brasília, na seção de Arquivo Judiciário do Supremo Tribunal Federal, em uma das caixas relativas a “conflitos de jurisdição”, ordenadas por critério cronológico.

¹³¹ Cf. fl. 40 e 41.

¹³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **Conflito de Jurisdição n.º 1.720**. Suscitante: Juízo de Menores do Distrito Federal. Suscitado: Ministro da Justiça e Negócios Interiores. Relator: Edgard Costa. Autos disponíveis para consulta em Brasília, na seção de Arquivo Judiciário do Supremo Tribunal Federal, em uma das caixas relativas a “conflitos de jurisdição”, ordenadas por critério cronológico.

los de assistência material. Então o Juízo de Menores suscitou o conflito de atribuição, porque via o ato administrativo como usurpador de sua competência:

“(…)

Não desconhece dita portaria a minha competência exclusiva para a internação e adequado tratamento dos ditos menores em casos de abandono julgado por sentença ou de menores, autores de infrações penais, regularmente processados; mas desconhece-a nos casos de abandono verificado em processo puramente administrativo (art. 161, § 7.º do Decreto n.º 17,943-A, de 12 de outubro de 1927), bem como nos casos de providências de caráter geral ou não, para proteção de menores, embora não abandonados (cit. Decr. n.º 17.943-A, de 1927; Decreto-lei n.º 6.865, de 11 de setembro de 1944, art. 2.º, item IV, onde se exige a autorização deste Juízo para que possam ser abrigados quaisquer menores de 18 anos, sem distinção alguma; (...)).

(...)”.¹³³

No momento de prestar informações, o M. J. preliminarmente manifestou vetusta alegação de incompetência do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar conflitos entre autoridades administrativa e judiciária, tendo em vista que a Constituição previa somente competência para processamento e julgamento de conflitos entre autoridades judiciárias, nos termos do art. 101, I, “f”. Neste sentido, pôs-se a combater a jurisprudência do Supremo Tribunal inaugurada pelo Ministro **OROSIMBO NONATO** no caso n.º 1.399:

“(…)

2) Improcede a alegação de se tratar de lacuna que tem de ser preenchida na aplicação, pois não seria lícito, sob o pretexto de integrar a norma lacunosa, estender a competência além dos precisos limites constitucionais. A matéria é daquelas que, por não natureza, não admitem heterointegração, já que o objetivo da lei é restringir, limitar ou melhor: delimitar o campo da atividade jurisdicional pela sua distribuição entre os juízes seguindo vários critérios. De nada valeria a delimitação feita por lei se pudesse ser extravasada pelo intérprete ou aplicador.

(...)”.¹³⁴

---

¹³³ Idem, fl. 02 e 03, sublinhado no original.

No mérito o Ministro sustentou longamente a constitucionalidade do ato administrativo. O Procurador Geral da República, **LUIZ GALLOTTI**, subscreveu integralmente as informações prestadas pelo Ministro da Justiça.¹³⁵

O Ministro relator **EDGARD COSTA** afirmou que a preliminar lançada pelo Ministro da Justiça não era nova, e sustentou que “em voto proferido no conflito de jurisdição n.º 1.399 disse o eminente colega, Ministro **OROSIMBO NONATO** (Arch. Jud., 67-164), – se outro órgão não há, sua será essa competência [do Supremo Tribunal], não por força de dispositivo da Constituição, mas por força do sistema político que não deixa questão sem solução”.¹³⁶

A interpretação genial de **OROSIMBO NONATO** estava firmada no Supremo Tribunal Federal após três decisões seguidas, ocultando significado político da maior relevância: cada vez que o Supremo Tribunal valia-se desta interpretação, estabilizava-se mais como sumo árbitro do sistema constitucional para manutenção do equilíbrio dos ramos de poder quando provocado na via principal.

De qualquer forma, a interpretação do Ministro **OROSIMBO NONATO** ainda sofria investidas, como a do Ministro **HAHNEMANN GUIMARÃES** que, a despeito de conhecer do conflito, fê-lo entendendo que se tratava de “conflito de jurisdição”, na medida em que a administração negou reconhecimento de jurisdição ao Juízo de Menores. Esta sua interpretação difere da manifestada no caso n.º 1.607, então Procurador Geral da República, e tem o grave inconveniente de inspirar ou instigar o intérprete a enxergar no conflito uma espécie de lide, em vez de simples dúvida de atribuição, como ensinou **PEDRO LESSA** no despontar do século XX. O problema desse tipo de interpretação é a atração da jurisdição contenciosa para o processamento e julgamento do conflito de atribuição, e o Supremo Tribunal Federal, nesta hipótese, não assume a sublime função de regulador do equilíbrio entre os ramos de poder, mas a diminuta de resolver disputas entre ramos de poder, como se o interesse que estivesse em jogo fosse das autoridades e não a liberdade do povo. Isto será aprofundado no momento oportuno.

---

¹³⁴ Idem, fl. 17, sublinhado no original.

¹³⁵ Idem, fl. 28 e 29.

De certo modo, esta interpretação de **HAHNEMANN GUIMARÃES** vai ao encontro da manifestada pelo eminente Ministro **GODOFREDO CUNHA** em 1914, tendo sido largamente usada no Estado Novo para impedir o conhecimento dos conflitos de atribuição. Quem se valia desta interpretação sustentava que a Carta de 1937 só permitia ao Supremo conhecer e julgar conflitos entre autoridades judiciárias, como aconteceu no caso n.º 1.332.

Tendo o Supremo Tribunal saído fortalecido do caso n.º 1.720, surgiu novo conflito entre autoridade judiciária e administrativa – Justiça do Trabalho e Ministério do Trabalho –, tendo aquela declinado competência para processar e julgar pedido formulado pelo alemão **ALFRED KIRCHHOFF** e enviando os autos à autoridade administrativa, mas esta também declinou atribuição administrativa para processar e julgar o pedido, e como seguimento suscitando o conflito. Este foi registrado sob o n.º 1.761 e julgado em 29 de dezembro de 1948.¹³⁷ Novamente o Procurador Geral da República **LUIZ GALLOTTI** sustentou a incompetência do Supremo Tribunal, e este, por unanimidade, deu-se por competente seguindo a mesma interpretação sustentada no caso n.º 1.399. Julgou o mérito afirmando a atribuição da Justiça do Trabalho para processar e julgar a reclamação trabalhista nos termos do art. 39 do Decreto-lei n.º 5.452 de 1.º de maio de 1943 (Consolidação das Leis do Trabalho), na hipótese do empregador negar vínculo empregatício.

A janela democrática de 1946 criou ambiente próspero para o desenvolvimento do processo de atribuição no país, e após o conflito n.º 1.761 surge outro, que embora distinto, também se referia a matéria trabalhista. Este novo conflito foi registrado sob o n.º 2.050, julgado em 07 de abril de 1954, e envolveu a Justiça do Trabalho e a Delegacia Regional do Trabalho. Neste caso o Delegado Regional do Trabalho foi provocado por empregados da empresa **CERÂMICA PELOTENSE S.A.**, postulando eles necessárias retificações a serem feitas nas respectivas carteiras de trabalho. Esta autoridade administrativa negou atribuição para a tarefa sugerida, e submeteu a reclamação dos empregados à Junta de Conciliação e

---

¹³⁶ Idem, fl. 39.

¹³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **Conflito de Jurisdição n.º 1.761**. Suscitante: 2.ª Junta de Conciliação e Julgamento da Justiça do Trabalho de Salvador – BA . Suscitado: Ministro do Trabalho, Indústria e Comércio. Relator: Ribeiro da Costa. Autos disponíveis para consulta em Brasília, na seção de Arquivo Judiciário do Supremo Tribunal Federal, em uma das caixas relativas a “conflitos de jurisdição”,

Julgamento de Pelotas que, também se julgou incompetente devolvendo os autos à autoridade administrativa, e esta, por sua vez, insistiu na falta de atribuição administrativa enviando novamente os autos para a autoridade judiciária citada. Esta acabou suscitando o conflito de atribuição, e o Supremo Tribunal reiterou sua competência ao julgar o mérito em favor do Delegado Regional do Trabalho, haja vista que a competência da Justiça do Trabalho só se firmaria na hipótese do empregador negar o vínculo empregatício.¹³⁸

Todavia, entrecortando a evolução democrática do período sobreveio acontecimento que abalou o país e parou nas mãos do Supremo Tribunal Federal: o conhecido caso **CAFÉ FILHO**.¹³⁹ De fato o julgamento mereceria monografia específica, porque é apto a revelar detalhadamente a fragilidade política do país mesmo sob plena vigência da Constituição de 1946. Os votos dos Ministros são ricos neste sentido. Porém, o estudo tentará limitar-se naquilo que lhe é pertinente: a dúvida de atribuição objeto do mandado de segurança e a reação do Supremo Tribunal.

O impetrante acusou falecer atribuição ao Legislativo para decidir sobre o seu impedimento, e portanto entendeu que os atos praticados por este ramo eram inconstitucionais. Consta do relatório do acórdão:

---

ordenadas por critério cronológico. O acórdão está disponível em: **Arquivo Judiciário**, Rio de Janeiro, Vol. XCI, Julho, Agosto e Setembro, 1949, p. 46 a 50

¹³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Conflito de Jurisdição n.º 2.050. Suscitante: Delegado Regional do Trabalho. Suscitado: Junta de Conciliação e Julgamento da Justiça do Trabalho de Pelotas – RS. Relator: Edgard Costa. Autos disponíveis para consulta em Brasília, na seção de Arquivo Judiciário do Supremo Tribunal Federal, em uma das caixas relativas a “conflitos de atribuição”, ordenadas por critério cronológico. Também disponível em: <<http://gemini.stf.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d=SJUR&n=-jul&s1=conflito+e+2050&u=http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/Jurisp.asp&Sect1=IMAGE&Sect2=THESOFF&Sect3=PLURON&Sect6=SJURN&p=1&r=1&f=G&l=20>>. Acesso em 07 de novembro de 2004.

¹³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **Mandado de Segurança n.º 3.557**. Impetrante: João Café Filho. Autoridade Coatora: Congresso Nacional. Relator: Hahnemann Guimarães. Julgamentos em: 14 de dezembro de 1955, 11 de janeiro de 1956, e 07 de novembro de 1956. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/julghistoricos/monta_resumo.asp?IDE_PROCESSO=ms3557> e <<http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/JulgHistoricos/arquivos/MS3557.RTF>> ou em <<http://gemini.stf.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d=SJUR&n=-jul&s1=caf%E9+filho&u=http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/Jurisp.asp&Sect1=IMAGE&Sect2=THESOFF&Sect3=PLURON&Sect6=SJURN&p=1&r=1&f=G&l=20>>. Acesso em 07 de novembro de 2004.

“**JOÃO CAFÉ FILHO** requer mandado que lhe assegure pleno exercício de suas funções e atribuições constitucionais de Presidente da República dos Estados Unidos do Brasil, pela evidente inconstitucionalidade das resoluções da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, que, por manifesto e insuportável abuso de poder, determinaram que permanecia o impedimento declarado pelo requerente em observância de prescrição médica”.¹⁴⁰

O Ministério Público, na pessoa do Procurador Geral da República, lembrou a vigência de estado de sítio em virtude da Lei n.º 2.654 de 25 de novembro de 1955, o que impediria o julgamento de mérito, e opinou pelo não conhecimento do mandado de segurança pois não haveria “direito líquido e certo contra ato do Congresso Nacional, decorrente de seus poderes implícitos, inerentes a sua soberania (fls. 39 a 55)”.¹⁴¹

O caso **CAFÉ FILHO**, juntamente com os *habeas corpus* citados na República Velha, desnuda definitivamente a lacuna de competência na via principal para processamento e julgamento de conflitos de atribuição que não se enquadrassem na tradicional dicotomia Executivo-Judiciário, restando a via incidental.¹⁴²

No caso **CAFÉ FILHO** também salta aos olhos o influxo negativo do golpe preventivo de **LOTT**: oficialmente o mandado de segurança restou prejudicado em vista do empossamento de **KUBITSCHEK**. Este melancólico resultado deu-se porque a maioria do Supremo Tribunal pretextou de todo o modo para não julgar o mérito. No primeiro julgamento, antes do mencionado empossamento, a ata indica que a maioria – composta pelos Ministros **SAMPAIO COSTA**, **AFRÂNIO COSTA**, **LAFAYETTE DE ANDRADA**, **EDGARD COSTA** e **OROSIMBO NONATO** – sustou o processamento do *mandamus* em vista do estado de sítio decretado. O Ministro relator **HAHNEMANN GUIMARÃES** evitou pretextos insustentáveis, embora tenha negado a segurança por entender que era atribuição implícita do Legislativo praticar os atos atacados. Surpreendentes são os votos dos Ministros **MÁRIO**

¹⁴⁰ Consultado em <<http://gemini.stf.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d=SJUR&n=-julg&s1=caf%E9+filho&u=http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/Jurisp.asp&Sect1=IMAGE&Sect2=THESOFF&Sect3=PLURON&Sect6=SJURN&p=1&r=1&f=G&l=20>>, no dia 07 de novembro de 2004, fl. 392.

¹⁴¹ Idem, fl. 394.

¹⁴² Cf. **TÁCITO**, Caio. Conflito de atribuições..., p. 49, conclusão do verbete.

GUIMARÃES e NELSON HUNGRIA, por entenderem que o Tribunal nada poderia contra forças armadas e revolucionárias. Disse o Ministro MÁRIO GUIMARÃES:

“(…)

Qual a atitude da Magistratura em face dos governos de fato?

De absoluto respeito. De acatamento às suas deliberações”.¹⁴³

Continua: “A Magistratura, no Brasil ou alhures, não entra na apreciação da origem do Governo. Do contrário, teríamos o Poder Judiciário a ordenar a contra-revolução, o que jamais se viu em qualquer país do mundo. (...) A regra, pois, é que a Magistratura não examine a origem dos governos de fato. A ascensão ao poder máximo é assunto de natureza estritamente política”.¹⁴⁴

E o Ministro NELSON HUNGRIA:

“Afastado ‘o manto diáfano da fantasia sobre a nudez rude da verdade’, a resolução do Congresso não foi senão a constatação da impossibilidade material em que se acha o Senhor CAFÉ FILHO, de reassumir a Presidência da República, em face da imposição dos *tanks* e baionetas do Exército, que estão acima das leis, da Constituição e, portanto, do Supremo Tribunal Federal. Podem ser admitidos os bons propósitos dessa imposição, mas como a santidade dos fins não expunge a ilicitude dos meios, não há jeito, por mais especioso, de considerá-la uma situação que possa ser apreciada e resolvida *de jure* por esta Corte.

(…)

Contra uma insurreição pelas armas, coroada de êxito, somente valerá uma contra-insurreição com maior força. E esta, positivamente, não pode ser feita pelo Supremo Tribunal, posto que este não iria cometer a ingenuidade de, numa inócua declaração de princípios, expedir mandado para cessar a insurreição.

Aí está o nó górdio que o Poder Judiciário não pode cortar, pois não dispõe da espada de Alexandre. O ilustre impetrante, ao que me parece, bateu em porta errada. Um insigne professor de Direito Constitucional, *doublé* de exaltado político partidário, afirmou, em

---

¹⁴³ Cf. em: <<http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/JulgHistoricos/arquivos/MS3557.RTF>>. Acesso em 07 de novembro de 2004.

entrevista não contestada, que o julgamento deste mandado de segurança ensejaria ocasião para se verificar se os Ministros desta Corte “eram leões de verdade ou leões de pé de trono”.

Jamais nos inculcamos leões. Jamais vestimos, nem podíamos vestir, a pele do rei dos animais. A nossa espada é um mero símbolo. É uma simples pintura decorativa no teto ou na parede das salas de Justiça. Não pode ser oposta a uma rebelião armada. Conceder mandado de segurança contra esta seria o mesmo que pretender afugentar leões autênticos sacudindo-lhes o pano preto de nossas togas.

Senhor Presidente, o atual estado de sítio é perfeitamente constitucional, e o impedimento do impetrante para assumir a Presidência da República, antes de ser declaração do Congresso, é imposição das forças insurreicionais do Exército, contra a qual não há remédio na farmacologia jurídica.

Não conheço do pedido de segurança”.¹⁴⁵

Ora, o estado de sítio possui seus requisitos de validade como qualquer ato jurídico,¹⁴⁶ sendo de fácil compreensão que também está sujeito a controle de constitucionalidade, conforme o grande **PEDRO LESSA** cansou de insistir no exercício da magistratura,¹⁴⁷ e isto explica a redação do art. 215 da Constituição de 1946.¹⁴⁸ A propósito, os votos dos Ministros **HAHNEMANN GUIMARÃES** e **RIBEIRO DA COSTA** são suficientes para revelar a retórica vazia que constituiu a suspensão do processamento do *mandamus* em virtude do estado de sítio.

O fato é que, excetuando o magnífico e corajoso voto do Ministro **RIBEIRO DA COSTA** – que aliás sustentou sua posição até o último minuto –, a maioria decepcionou ao acatar muda e complacente o golpe liderado pelo General **LOTT**, alegando evasivas para evitar o julgamento de mérito do *mandamus*. Também decepcionou quem não pretextou para esquivar-se do mérito, mas também deixou de censurar com veemência a indigesta

¹⁴⁴ Idem.

¹⁴⁵ Idem.

¹⁴⁶ Na vigência da Constituição de 1946, os principais requisitos podem ser encontrados nos dispositivos: 206 a 214.

¹⁴⁷ Cf. valiosa exposição sobre o controle de constitucionalidade de decretos de estado de sítio em: LESSA, Pedro, op. cit., § 63, p. 356 e seguintes.

¹⁴⁸ : “A inobservância de qualquer das prescrições dos arts. 206 e 214 tornará ilegal a coação e permitirá aos pacientes recorrer ao Poder Judiciário”.

substituição da razão e legalidade pela força e arbitrariedade; o eminente Ministro **HAHNEMANN GUIMARÃES**.

Silenciar e demonstrar “absoluto respeito” pelo golpe, sob o fundamento de que o Supremo Tribunal nada poderia fazer contra baionetas e tanques do Exército, arranhou muito mais a autoridade do Tribunal do que o próprio golpe, pois “a autoridade da justiça é moral, e sustenta-se pela moralidade das suas decisões. O poder não a enfraquece desatendendo-a; enfraquece-a, dobrando-a. A majestade dos tribunais assenta na estima pública; e esta é tanto maior, quanto mais atrevida for a insolência oficial, que lhes desobedecer, e mais adamantina a inflexibilidade deles perante ela. (...)”.¹⁴⁹

De qualquer forma, para o presente estudo é útil notar que qualquer alteração política capaz de dinamitar o sistema democrático investe duramente contra a prática do processamento e julgamento de conflitos de atribuição, seja na via principal ou incidental. Esta sensibilidade é tamanha, que no caso **CAFÉ FILHO** a determinação do General **LOTT** abalou severamente o usual brilhantismo de lendários Ministros.

Superado o grande trauma desta página de nossa história, o Supremo Tribunal Federal reencontrou a serenidade e aplicou a tradição inaugurada no caso n.º 1.399, quando enfrentou, na via principal, o processo de atribuição registrado sob o n.º 2.266 e julgado em 07 de outubro de 1957.¹⁵⁰ Tratava-se de dúvida de atribuição suscitada pelo Juízo de Feitos da Fazenda Pública de São Luís do Maranhão com o Inspetor da Alfândega desta localidade. O Juízo não sabia se poderia dar andamento a processo judicial de busca e apreensão onde o proprietário dos bens apreendidos havia juntado contestação, ou se

¹⁴⁹ BARBOSA, Rui. O voto do Senhor Ministro Pisa e Almeida. In: **Obras Completas de Rui Barbosa**. Vol. XIX (1892), Tomo III, Trabalhos Jurídicos – Estado de sítio. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura, 1956, p. 300.

¹⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **Conflito de Jurisdição n.º 2.266**. Suscitante: Juízo dos Feitos da Fazenda Publica de São Luiz. Suscitado: Ministério da Fazenda, pela Alfândega de São Luiz. Relator: Barros Barreto. Autos disponíveis para consulta em Brasília, na seção de Arquivo Judiciário do Supremo Tribunal Federal, em uma das caixas relativas a “conflitos de atribuição”, ordenadas por critério cronológico. Também disponível em: <<http://gemini.stf.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d=SJUR&n=-jul&s1=2266+e+conflito&u=http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/Jurisp.asp&Sect1=IMAGE&Sect2=THE SOFF&Sect3=PLURON&Sect6=SJURN&p=1&r=1&f=G&l=20>>. Acesso em 07 de novembro de 2004.

deveria remeter os autos à autoridade administrativa com os bens apreendidos, para instrução do processo administrativo.

O Ministro relator **BARROS BARRETO** invocou o precedente já mencionado, n.º 1.761, para reconhecer a competência do Supremo Tribunal Federal, e julgou o mérito nos seguintes termos:

“(…)

A busca e apreensão de mercadoria encontrada em situação fiscal irregular é permitida, ex-vi do disposto no art. 676, III, do Código Processual, c/c arts. 100, 116 e 125, § 2º, da Consolidação das Leis do Imposto de Consumo (Decreto n.º 26.149, de 5 de janeiro de 1949). Constitui medida judicial preventiva, destinada a instruir o processo administrativo, perante a autoridade competente. E, daí, a inoportunidade de qualquer discussão, sobre o mérito, no juízo civil, como ressaltou a douta Procuradoria Geral da República.

Destarte, conhecendo do conflito, julgo competente a autoridade administrativa, a que[m] devem ser remetidos os autos da referida diligência preliminar, para prosseguir no respectivo processo fiscal”.¹⁵¹

Segundo ata de fl. 35, o Ministro **OROSIMBO NONATO** presidiu o julgamento, e a decisão foi unânime com participação, além do Ministro relator, dos Ministros **AFRÂNIO COSTA**, **VILLAS BÔAS**, **CÂNDIDO MOTTA**, **ARY FRANCO**, **NELSON HUNGRIA**, **LUIZ GALLOTTI**, **HAHNEMANN GUIMARÃES**, **RIBEIRO DA COSTA**, e **LAFAYETTE DE ANDRADA**.

13. Sob a vigência do ato institucional n.º 01, é suscitado o conflito de “jurisdição” n.º 2.861 pelo liquidante do Banco Paulista S/A e União Federal, constando como suscitados os Juízos de Direito das 4.ª e 7.ª Varas Cíveis da comarca de São Paulo, tendo sido julgado em 16 de dezembro de 1964.¹⁵²

---

¹⁵¹ Idem, fl. 34.

¹⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **Conflito de Jurisdição n.º 2.861**. Suscitante: Liquidante do Banco Paulista S.A.. Suscitado: Juiz de Direito da 4.ª Vara Cível da Comarca de São Paulo e o Juiz de Direito da 7.ª Vara Cível da Comarca de São Paulo. Relator: Victor Nunes. Autos disponíveis para consulta em Brasília, na seção de Arquivo Judiciário do Supremo Tribunal Federal, em uma das caixas relativas a

Mencionado Banco estava em processo de liquidação extrajudicial, e três anos após o início da liquidação os diretores – afastados da administração – ajuizaram pedido de concordata preventiva na referida 7.^a Vara Cível, o qual foi prontamente atendido. Por esta razão, o liquidante impetrou mandado de segurança contra ato coator do MM. Juízo da 7.^a Vara Cível, e a 1.^a Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo não conheceu do pedido entendendo que seria caso de conflito de atribuições, logo, de competência do Supremo Tribunal Federal. Diante desta decisão, o liquidante requereu que o processo fosse remetido a este Tribunal. Antes de continuar a historiar o caso, há aqui flagrante de conversão do processo de mandado de segurança em processo de atribuição; este fato será apreciado na terceira parte deste estudo, quando se tratar das relações entre ambos processos.

O Ministro relator VICTOR NUNES LEAL acabou desenhando o conflito de atribuições nos seguintes termos:

“(..), o Juiz nega, com o seu despacho, a autoridade do liquidante; e o liquidante, não destituído pelo Ministro da Fazenda, que o nomeou, nega a jurisdição do juiz”.¹⁵³

Neste caso n.º 2.861 há também dúvida lateral de competência – e não atribuição –, mas que não interessava ao caso conforme atesta o relator:

“(...) esta não é a questão fundamental. A questão fundamental do presente conflito é que, não sendo admissível a concordata no curso do processo de liquidação extrajudicial, nenhum dos dois Juízes – nem o da 4.^a, nem o da 7.^a – teriam jurisdição para a liquidação do Banco, que cabe à autoridade administrativa federal. Nenhum dos dois, como nenhum outro Juiz, poderia mudar a natureza da liquidação administrativa em curso, nem suspendê-la pela concordata preventiva. Poderia, sim, o Juiz competente corrigir algum abuso ou

---

“conflitos de atribuição”, ordenadas por critério cronológico; ou <<http://gemini.stf.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d=SJUR&n=-jul&s1=2861+e+conflito&u=http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/Jurisp.asp&Sect1=IMAGE&Sect2=THESOFF&Sect3=PLURON&Sect6=SJURN&p=1&r=1&f=G&l=20>>. Acesso em 08 de novembro de 2004.

¹⁵³ Idem, fl. 169 do relatório lido pelo relator.

ilegalidade do liquidante, autoridade administrativa, mas não é disso que se cogita nos presentes autos”.¹⁵⁴

O Supremo Tribunal Federal só não conheceu do conflito de atribuição por unanimidade porque o Ministro **GONÇALVES DE OLIVEIRA** negava-se a ver dúvida de atribuição, e sim desobediência da autoridade administrativa, sustentando que se a Constituição de 1946 não havia previsto expressamente os conflitos de atribuição, significava que eram impossíveis de acontecer. Para tentar dissuadi-lo, o relator citou todos os julgados mencionados neste estudo, dentre outros relativos a conflitos entre autoridades judiciárias, para demonstrar que era legítima a interpretação construtiva – como se viu linhas atrás, tal construção deveu-se sobretudo ao Ministro **OROSIMBO NONATO** no caso n.º 1.399, seguindo a interpretação do ilustre predecessor **PEDRO LESSA** e superando-a.

De qualquer forma, apesar do Ministro relator seguir a vertente menos conservadora quanto ao conhecimento dos conflitos de atribuição, também não seguiu exatamente a tradicional interpretação inaugurada no caso n.º 1.399. De fato, seguiu a interpretação de **HAHNEMANN GUIMARÃES** manifestada no caso n.º 1.720, e que ia ao encontro da interpretação do eminente Ministro **GODOFREDO CUNHA** de 1914.

Como se vê, o golpe militar de 1964 já se fazia sentir, na medida em que o Tribunal passou a hesitar a respeito de sua competência sobre os conflitos de atribuição, encetando movimento retrógrado em direção às praxes políticas da República Velha e do Estado Novo. Basta notar a resistência do Ministro dissidente e a interpretação do Ministro relator **VICTOR NUNES LEAL**, que a despeito de ser suficiente para conhecer do conflito, era abertamente retrógrada em relação à admirável interpretação firmada no caso n.º 1.399.

No mérito o plenário foi unânime em torno do voto do Ministro relator, reconhecendo a atribuição administrativa para dar andamento no processo de liquidação, declarando indevida a instauração da concordata preventiva pela autoridade judiciária.¹⁵⁵ A princípio parece que a decisão de mérito não sofreu influência do regime ditatorial pelo mero fato de ter sido julgado em favor da administração pública, pois o voto do Ministro relator é muito bem fundamentado, não deixando de observar o direito dos depositantes do

---

¹⁵⁴ Idem, loc. cit.

Banco sob liquidação. Entretanto, este ponto de vista não deve ser tomado como absoluto, pois a dúvida de atribuição tocava a autoridade direta do Ministério da Fazenda, o que em tese poderia ter colocado os militares golpistas a influenciar o rumo da decisão.

Este caso n.º 2.861 foi julgado no dia 16 de dezembro de 1964,¹⁵⁶ alguns meses após o golpe e o decreto do ato institucional n.º 01. Embora o regime ditatorial estivesse inaugurado com todas as letras, o grupo linha-dura não conseguia pôr em prática perseguições e violências arbitrárias na intensidade que pretendia, devido à resistência de Castelo Branco. Para se ter uma idéia, o grupo linha-dura exigia a cassação dos direitos políticos de 5.000 cidadãos, enquanto Castelo Branco havia limitado-se até aquele momento a cassar 378.¹⁵⁷ Longe da fase totalitária esmagadora que seria formalizada com o ato institucional n.º 05, o caso n.º 2.861 mostra que o processo de atribuição ainda conseguia respirar, embora a atmosfera já o hostilizasse. Alguns meses depois esta tendência é confirmada, para ser exato em 22 de março de 1965, no conflito de atribuição de n.º 2.959.¹⁵⁸ Para entender o conflito suscitado, vale a transcrição parcial do parecer do Procurador requisitado **MURILLO SILVA**, e subscrito pelo Procurador Geral da República **OSWALDO TRIGUEIRO**:

“**MOISÉS WERNECK**, afirmando que há no Serviço do Patrimônio da União o processo MF 302553/60, relativo à transferência dos bens imóveis da União para o Estado da Guanabara, por força do art. 3.º e § 6.º da Lei n.º 3.752/60, diz ter recebido, com surpresa, citação para se defender em uma Ação de Reintegração de Posse promovida pelo Estado da Guanabara, através sua Procuradoria, dirigida, também, contra todos os ocupantes de imóveis residenciais da União que estavam em poder da Polícia Militar do antigo Distrito Federal.

¹⁵⁵ Idem, fl. 174 a 182.

¹⁵⁶ Idem, ata de decisão de fl. 183.

¹⁵⁷ SKIDMORE, op. cit., p. 374.

¹⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **Conflito de Jurisdição n.º 2.959**. Suscitante: Moysés Werneck. Suscitados: Estado da Guanabara e Serviço de Patrimônio da União. Relator: Villas Bôas. Autos disponíveis para consulta em Brasília, na seção de Arquivo Judiciário do Supremo Tribunal Federal, em uma das caixas relativas a “conflitos de atribuição”, ordenadas por critério cronológico. Também disponível em: <<http://gemini.stf.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d=SJUR&n=-julg&s1=2959&u=http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/Jurisp.asp&Sect1=IMAGE&Sect2=THESOFF&Sect3=PLURON&Sect6=SJURN&p=1&r=2&f=G&l=20>>. Acesso em 10 de novembro de 2004.

Em face disso, suscita o presente conflito de atribuição, para o fim de se declarar a competência administrativa para decidir o caso ao Serviço do Patrimônio da União e a competência judicial do Excelso Supremo Tribunal Federal.

(...)”.¹⁵⁹

O Ministério Público sustentou a aplicação do art. 101, I, sem especificar o inciso, mas provavelmente referia-se ao “e”. Opinou que o Supremo Tribunal julgasse o mérito no sentido de firmar a atribuição do Serviço do Patrimônio da União para decidir o caso do suscitante.¹⁶⁰

O Ministro relator laconicamente não conheceu do conflito suscitado, e ignorou uma série prodigiosa de julgados pronunciados desde o final do Estado Novo:

“Não conheço do presente conflito de atribuições, porque, realmente, não está, aqui, envolvida uma autoridade judiciária, senão vaga e indiretamente, pois nem sequer foi ouvida no caso; a parte é que a envolveu. Ora, a questão que a parte propõe pode ser suscitada e dirimida na ação que está sendo movida; no despacho saneador ou em qualquer momento, o Estado da Guanabara pode ser declarado carecedor da ação concessionária.

Não conheço do conflito”.¹⁶¹

Segundo a ata de julgamento, a decisão foi unânime e “tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Ministros. **EVANDRO LINS, HERMES LIMA, VICTOR NUNES, GONÇALVES DE OLIVEIRA, VILAS BÔAS** [relator], **CÂNDIDO MOTTA, LUIZ GALLOTTI, e HAHNEMANN GUIMARÃES**”.¹⁶²

É útil lembrar, consoante foi visto, que os conflitos de natureza federativa sempre tiveram vantagem para serem conhecidos pelo Supremo na via principal, pois eram facilmente enquadráveis na cláusula genérica de competência para processamento e julgamento de conflitos federativos. Note-se que sequer o relator aventou a aplicação da

---

¹⁵⁹ Idem, fl. 17 e 18.

¹⁶⁰ Idem, fl. 18 a 20.

¹⁶¹ Idem, fl. 26 e 27.

¹⁶² Idem, fl. 28.

competência para conflitos federativos (art. 101, I, “e”, de 1946), o que pelo contexto, pode ser interpretado como sério indício do movimento retrógrado iniciado no caso n.º 2.861.

Continuando o giro autoritário, sob o intimidativo ato institucional n.º 05 o Supremo Tribunal foi surpreendido pelo conflito de atribuição de n.º 5.173, sua maior pedra-de-tropeço, suscitado por **JUSCELINO KUBITSCHEK DE OLIVEIRA** em 08 de agosto de 1969.¹⁶³

Em longa e detalhada petição inicial,¹⁶⁴ os advogados do ilustre Presidente suscitaram conflito positivo de atribuições entre órgãos do Judiciário e a Comissão Geral de Investigações, esta criada pelo Decreto-lei n.º 359 de 17 de dezembro de 1968. Em suma, os advogados de nosso Presidente pretendiam afastar a dita Comissão de casos que já tramitavam pelo Judiciário, nos seguintes termos:

“(…)

31 – Nestas condições, sustenta o SUSCITANTE [**JUSCELINO KUBITSCHEK DE OLIVEIRA**] que deve ser AFIRMADA, pelo Supremo Tribunal Federal, a **COMPETÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO**, para os pontos conflitantes, com os seguintes sub-aspectos:

- a) **COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**, para julgar o tema da doação da casa do Paraguai;
- b) **COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL** para julgar a matéria do recurso extraordinário interposto na ação civil sobre os lotes de Brasília, e a competência dos juízes e tribunais que tiverem de julgar o mérito daquela causa, em consequência da decisão que for proferida no recurso extraordinário;
- c) **COMPETÊNCIA DO JUIZ DA 5.ª VARA FEDERAL**, para o prosseguimento do processo perante ele aforado.

(…)”.¹⁶⁵

¹⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Competência do Plenário, mas a decisão ficou sem confirmação deste. **Conflito de Jurisdição n.º 5.173**. Suscitante: Juscelino Kubitschek de Oliveira. Suscitados: Comissão Geral de Investigações e Órgãos do Judiciário. Relator: Adalício Nogueira. Autos disponíveis para consulta em Brasília, na seção de Arquivo Judiciário do Supremo Tribunal Federal, em uma das caixas relativas a “conflitos de atribuição”, ordenadas por critério cronológico. Não se sabe o motivo especial deste processo não estar disponível no endereço eletrônico do Supremo Tribunal Federal.

¹⁶⁴ Idem, petição inicial, fl. 02 a 20.

¹⁶⁵ Idem, idem, fl. 19, consta do original os realces com letras maiúsculas.

Os advogados sustentaram também a competência do Supremo Tribunal Federal, para processamento e julgamento dos conflitos de atribuição com fundamento no art. 114, I, “f” da Constituição de 1967, além de basearem-se no Regimento Interno do Tribunal e no art. 802 e seguintes do Código de Processo Civil.¹⁶⁶

Segue os termos do pedido final:

“(…)

34 – À vista do exposto, e do que será suprido pelas Luzes dos Egrégios Julgadores, pede e espera o SUSCITANTE:

- a) que o Exmo. Sr. Ministro Relator determine, por ofício, à SUSCITADA, que se suspenda o processo de investigação sumária por ela movida contra o SUSCITANTE, e preste informações, dentro do prazo de 5 dias, idêntica determinação sendo feita às autoridades judiciárias referidas na presente petição;
- b) que o Egrégio Supremo Tribunal Federal, depois de ouvido o Ministério Público, julgue provado e procedente o conflito, proclamando a competência do Poder Judiciário para o processo e julgamento dos pontos em que surgiu dissídio;
- c) que, para garantia de sua própria competência, avoque, com fundamento no art. 117 do Código de Processo Penal, o processo de investigação sumária, para o julgamento do ponto atinente à casa no Paraguai.

(…)”.¹⁶⁷

Não é preciso muito esforço para notar que os advogados do ilustre suscitante colocaram frente a frente o Supremo Tribunal Federal e o mais poderoso Magistrado do governo revolucionário naquele momento, no caso o General COSTA E SILVA. É evidente que se o Supremo Tribunal se atrevesse a atender os pedidos do suscitante, o Poder Central simplesmente não tomaria conhecimento, da mesma forma que o “Comando Supremo Revolucionário” fez em relação à resistência civil no ramo Legislativo, ao decretar o ato institucional n.º 01.¹⁶⁸

¹⁶⁶ Idem, idem, fl. 03 a 05.

¹⁶⁷ Idem, idem, fl. 20, consta do original os realces com letras maiúsculas.

Vale a pena transcrever integralmente a decisão do Ministro relator, apreciando o pedido de sobrestamento liminar da investigação sumária:

“O Dr. JUSCELINO KUBITSCHECK DE OLIVEIRA, por seus eminentes advogados, suscitou o presente conflito de atribuições, nos termos amplos da petição de fl. 2-20, entre órgãos diversos do Poder Judiciário, inclusive o Egrégio Supremo Tribunal Federal e a Comissão Geral de Investigações, criada pelo Decreto-lei n.º 359 de 17.12.68 e regulamentada pelo Decreto n.º 64.203, de 17.03.1969, com o fito de apurar a aquisição ilícita de bens. E, pede, no final do requerimento, que se determine à suscitada a suspensão do processo de investigação sumária instaurado contra o suscitante, bem como se avoque o processo, que pertine à doação na casa do Paraguai.

Antes de mais, a pretensão do suscitante parece entrar em aberto conflito com os preceitos contidos no Ato Institucional n.º 5, cujo art. 11 “exclui de qualquer apreciação judicial todos os atos praticados de acôrdo com o mesmo e com os atos complementares, que forem, a respeito, expedidos. Por sua vez, o art. 8.º daquele Ato é que autorizou a investigação de que se cuida e que o art. 42 do Ato Complementar de 27.1.º.69 ainda mais explicitou.

Se temos feito, em tôdas as instâncias judiciárias, inclusive neste Pretório Excelso, a aplicação diuturna do Ato Institucional n.º 5, não há porque olvidá-lo neste emergência. Não há como admitir a sua incidência em certas hipóteses e bani-lo em outras. Essa tergiversação não se compadeceria com a orientação uniforme, que se deve imprimir aos rumos da Justiça.

Mas não é só. Não se encontra perfeitamente delimitada, senão obscura e incerta, a zona conflitante entre os órgãos, cuja atuação se diz colidente. Da notificação de f. 22, acompanhada do relatório de f. 23-28, a não ser no que tange à doação de uma casa em Brasília e de outra no Paraguai, a que se alude, ligeiramente, tudo o mais é estranho aos assuntos ventilados na Justiça, inclusive o referente ao prédio sito à Av. Vieira Souto, na Guanabara, cujo sequestro foi denegado e de cujo processo sou relator.

Assim, não é possível discriminar, com exatidão, quais os pontos que constituem o objetivo da apuração a que procede a Comissão de Investigação, cuja atuação é, ademais, reservada. As suas atribuições, definidas em decreto-lei, exercitam-se numa área, cuja

---

¹⁶⁸ SKIDMORE, op. cit., p. 372.

penetração nos é expressamente vedada. Seria, pois, ilegal e, como tal inviável, invadi-la, para acudir às providências preliminares, ora impetradas.

Indefiro-as, pois. Mando, porém êstes autos com vista à douta Procuradora Geral da República, a fim de que, afinal, o Eg. Tribunal Pleno decida, em definitivo, o conflito suscitado.

Brasília, 12 de agosto de 1969.

ADALÍCIO NOGUEIRA – Ministro Relator”.¹⁶⁹ (sic)

O Ministro relator negou-se a apreciar o pedido liminar por imposição do ato institucional n.º 05 e demais dispositivos aplicáveis. Todavia, ao excetuar da obscuridade e da incerteza da zona conflitante a “doação de uma casa em Brasília e de outra no Paraguai, a que se alude, ligeiramente”, o relator acabou incentivando os advogados de **JUSCELINO KUBITSCHKE** a interporem agravo regimental contra a decisão proferida. De fato os advogados devolveram toda a matéria decidida pelo relator, mas parece que a tentativa era a de obter pelo menos a liminar em relação às apontadas exceções. O agravo de fl. 186 a 197 forçou o Supremo Tribunal, por meio do relator **ADALÍCIO NOGUEIRA**, a reiterar sua submissão em relação ao Poder Revolucionário:

“Mantenho o despacho agravado. Dêste não se pode inferir tenha eu admitido, embora parcialmente [aqui o relator refere-se às exceções], o conflito de atribuições suscitado, pelo fato de que consta da notificação de fl. 22 que, no que toca à doação de uma casa em Brasília e outra no Paraguai, haja, acidentalmente, cogitação coincidente de órgãos do Poder Judiciário e da Comissão Geral de Investigações.

Como quer que seja, deparou-se-me, de logo, o obstáculo da apreciação judicial da matéria, por força do estatuído no art. 11 do Ato Institucional n.º 5, de 13.12.68. Não se colhe a objeção, data venia, de que os atos da Comissão de Investigações não estejam acobertados por aquele dispositivo e que, sòmente, os emanados do Presidente da República o estariam. Os atos da Comissão, em última análise, são atos do Presidente da República, porque foi êste, no art. 8.º do mesmo Ato Institucional, quem determinou a investigação de que se trata. Mas o Chefe da Nação não poderia realizá-la, diretamente. Haveria que criar instrumento, que a execução e êsse instrumento foi, precisamente, a

Comissão Geral de Investigações. Em razão disso, é que o art. 9.º do mesmo Ato estabeleceu que o “Presidente da República poderá baixar Atos Complementares para a execução dêste Ato Institucional...” E ainda por isso é que o art. 1.º do Ato Complementar de 27.1.69 reiterou o propósito de consolidar a aludida investigação e que o Dec.-lei n.º 359 de 17.12.68, regulamentado pelo Decreto n.º 64.203, de 17.3.69, criou a Comissão respectiva.

Vê-se, pois, que todos êsses dispositivos se encadeiam para esclarecerem e fortalecerem uma atribuição, que é, precipuamente, do Presidente da República. Tudo, pois, se resume num ato seu, inicialmente, autorizado no Ato Institucional n.º 5:

É expresso o art. 11 dêste último:

“excluem-se de qualquer apreciação judicial todos os atos praticados de acôrdo com êste Ato Institucional e seus Atos Complementares, bem como os respectivos efeitos.”

Em virtude disso, é que indeferi as providências preliminares requeridas, não só no que atine à suspensão das atividades da Comissão, nos têrmos do pedido, como no que tange à avocação de um dos processos apontados, escusando-me, também, de mandar ouvi-la, a respeito, remetendo o assunto à deliberação final do Eg. Supremo Tribunal Federal.

Assim, em conformidade com o dispôsto no art. 47 do Regimento Interno, mando êste agravo regimental à alta apreciação dêste Excelso Pretório.

Brasília, 25 de agôsto de 1969.

ADALÍCIO NOGUEIRA – Ministro Relator”.¹⁷⁰ (sic)

O ilustre suscitante acabou desistindo do conflito,¹⁷¹ tendo sido homologada a desistência em 12 de agosto de 1971.¹⁷² A partir deste processo é possível notar a intensidade do tratamento de choque a que o país fora submetido, e conforme será visto na jurisprudência do Estado pós-1988, as feridas continuam abertas.

No decorrer da longa noite inaugurada em 1964, o Supremo Tribunal Federal negou-se a conhecer de conflitos suscitados sob useiro e vezeiro pretexto típico da República

¹⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Competência do Plenário, mas a decisão ficou sem confirmação deste. *Conflito de Jurisdição* n.º 5.173..., decisão interlocutória, fl. 183 e 184.

¹⁷⁰ Idem, decisão interlocutória, fl. 204 e 205, grifado no original.

¹⁷¹ Idem, petição, fl. 209.

¹⁷² Idem, fl. 213.

Velha e do Estado Novo: não havia enquadramento perfeito nos termos do art. 114, I, alínea “f” da Constituição de 1967;¹⁷³⁻¹⁷⁴ interpretação aniquiladora da generosidade do entendimento firmado no caso n.º 1.399.

Entretanto, no período militar o processo de atribuição não foi totalmente afastado do cenário, e alguns poucos processos foram conhecidos e julgados no mérito tais como:

“CONFLITO DE ATRIBUIÇÕES – Serventuário da Caixa Econômica Federal demitido por acumulação ilegal e que obteve rescisão de contrato na Justiça do Trabalho, ao tempo em que recorria ao Presidente da República, contra ato daquela autarquia. – Desistência do mandado de segurança requerido à Justiça Federal contra aquela demissão – Competência do Juiz Federal para decidir tôda a questão”.¹⁷⁵

.....

“Conflito de atribuições entre a Procuradoria Geral da Justiça da Guanabara e a Procuradoria Regional da República. Competência do Supremo Tribunal Federal para

¹⁷³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Conflito de Atribuições n.º 3.126**. Suscitante: Procurador-Geral da Justiça do Estado de São Paulo. Suscitado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Djaci Falcão. Julgamento em 13 de novembro de 1968. Disponível em: <<http://gemini.stf.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d=SJUR&n=-julg&s1=conflito+de+atribui%E7%E3o&u=http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/Jurisp.asp&Sect1=IMAGE&Sect2=THESOFF&Sect3=PLURON&Sect6=SJURN&p=3&r=46&f=G&l=20>>. Acesso em 14 de novembro de 2004.

¹⁷⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Conflito de Atribuições n.º 5.108**. Suscitante: Juiz da Comarca de Teresópolis. Suscitado: Ministério Público Estadual e Ministério Público da Justiça Militar. Relator: Raphael de Barros Monteiro. Julgado em: 14 de agosto de 1969. Disponível em: <<http://gemini.stf.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d=SJUR&n=-julg&s1=conflito+de+atribui%E7%E3o&u=http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/Jurisp.asp&Sect1=IMAGE&Sect2=THESOFF&Sect3=PLURON&Sect6=SJURN&p=3&r=45&f=G&l=20>>. Acesso em 14 de novembro de 2004.

¹⁷⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Plenário. Conflito de Atribuições n.º 5.076**. Suscitante: Justiça Federal. Suscitado: Tribunal Superior do Trabalho. Relator: Aliomar Baleeiro. Julgado em 19 de novembro de 1969. Disponível em: <<http://gemini.stf.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d=SJUR&n=-julg&s1=5076&u=http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/Jurisp.asp&Sect1=IMAGE&Sect2=THESOFF&Sect3=PLURON&Sect6=SJURN&p=1&r=1&f=G&l=20>>. Acesso em 14 de novembro de 2004, as letras maiúsculas constam do original.

julgar o conflito. Inteligência do art. 119, letra “f”, e o art. 122 e seus parágrafos, da Constituição Federal”.¹⁷⁶

.....

“Conflito de atribuições – litígio entre fornecedor e recebedor de cana de açúcar. Contrato misto, de arrendamento da propriedade rural e de fornecimento de cana, no qual sobrevelem relações jurídicas regidas pelo Estatuto da Lavoura Canavieira (DI 3.883, de 21.11.41). Submissão obrigatória à instância administrativa. Conflito julgado procedente e competente a Quarta Comissão de Conciliação e Julgamento do Instituto do Açúcar e do Alcool”.¹⁷⁷

O primeiro caso, 5.076, foi julgado quando o ato institucional n.º 05 estava na iminência de ser decretado, e os dois últimos sob a vigência deste. Todos os três, salvo melhor juízo, podem ser considerados praticamente contemporâneos ao caso **KUBITSCHKE**, porém, o desenlace foi substancialmente distinto.

O Presidente da República estava diretamente envolvido no caso 5.076, pois ao apreciar recurso administrativo reconheceu o funcionário como sendo de natureza autárquica, e não celetista.¹⁷⁸ Esta manifestação colidiu com a da Junta de Conciliação e Julgamento da Justiça do Trabalho de Vitória. Acompanhado pelo plenário, o relator

¹⁷⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **Conflito de Atribuições n.º 5.321**. Suscitante: Procuradoria Geral da Justiça da Guanabara. Suscitado: Procuradoria da República do Estado da Guanabara. Relator: Djaci Falcão. Julgado em 02 de abril de 1970. Disponível em: <<http://gemini.stf.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d=SJUR&n=-julg&s1=5321&u=http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/Jurisp.asp&Sect1=IMAGE&Sect2=THESOFF&Sect3=PLURON&Sect6=SJURN&p=1&r=1&f=G&l=20>>. Acesso em 14 de novembro de 2004.

¹⁷⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **Conflito de Atribuições n.º 5.334**. Suscitante: 4.ª Comissão de Conc. e Julg. do Instituto do Açúcar e do Alcool-PE. Suscitado: Juiz de Direito da 2.ª Vara da Comarca de Goiana-PE. Relator: Adaucto Cardoso. Julgado em 22 de abril de 1970. Disponível em: <<http://gemini.stf.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d=SJUR&n=-julg&s1=5334&u=http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/Jurisp.asp&Sect1=IMAGE&Sect2=THESOFF&Sect3=PLURON&Sect6=SJURN&p=1&r=2&f=G&l=20>>. Acesso em 14 de novembro de 2004, e o sublinhado consta do original.

ALIOMAR BALEEIRO posicionou-se em favor da Justiça Federal, resolvendo incidentalmente o conflito entre Justiça do Trabalho e Presidência da República em favor desta última.

No segundo caso 5.321 a Primeira Turma do Supremo Tribunal seguiu o relator **DJACI FALCÃO**, reconhecendo a competência do Supremo Tribunal Federal para julgar o conflito entre Ministérios Públicos federal e estadual, mesmo não se enquadrando no art. 119, I, “f” da Carta de 1969. Aceitou o argumento do parecer da Procuradoria da República estado, implicitamente, no caso n.º 1.399.¹⁷⁹ Depois, julgou favoravelmente ao Ministério Público Federal, tendo em vista que determinado crime havia sido praticado em prejuízo da União.

No terceiro caso 5.334 o plenário decidiu conhecer do conflito por enquadrar-se nos limites na alínea “f” do inciso I do art. 119 da Carta de 1969, julgando competente a autoridade administrativa da União para julgar o conflito que envolve fornecimento de cana.

Houve casos, sim, em que o Supremo Tribunal Federal julgou desfavoravelmente às autoridades administrativas, mas casos que jamais colocariam em xeque a autoridade do sistema autocrático, casos bem distintos do conflito suscitado por **JUSCELINO KUBITSCHKE**.¹⁸⁰⁻¹⁸¹

---

¹⁷⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **Conflito de Atribuições n.º 5.076...**, fl. 71 a 73.

¹⁷⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **Conflito de Atribuições n.º 5.321...**, fl. 11.

¹⁸⁰ E.g.: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **Conflito de Atribuições n.º 01**. Suscitante: 4.^a Comis. de conc. e julgamento do Instituto do açúcar e do álcool. Suscitado: Juiz de Direito da Comarca de També-PE. Relator: Eloy da Rocha. Julgado em 19 de setembro de 1972. Disponível em: <<http://gemini.stf.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d=SJUR&n=julg&s1=ca+1&u=http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/Jurisp.asp&Sect1=IMAGE&Sect2=THESOFF&Sect3=PLURON&Sect6=SJURN&p=1&r=1&f=G&l=20>>. Acesso em 14 de novembro de 2004.

¹⁸¹ E.g.: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **Conflito de Atribuições n.º 06**. Suscitante: Juiz de Direito da Vara Crime e de Menores de Feira de Santana [sic]. Suscitado: Superintendente Regional do Departamento de Polícia Federal. Relator: Carlos Thomp. Flores. Julgado em 23 de agosto de 1973. Disponível: <<http://gemini.stf.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d=SJUR&n=julg&s1=ca+6&u=http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/Jurisp.asp&Sect1=IMAGE&Sect2=THESOFF&Sect3=PLURON&Sect6=SJURN&p=1&r=1&f=G&l=20>>. Acesso em 14 de novembro de 2004.

A pretensão do estudo não é sustentar uma perfeita teoria da conspiração, todavia não se pode duvidar que era bem mais conveniente julgar conflitos que, pela força natural dos fatos e das próprias leis em vigor, deveriam ser julgados em favor da União – caso dos três exemplos 5.076, 5.321 e 5.334. Do ponto de vista político eram casos fáceis, pois a decisão final, querendo ou não, legitimaria o Poder Revolucionário. Também, havia casos em que julgar em desfavor das autoridades administrativas não causaria danos à fundação do Regime de 1964, ao contrário, para olhos mais distraídos passaria a falsa idéia de que haveria regime democrático no país. Já o indigesto conflito n.º 5.173, suscitado pelo nosso ilustre Presidente, representava justamente o outro lado da moeda: o Regime servilizante jamais, em nenhuma hipótese, poderia admitir decisão que desprestigiasse a Comissão Geral de Investigações.

Logo, o processo de atribuição no Regime Militar não foi totalmente sufocado. Processos que legitimassem o Poder Revolucionário, ou que pelo menos a possível decisão desfavorável não o colocasse em xeque, mereceriam julgamento de mérito.

Significaria que o Regime de 1964 proporcionou melhor ambiente político ao processo de atribuição do que o Estado Novo?

Sim, mas não porque o Regime de 1964 tenha sido menos autocrático. Na verdade, este período revolucionário foi favorecido pela brisa de jurisprudência mais democrática soprada desde a decadência do Estado Novo (a partir do caso n.º 1.399) até o apagar das luzes em março de 1964. Então, o mínimo de discernimento herdado no período democrático permitiu que no Regime Militar houvesse condições técnicas de filtrar-se somente os processos de atribuição que colidissem com a raiz da Revolução, caso o mérito fosse-lhes julgado. Desta forma, tudo indica que os Ministros evitassem julgar o mérito sempre que o processo de atribuição guardasse em si uma questão política totalmente inconciliável com o regime autocrático vigente, mas, por outro lado, tentavam manter a normalidade em relação a processos de atribuição com significado político menor.

14. A reabertura democrática proporcionou ambiente político cada vez menos hostil aos processos de atribuição, entretanto, não seria suficiente para livrar-nos da ingrata

herança de duas décadas de sistema autoritário, bastando conferir os exemplos de casos ocorridos na decadência do Regime Militar:

“Conflito de jurisdição.

- No caso, não se configura conflito de jurisdição [competência], uma vez que as autoridades judiciárias em causa estão atuando em terreno estritamente administrativo, e não em relação jurídica processual para a qual ambas pretendam ser competentes.

- Por outro lado, o S.T.F., em face do disposto na alínea “f” do inciso I do art. 119 da Constituição Federal, só é competente para julgar conflito de atribuições entre autoridade administrativa e judiciária, o que no caso, em que o conflito de atribuições existe entre autoridades judiciárias.

Conflito não conhecido”.¹⁸²

.....

“Conflito de atribuições. Hipótese em que ele não se configura.

Configura-se conflito de atribuições, a ser dirimido pelo Judiciário, não quando se fere entre autoridades administrativas, entre órgãos do Ministério Público, ou entre aqueles e estes, mas somente quando se verifica entre autoridades administrativas e judiciárias da União, ou entre autoridades judiciárias de um Estado e as administrativas de outro, ou do Distrito Federal e dos Territórios, ou entre estes e as da União. Nenhuma das hipóteses é a dos autos.

(...)”.¹⁸³

¹⁸² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **Conflito de Jurisdição n.º 6.394-6**. Suscitante: Tribunal Regional do Trabalho da Nona Região. Suscitado: Corregedoria da Justiça do Estado do Paraná. Interessados: Oficiais de Registro de Imóveis da Comarca de Ponta Grossa. Relator: Moreira Alves. Julgado em 10 de março de 1983. Disponível em: <<http://gemini.stf.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d=SJUR&n=-jul&s1=6394&u=http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/Jurisp.asp&Sect1=IMAGE&Sect2=THESOFF&Sect3=PLURON&Sect6=SJURN&p=1&r=1&f=G&l=20>>. Acesso em 16 de novembro de 2004.

¹⁸³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **Conflito de Atribuições n.º 24-5**. Suscitante: Ministério Público estadual. Suscitado: Ministério Público Federal. Relator: Aldir Passarinho. Julgado em 15 de maio de 1985. Disponível em: <<http://gemini.stf.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d=SJUR&n=-jul&s1=ca+24&u=http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/Jurisp.asp&Sect1=IMAGE&Sect2=THESOFF&Sect3=PLURON&Sect6=SJURN&p=1&r=1&f=G&l=20>>. Acesso em 16 de novembro de 2004, sublinhado no original.

Ao limitarem a competência para processar e julgar os conflitos de atribuição ao texto do art. 119, I, “f” da Carta de 1969, ambos os casos chocaram-se com a generosidade da interpretação firmada em 12 de maio de 1943 graças ao Ministro **OROSIMBO NONATO**, no histórico caso n.º 1.399. Igualmente não rende homenagem ao pensamento manifestado por **PEDRO LESSA** no caso **GUINLE**, em 1908. A propósito, o primeiro caso de n.º 6.394 tem um detalhe curioso: o Tribunal Regional do Trabalho da 9.ª Região sustentou que “os serventuários estaduais, pela prática de atos relativos à jurisdição trabalhista, ficam sujeitos aos provimentos do Presidente e do Corregedor do Tribunal Regional do Trabalho, e não da Corregedoria do Tribunal de Justiça do Estado”.¹⁸⁴ O Ministro relator **MOREIRA ALVES** sequer cogitou a quase centenária competência do Supremo Tribunal para processar e julgar conflitos federativos, denotando o mal que o sistema autocrático de 1964 causou para a vida e interpretação dos conflitos de atribuição e dos conflitos federativos.

Com a promulgação da Constituição de 1988, viu-se no capítulo precedente que a competência insculpida no art. 119, I, “f” da Carta de 1969 acabou sendo transferida para o Superior Tribunal de Justiça, nos termos do art. 105, I, “g”. Este novo Tribunal tem interpretado este dispositivo com a mesma rigidez do Supremo Tribunal no Regime Militar. Portanto, usualmente o Superior Tribunal de Justiça deixa de conhecer conflitos de atribuição que não se enquadrem na literalidade do art. 105, I, “g”:

“CONFLITO DE ATRIBUIÇÃO. PENAL. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. REPRESENTAÇÃO FORMULADA CONTRA PREFEITO. NÃO-ENQUADRAMENTO NO ART. 105, I, “G” DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. NÃO CONHECIMENTO.

Nos termos do disposto na alínea “g”, inciso I do art. 105 da Carta Magna, ao STJ compete processar e julgar “conflitos de atribuições entre autoridades administrativas e judiciárias da União, ou entre autoridades judiciárias de um Estado e administrativas de outro ou do Distrito Federal, ou entre as deste e da União”.

---

¹⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **Conflito de Jurisdição n.º 6.394-6...**, relatório do julgado, fl. 08.

Afastada a competência desta Corte na espécie, resultante do conflito suscitado entre o Ministério Público Federal e o Ministério Público Estadual, por não se enquadrar em quaisquer das hipóteses mencionadas. Precedente. Conflito não conhecido”.¹⁸⁵

Em 28 de março de 2000, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal chancelou esta interpretação do Superior Tribunal de Justiça no agravo regimental n.º 234.073-4.¹⁸⁶

Mudando o foco, a partir do julgado da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, depreende-se que este somente conhece de conflitos de atribuição que supostamente suscitem dúvidas de *natureza administrativa* entre as autoridades administrativa e judiciária:

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. CONFLITO DE ATRIBUIÇÕES. NÃO-CARACTERIZAÇÃO. COMBATE À DECISÃO JUDICIAL.

(...)

2. Dispõe o art. 105, I, da CF/1988, que cabe ao Superior Tribunal de Justiça processar e julgar originariamente o conflito de atribuições entre autoridades administrativas e

¹⁸⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Plenário. **Conflito de Atribuição n.º 155-PB (2004/0110672-8)**. Suscitante: Ministério Público Federal. Suscitado: Ministério Público do Estado da Paraíba. Interessados: José Targino Maranhão e Edmilson Gomes de Souza. Relator: José Arnaldo da Fonseca. Julgado em 13 de outubro de 2004. DJ de 03 de novembro de 2004, p. 130. Disponível também em: <https://ww2.stj.gov.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200401106728&dt_publicacao=03/11/2004>. Acesso em 16 de novembro de 2004.

¹⁸⁶ Ementa: “Compete ao Superior Tribunal de Justiça processar e julgar, originariamente, nos termos do art. 105, I, g, da Constituição Federal: ‘os conflitos de atribuições entre autoridades administrativas e judiciárias da União, ou entre autoridades judiciárias de um Estado e administrativas de outro ou do Distrito Federal, ou entre as deste e da União’. Na hipótese, observa-se que o conflito de atribuições se trava entre autoridades administrativas, em que figuram como suscitantes o Superintendente e o Corregedor da Polícia Federal e, como suscitados, representantes do Ministério Público Federal. Não se trata, portanto, de nenhuma das hipóteses mencionadas no referido dispositivo”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **Agravo Regimental n.º 234.073-4**. Agravantes: Luiz Glicério Silveira Ferrari e outro. Agravado: Ministério Público Federal. Relator: Néri da Silveira. DJ 28 de abril de 2000. Julgado em 28 de março de 2000. Disponível também no sítio digital em: <<http://gemini.stf.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d=SJUR&n=julg&s1=234073&u=http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/Jurisp.asp&Sect1=IMAGE&Sect2=THESOFF&Sect3=PLURON&Sect6=SJURN&p=1&r=1&f=G&l=20>>. Acesso em 16 de novembro de 2004.

judiciárias de um Estado e administrativas de outro, ou do Distrito Federal, ou entre as destes e da União.

3. O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento assentado de que *“O conflito de atribuições ocorre quando autoridades de dois Poderes diferentes, no desempenho de atividades administrativas, se julgam competentes para a edição de ato administrativo análogo”* (RSTJ n.º 28/25 e 28/30). *“Há conflito de atribuições quando duas ou mais autoridades se consideram competentes ou incompetentes para resolver assuntos de natureza estritamente administrativa* (3.ª Seção, CAT n.º 23/RJ, Rel. Min. Jesus da Costa Lima, DJ de 09/11/1992).

4. No caso em análise, trata-se de combate à decisão judicial. Sem relevo o fato de o julgador ter exorbitado ou não no ato de proferir o **decisum**. Essa circunstância pode ser atacada por via do recurso adequado. Tem-se certo que autoridade judiciária emitiu pronunciamento no conflito pleno exercício de suas atribuições jurisdicionais. Esse fato é suficiente para não caracterizar conflito de atribuições com autoridade administrativa”¹⁸⁷.

Nesta mesma linha, é útil atentar para o argumento do Ministro relator COSTA LIMA no conflito atribuição de n.º 23 citado na última ementa, e subscrito por unanimidade:

“(…)

10. Para arrematar, no sistema de jurisdição una como o nosso, não ocorre o conflito de competência entre a ordem administrativa e a ordem judiciária.

11. O que pode haver, no Brasil, é um conflito de atribuição ou de competência, em matéria administrativa, entre o Judiciário e o Executivo a respeito de atos administrativos materiais, pois órgãos do Judiciário também praticam atos administrativos. Não quando a matéria refoge a esse âmbito”¹⁸⁸.

¹⁸⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção. **Agravo Regimental no Conflito de Atribuição n.º 150-SP (2004/0028212-9)**. Agravante: Caixa Econômica Federal. Agravado: Sindicato da categoria profissional dos empregados e de trabalhadores em vigilância e segurança privada / conexos e similares de Campinas e Região – Sindivigilância Campinas. Relator: José Delgado. Julgado em 28 de abril de 2004. DJ de 31 de maio de 2004, p. 168. Disponível também em: <https://ww2.stj.gov.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200400282129&dt_publicacao=31/05/2004>. Acesso em 16 de novembro de 2004, constando do original marcações com letras maiúsculas, e em negrito e itálicos.

¹⁸⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Seção. **Conflito de Atribuição n.º 23-0-RJ (2004/0028212-9)**. Suscitante: Ministério Público Federal. Suscitado: Juízo Federal da 13.ª Vara do Rio de

JOSÉ CRETELLA JÚNIOR influenciou muito o Superior Tribunal de Justiça, e por isso suas palavras são bem elucidativas para entender referido Tribunal:

“No Brasil, entretanto [ao contrário da França], em que prevalece o princípio *una lex, una jurisdictio*, cabendo ao judiciário dizer a última palavra a respeito, não ocorre o chamado conflito ou choque de competências entre ordem administrativa e a ordem judiciária, porque ‘o poder administrativo’, no Brasil, não julga – não temos o sistema da administração-juiz. O que pode ocorrer, no Brasil, é o conflito de competências em matéria administrativa, entre o Judiciário e o Executivo, no caso dos atos administrativos materiais. ‘Entre autoridades judiciárias e as do Poder Executivo podem surgir conflitos, mas não de jurisdição, mas de atribuições, porque os órgãos do Poder Judiciário, embora excepcionalmente, também praticam atos administrativos, como a nomeação de funcionários das secretarias dos tribunais. Nesses casos, as dúvidas de atribuição são resolvidas pelos órgãos do Poder Judiciário, não mais nas vestes de administradores mas no exercício de suas funções jurisdicionais’ (MASAGÃO, *Curso*, 6. ed., 1977, p. 320). Se, por ex., o presidente do Tribunal de Justiça edita ato administrativo (ou recusa-se a editá-lo) e autoridade do Executivo entende que a faculdade de editar (ou não editar) este ato lhe pertence, ocorre o conflito, porque ambos os Poderes julgam ter a mesma atribuição, positiva ou negativa, ação ou inércia. Nessas hipóteses em que o Judiciário administra (pratica atos administrativos materiais), ocorre o conflito de atribuição entre a ordem administrativa e a ordem judiciária, em matéria administrativa, cabendo ao Judiciário, agora no exercício de suas normais funções judicantes, resolver o conflito”.¹⁸⁹

Como é possível notar, segundo **CRETELLA JÚNIOR**, o fato do Judiciário brasileiro possuir o monopólio da jurisdição confinaria o conflito brasileiro de atribuição aos limites da matéria administrativa. Em vista destas suas considerações, esclarece em outra obra que no Brasil, “se as autoridades são judicantes, o conflito é sempre de jurisdição

---

Janeiro. Relator: Costa Lima. Julgado em 22 de setembro de 1992. DJ de 09 de novembro de 1992, p. 20329. Disponível também em: <<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=conflito+23&&b=JUR2&p=true&t=&l=20&i=43>>. Acesso em 16 de novembro de 2004.

¹⁸⁹ CRETELLA JÚNIOR, José. Conflitos de Atribuição. In: LIMONGI FRANÇA, R. (Coordenação) *Enciclopédia Saraiva do Direito*. V. 18 (confissão-contencioso). São Paulo: Saraiva, 1978, p. 77.

[competência]; se administrativas, o conflito é de atribuição. Se judicantes, mas exercendo, por exceção, funções administrativas o conflito é igualmente *de atribuição*.”¹⁹⁰ Seguindo esta linha, conceitua conflito de atribuição nos termos a seguir:

“Como os três Poderes desempenham um *quantum* de administração, existem *atribuições administrativas* tanto no âmbito do Poder Executivo (a regra) como na esfera do Legislativo e do Judiciário (exceção).

Fazendo-se, pois, abstração dos Poderes (aspecto formal), para levar-se em conta, apenas, o exercício da atribuição (aspecto material), podemos dizer que ‘conflito de atribuição é a luta de competência administrativa entre agentes ou órgãos que entendem ser, simultaneamente, aptos ou não para o conhecimento e solução de determinado assunto, afastada, desde logo, qualquer idéia de jurisdição’.”¹⁹¹

Por aí se vê que a terminologia “conflito de atribuição” usada pelo Superior Tribunal de Justiça não coincide com a deste estudo, e quer significar, seguindo a literalidade do art. 105, I, “g” da Constituição de 1988, conflito entre autoridades administrativa e judiciária para praticar, ou deixar de praticar, ato de natureza administrativa:

“Conflito de atribuições. Inocorrência, no caso.

I – O conflito de atribuições ocorre quando autoridades de dois Poderes diferentes, no desempenho de atividades administrativas, se julgam competentes para a edição de ato administrativo análogo, hipótese não caracterizada nestes autos.

II – Conflito de que não se conhece”.¹⁹²

¹⁹⁰ CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários...*, p. 3.125, com itálico no original. É muito recomendável a leitura do estudo deste insigne jurista sobre conflito de atribuição, por ser um dos mais importantes publicados no Brasil. Athos Gusmão Carneiro segue a posição de Cretella: CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e Competência*. 13.ª edição. São Paulo: Saraiva, 2004, item “143”, p. 242.

¹⁹¹ CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários...*, p. 3.126, com itálico no original.

¹⁹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção. **Conflito de Atribuição n.º 16-0-RO (91.0014318-9)**. Suscitante: Cooperativa de Produção dos Garimpeiros de Ariquemes Ltda. Suscitados: Juízo Federal da 1.ª Vara de RO, Tribunal Regional Federal da 1.ª Região, Governador do Estado de Rondônia. Interessados: Ministério Público Federal, União Federal. Relator: Pádua Ribeiro. Julgado em 26 de novembro de 1991. *Revista do Superior Tribunal de Justiça*, n. 28, dezembro, 1991, p. 25 a 29.

.....

“CONFLITO DE ATRIBUIÇÕES – AUTORIDADES ADMINISTRATIVA E JUDICIÁRIA – MATÉRIA ADMINISTRATIVA NUNCA PROCESSUAL.

O conflito de atribuições surge quando autoridades judiciária e administrativa atribuem-se competência ou não para conhecimento e solução de matéria puramente administrativa. No caso o exercício é jurisdicional, privativo da autoridade judiciária.

Conflito não conhecido”.¹⁹³

Nos últimos anos, afastando-se do pensamento de PEDRO LESSA, tem prevalecido entre nós a idéia de conflito de atribuição como luta, choque, embate, em razão da etimologia da palavra.¹⁹⁴ JORGE TADEO FLAQUER SCARTEZZINI também segue exatamente esta linha:

“Inicialmente, registro que em qualquer dos ramos de Direito, o vocábulo conflito, do latim *conflictus* ou *conflictum*, significa ‘choque’, ‘controvérsia’, ‘luta’, ‘disputa’, ‘embate’. A palavra pertence a mesma raiz a que se filia o verbo *confligere*, que tem o sentido de ‘chocar-se’, ‘dar de encontro’. Descrevendo a fúria dos elementos, Virgílio, na *Eneida*, II, verso 417, disse: ‘*adversi venti confligunt*’. Logo, raro o campo do Direito em que não ocorra, a todo instante, o termo conflito para designar ‘forças opostas que se chocam’ ou, ainda, ‘disputa entre duas tendências incompatíveis. (...)’.¹⁹⁵

Em vista da perspectiva assumida pelo ilustre Ministro, continua sua exposição afirmando que o conflito de atribuição seria “lide” no sentido estrito do termo:

---

¹⁹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção. Conflito de Atribuição n.º 19-MG (91.0016207-8). Suscitante: Banco Itaú S/A. Suscitados: Juízo Federal da 1.ª Vara de MG, Juízo Federal da 6.ª Vara de MG, Juízo Federal da 11.ª Vara de MG, Juízo Federal da 12.ª Vara de MG, Juízo Federal da 13.ª Vara de MG, Juízo Federal de Juiz de Fora-MG, e Banco Central do Brasil. Relator: Garcia Vieira. Julgado em 19 de novembro de 1991. *Revista do Superior Tribunal de Justiça*, n. 28, dezembro, 1991, p. 30 a 33.

¹⁹⁴ Cf. CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários...*, p. 3.124.

¹⁹⁵ SCARTEZZINI, Jorge Tadeo Flaquer. Conflito de atribuições: noções gerais e aspectos relevantes. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, n. 05, janeiro-junho, 2000, p. 61 e 62.

“(...). Nesses embates, cuja finalidade é conhecer-se ou não de algo, faz-se mister uma autoridade mais alta que diga qual dos dois conflitantes deve tomar conhecimento e, após, decidir a questão objeto da disputa. Cumpre ressaltar que a resolução do conflito somente pode abarcar a escolha de um dos caminhos preconizados pelas próprias autoridades envolvidas na lide. A decisão judicial, aliás, como é comum a toda e qualquer decisão com esta natureza, deve-se limitar àquilo que é objeto do pedido”.¹⁹⁶

Ao esclarecer que a jurisdição contenciosa é aplicável aos conflitos em geral, incluindo-se aí o de atribuição, conceitua o conflito de atribuição como “disputa, entre dois agentes ou órgãos distintos, da competência administrativa para o conhecimento e solução de determinado assunto”.¹⁹⁷

O Supremo Tribunal Federal atualmente nega-se a processar e julgar na via principal quaisquer dos possíveis conflitos de atribuição, sob o fundamento de que tal competência teria passado integralmente ao Superior Tribunal de Justiça, conforme se depreende de seu atual Regimento Interno¹⁹⁸ e dos seguintes exemplos:

“COMPETÊNCIA. Conflito de atribuições entre autoridade judiciária do Estado do Rio de Janeiro e administrativa da União (CNP).

Competência originária para processar e julgar conflitos de atribuições que pela Carta anterior estava deferida ao Supremo Tribunal Federal (artigo 119, I, “f”) e que pela atual Constituição Federal, com pequena alteração de redação foi deslocada para o Superior Tribunal de Justiça (art. 105, I, “g”).

Questão de ordem que se decide no sentido de remeter os autos ao Superior Tribunal de Justiça para que examine da sua competência para o processamento e julgamento do presente conflito em face do novo texto constitucional”.¹⁹⁹

¹⁹⁶ Ibidem, p. 62.

¹⁹⁷ Ibidem, p. 63.

¹⁹⁸ Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Consolidado e atualizado até maio de 2002 por Eugênia Vitória Ribas. Brasília: STF, 2005. Disponível integralmente no sítio digital do Supremo Tribunal Federal, em: <http://www.stf.gov.br/legislacao/Regimento_Interno.pdf>.

¹⁹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **Conflito de Atribuição n.º 38-5-RJ**. Suscitante: Texaco Brasil S/A Produtos de Petróleo. Suscitados: Juiz de Direito da 16.ª Vara Cível da Comarca da Capital e Conselho Nacional do Petróleo. Interessados: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro e Pulvergetal Indústria e Comércio Ltda. e outros. Relator: Paulo Brossard. Julgado em 11 de outubro de 1989. DJ de 27 de

.....

“Conflito de competência.

- Inexiste, no caso, conflito de competência, porquanto este só pode existir entre autoridades e órgãos judiciários, e o ora suscitado – o Tribunal de Contas da União – não tem esta natureza, certo como é que não integra ele o Poder Judiciário.

- Por outro lado, não mais tendo esta Corte, em face da Constituição Federal atual, a competência para julgar *quaisquer* conflitos de atribuições - competência essa que passou para o Superior Tribunal de Justiça -, não pode ela deliberar sobre conflito de atribuições, pois essa deliberação já implica julgamento do conhecimento dessa espécie de conflito.

Conflito de competência que não se conhece, por inexistente”.²⁰⁰

Logo, denota-se que na hipótese do conflito de atribuição não se encaixar perfeitamente na citada alínea “g” do inciso I do art. 105, não há como o conflito ser resolvido diretamente por algum Tribunal Superior, pois as formações do Supremo Tribunal a partir do Estado brasileiro pós-1988 simplesmente lavaram as mãos em relação aos conflitos de atribuição. Há, portanto, uma lacuna de competência para processamento e julgamento de conflitos de atribuição. É bem verdade que nos conflitos de atribuição de n.º 11²⁰¹ e 13,²⁰² ambos envolvendo o Tribunal de Contas da União e Tribunais Regionais do

---

outubro de 1989. Disponível também em: <<http://gemini.stf.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d=SJUR&n=-jul&s1=ca+38&u=http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/Jurisp.asp&Sect1=IMAGE&Sect2=THESOFF&Sect3=PLURON&Sect6=SJURN&p=1&r=1&f=G&l=20>>. Acesso em 16 de novembro de 2004.

²⁰⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **Conflito de Jurisdição n.º 6.989-8-DF**. Suscitante: Tribunal Regional do Trabalho da 8.ª Região. Suscitado: Tribunal de Contas da União. Relator: Moreira Alves. Julgado em 02 de agosto de 1991. DJ de 21 de agosto de 1991. Disponível também em: <<http://gemini.stf.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d=SJUR&n=-jul&s1=6989&u=http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/Jurisp.asp&Sect1=IMAGE&Sect2=THESOFF&Sect3=PLURON&Sect6=SJURN&p=1&r=1&f=G&l=20>>. Acesso em 16 de novembro de 2004.

²⁰¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção. **Conflito de Atribuição n.º 11-SC (90.4843-5)**. Suscitante: Tribunal Regional do Trabalho da 12.ª Região. Suscitado: Tribunal de Contas da União. Interessado: João Gomes. Relator: José de Jesus Filho. Julgado por unanimidade em 13 de novembro de 1990. *Revista do Superior Tribunal de Justiça*, n. 19, março, 1991, p. 47 a 49

Trabalho da 12.^a e 9.^a Regiões, respectivamente, o Superior Tribunal de Justiça determinou a remessa dos processos para o Supremo Tribunal, de acordo com a jurisprudência deste, porquanto julgou o Tribunal de Contas um Tribunal Superior, e portanto, prevaleceria o art. 102, I, “o” da Constituição Federal. De fato estas decisões não estavam preocupadas em preencher a sobredita lacuna de competência; sequer foram raciocinadas com base na idéia de conflito de atribuição.

Ainda é útil tratar do conflito entre Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e o Banco Central do Brasil (BACEN). O objeto deste conflito diz respeito à atribuição administrativa de controlar atos de concentração econômica, cujos envolvidos sejam instituições financeiras. Para tentar solucionar esta grave dúvida, é sabido que a Advocacia Geral da União, em 2001, exarou parecer favorável ao BACEN e que obteve o beneplácito da Presidência da República.²⁰³

A partir daí houve séria e fecunda controvérsia para saber se o parecer da Advocacia Geral da União poderia vincular um órgão como o CADE que, a despeito de estar na órbita da administração federal indireta, goza de garantias que lhe proporcionam alto grau de autonomia para a condução de sua atividade-fim.²⁰⁴

A discussão promete reacquer, pois o CADE recentemente contrariou o parecer da Advocacia Geral da União aprovando fusão bancária.²⁰⁵ Esta decisão do CADE desautorizou o parecer da Advocacia Geral, e devolveu à arena dos debates dúvida muito relevante: a quem caberia julgar os conflitos entre agências independentes quando estiverem no exercício de suas atividades-fins? Para a solução deste tipo de conflito seria

---

²⁰² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção. **Conflito de Atribuição n.º 13-PR (90.95174)**. Suscitante: Tribunal Regional do Trabalho da 9.^a Região. Suscitado: Tribunal de Contas da União. Interessado: João Gomes. Relator: Hélio Mosimann. Julgado por unanimidade em 13 de novembro de 1990. **Revista do Superior Tribunal de Justiça**, n. 19, março, 1991, p. 127 a 129.

²⁰³ Para entender as minúcias do conflito CADE-BACEN, confira a obra a seguir, sobretudo o parecer da Advocacia Geral da União: CAMPILONGO, Celso Fernandes; VEIGA DA ROCHA, Jean Paul C.; LESSA MATTOS, Paulo Todescan (Coordenadores). **Concorrência e Regulação no Sistema Financeiro**. São Paulo: Max Limonad, 2002. É também útil consultar o seguinte artigo: SALOMÃO FILHO, Calixto. **Condutas anticoncorrenciais no setor bancário**. **Revista de Direito Mercantil**, n. 114, p. 51 a 62.

²⁰⁴ Lei n.º 8.884 de 11 de junho de 1994, art. 4.º ao 6.º, 40, 50.

aplicável o raciocínio similar aos conflitos de atribuição e federativos? São indagações cujas respostas não podem mais ser adiadas, pois inegavelmente a perpetuação do aludido conflito penaliza brutalmente um país dependente de investimentos externos.

Ainda tratando do CADE, a Lei n.º 8.884 de 11 de junho de 1994 prevê em seu art. 29 duas ações condenatórias, com objetos de cessação de práticas que constituam infração da ordem econômica e reparação de danos. Também alterou a Lei n.º 7.347 de 24 de julho de 1985, no inciso II de seu artigo 5.º, ampliando o objeto da ação civil pública pelos prejuízos causados por infração à ordem econômica. Estes dispositivos proporcionam maior entrelaçamento entre a atividade jurisdicional e administrativa, ampliando a possibilidade de existir conflito de atribuição nos termos expendidos por **BOTELHO DE MESQUITA**:

“Essas ações [referindo-se às condenatórias de não fazer e de reparação de danos, do art. 29 da Lei n.º 8.884 de 11 de junho de 1994] conferem ao poder Judiciário, senão integralmente, pelo menos em boa parte, as atribuições do CADE, no que respeita ao controle e repressão das práticas que constituam infração da ordem econômica; ressalvadas, naturalmente, as diferenças entre os interesses tutelados.

No que respeita à relação entre as ações para a cessação da prática que constitua infração da ordem econômica e o processo administrativo perante o CADE, observa-se que tanto aquelas como este têm por objetivo a criação de um título executivo contra o infrator. Decorre daí a possibilidade de virem a ser entre si diferentes ou até mesmo contraditórias as decisões resultantes do processo judicial e do processo administrativo

Surge assim a possibilidade de conflito de atribuições entre autoridades administrativas e judiciárias, como, por exemplo, na hipótese de ser determinada liminarmente medida cautelar pela autoridade judiciária, estando pendente *compromisso de cessação* ou *compromisso de desempenho* validamente celebrado perante a autoridade administrativa, em que se disponha de modo diferente a respeito da mesma matéria”.²⁰⁶

²⁰⁵ BASILE, Juliano. Cade desafia AGU e aprovação de fusão de bancos [sic]. *Valor Econômico*. Seção de Finanças. São Paulo, 28 de outubro de 2004, p. C2.

²⁰⁶ BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio. A execução das decisões do CADE. *Revista Forense*, n. 344, p. 118, item “17”, itálico no original.

A propósito, em 1985 o Supremo Tribunal Federal enfrentou o conflito de atribuição n.º 35 ocorrido entre Juízo estadual da capital do Rio de Janeiro e o Conselho Monetário Nacional-Banco Central do Brasil.²⁰⁷ Provocado pelo Ministério Público do Estado, referido Juízo concedeu liminar editando normas genéricas para conduta dos Bancos suscitantes, as quais seriam de atribuição do Conselho Monetário Nacional. O conflito foi acolhido parcialmente porquanto esta edição foi considerada inconstitucional e, conforme precisa narração de WALD,²⁰⁸ o Supremo dividiu-se em duas correntes: a mais liberal e vencedora liderada pelo Ministro SYDNEY SANCHES, entendendo que os Bancos possuíam legitimidade para suscitarem o conflito e que o Supremo Tribunal possuía competência para julgá-lo, e a vencida liderada pelo Ministro MOREIRA ALVES:

“Parece-me, pelas razões que já expendi, que, no caso, não há, obviamente, conflito de atribuições, que pressupõe uma atribuição administrativa para a qual duas autoridades diversas se arroguem na competência. Aqui não há uma atribuição, com duplicidade de afirmações de competência para o exercício dela, mas um Juiz que concedeu uma liminar (ato jurisdicional de sua competência) e o Banco Central que anteriormente havia estabelecido normas (competência normativa) não respeitadas por aquele despacho.

Por isso, não conheço do presente conflito”.²⁰⁹

Destarte, a possibilidade de conflito Judiciário-CADE aventada por BOTELHO DE MESQUITA mostra-se realista, e quanto mais o CADE firmar-se na cultura econômica do país, mais este conflito torna-se inevitável. Assiste, outrossim, razão a WALD – que obrou

²⁰⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **Conflito de Atribuição n.º 35-1-RJ**. Suscitantes: Banco Brasileiro de Descontos S/A e outros. Suscitados: Juiz de Direito da 20.ª Vara Cível da Comarca da Capital do Rio de Janeiro, Conselho Monetário Nacional e Banco Central do Brasil. Interessado: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Sydney Sanches. Julgado em 02 de dezembro de 1987. DJ de 01 de dezembro de 1989. Disponível também em: <<http://gemini.stf.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d=SJUR&n=julg&s1=ca+35&u=http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/Jurisp.asp&Sect1=IMAGE&Sect2=THESOFF&Sect3=PLURON&Sect6=SJURN&p=1&r=1&f=G&l=20>>. Acesso em 19 de novembro de 2004.

²⁰⁸ WALD, Arnoldo. A recente evolução do conflito de atribuições. *Revista de Processo*, n. 71, p. 237 a 239; escrito pelo mesmo autor: Conflito de atribuições e reforma constitucional. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 09, 1995, p. 31 a 39.

²⁰⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **Conflito de Atribuição n.º 35-1-RJ...**, voto do Senhor Ministro Moreira Alves, fl. 73. Ou cf. WALD, Arnoldo, A recente..., op. cit., p. 238; Conflito de atribuições..., op. cit., p. 35.

diretamente neste caso n.º 35 – quando sustenta que a introdução da ação civil pública no Direito brasileiro aumenta a probabilidade de manejo do processo de atribuição.²¹⁰

Ainda é útil comentar o voto do eminente Ministro **MOREIRA ALVES**. Conforme pôde ser visto, a posição dele é hoje largamente defendida pelo Superior Tribunal de Justiça, e desvela um detalhe da maior importância: em sua visão, somente autoridades pretendendo praticar ato de natureza administrativa poderiam suscitar o conflito, caso contrário este não poderia ser reconhecido. É claramente uma posição que se amolda com mais facilidade ao conceito processual de lide, já que somente a autoridade poderia vir a juízo defender sua atribuição.

15. Não se pode fechar os olhos para um fato inegável: a longa e profunda tradição autoritária brasileira obsidia impiedosamente o processo de atribuição.

Por melhor que seja qualquer tese de Direito Processual, só se pode modificar a realidade dos conflitos brasileiros de atribuição quando houver generalizada querença. Se existir genuína e sincera pretensão de tornar útil o processo de atribuição à sociedade brasileira, é preciso que esta mesma sociedade repense seu comportamento político, e esteja plenamente cônica de que o almejado equilíbrio entre os ramos de poder reside no coração de cada um de seus cidadãos, os primeiros e únicos juizes que podem impor obediência às garantias conquistadas e convencionadas. A ausência de disposição para defender a própria liberdade faz do processo brasileiro de atribuição um simples adorno, quando não usado para legitimar a concentração de poder. É a sentença irrecorrível de nossa história.

---

²¹⁰ WALD, Arnoldo, A recente..., p. 241; Conflito de atribuições..., p. 39.

§ 3.º CONCLUSÃO DA PRIMEIRA PARTE: EXPERIÊNCIA OBTIDA COM OS CAPÍTULOS PRECEDENTES E QUESTÕES RELEVANTES A SEREM INVESTIGADAS.

SUMÁRIO: 16. Necessidade de construção de uma teoria processual brasileira própria aos conflitos brasileiros de atribuição – 17. A origem dos conflitos brasileiros de atribuição – 18. Processo de atribuição e tendências históricas – 19. A espécie de jurisdição aplicável – 20. Questão prévia: conceito de conflito de atribuição – 21. O caminho evolutivo do atual conceito jurisprudencial – 22. Reação do Judiciário: renúncia ao papel de guardião do equilíbrio dos centros-de-força – 23. Parcela de culpa do Judiciário: o abuso da renúncia – 24. Tendência da praxe constitucional brasileira = Palavreado - Ação.

16. Produto de uma tendência geral de contraposição ao absolutismo e também de maior racionalização do exercício de poder, o Estado brasileiro pós-1988 possui pluralidade de centros-de-força. Em vista desta fragmentação e da ausência de subordinante comum entre os fragmentos, surge a necessidade de que terceiro julgue os possíveis conflitos.

Mas a jurisprudência sugere que o processo brasileiro de atribuição está deveras amesquinhado, e não exclusivamente pelo nosso costume político autoritário, mas concorre também, ainda que em menor grau, a inexistência de teoria processual para os conflitos em estudo. Evidentemente não se está olvidando as contribuições doutrinárias existentes, contudo, não se pode negar que o objeto em estudo – pelo menos no Brasil – trata-se de expedição perdida em terras desconhecidas. É preciso socorrê-la firmando bases seguras para seu estudo, e então haverá condição do pensamento brasileiro tomar corpo, auxiliando no fortalecimento do sistema democrático brasileiro.

Com este fim, a teoria processual que se pretende apresentar possui a finalidade de colocar em bases teóricas ampla e sedimentada prática processual brasileira de solucionar conflitos de atribuição na via principal. “Colocar em bases teóricas” é principalmente explicar o processo que serve para solucionar os conflitos de atribuição (qual o modo de exercer jurisdição, pressupostos processuais, condições de ação, etc.), ajustando-o melhor às necessidades da “res in judicium deducta” (não servindo apenas para solucionar conflitos entre autoridades administrativas e judiciárias). Neste sentido, uma teoria processual dos conflitos brasileiros de atribuição seria poderoso aliado para fortalecer nosso sistema constitucional pós-1988.

17. O primeiro passo para resgatar a expedição perdida é entender onde exatamente o problema começa no Brasil, e as duas seções precedentes fornecem precisos subsídios para esta resposta.

Somente a partir da República o problema dos conflitos de atribuição ganha autenticidade no Brasil, porquanto é neste ponto que se pugna com mais vigor pela efetiva consolidação da separação dos ramos de poder e do regime federativo. Testemunham em favor desta conclusão os julgamentos da República Velha no Supremo Tribunal Federal, palco de muitas disputas travadas entre os fragmentos de poder.

Em linhas gerais, todo o período imperial limitou-se a contribuir sobretudo com a estabilização política do país. Com referência específica ao Segundo Reinado, não se pode confundir os cinquenta anos de razoável estabilidade política com o parlamentarismo “inglês”, ou com real separação no exercício do poder. Este é o motivo pelo qual o Segundo Reinado foi pródigo em produzir conflitos de atribuição administrativa, e não conflitos de atribuição.

Para ajudar a entender esta ausência de separação de Poderes, somando a tudo que foi dito até aqui é proveitoso mencionar quatro “habeas corpus” de 1851, 1878, 1880, e 1883, todos concedidos pelo Judiciário do Império com o fim de neutralizar ordens administrativas de prisão. Os quatro casos são bem resumidos por RUI BARBOSA em artigo intitulado: “Posições invertidas; a liberdade no Império; a opressão na República. Os arestos da justiça imperial mantendo “habeas corpus” contra a sentença da justiça republicana denegando-o”.¹ Este artigo faz parte de toda uma série escrita por ele, na qualidade de jornalista, contestando injusta denegação de *habeas corpus* pelo Supremo Tribunal Federal em 1892.² Após o mencionado artigo, RUI BARBOSA lança outro com o

---

¹ BARBOSA, Rui. Posições invertidas; a liberdade no Império; a opressão na República. Os arestos da justiça imperial mantendo *habeas corpus* contra a sentença da justiça republicana denegando-o. In: **Obras Completas de Rui Barbosa**. Vol. XIX (1892), Tomo III..., p. 257 a 267.

² O *habeas corpus* pode ser consultado em: *Ibidem*, p. 1 a 136.

provocativo título “Lição de liberdade constitucional, dada pelo imperial Conselho de Estado ao Supremo Tribunal republicano”.³

Segundo RUI BARBOSA, estes quatro “habeas corpus” foram concedidos pelo Judiciário Imperial, mas só conseguiram neutralizar as ordens de prisão administrativa porque o Imperador decidiu neste sentido após ouvir o Conselho de Estado. Tanto que RUI BARBOSA exalta os votos dos Conselheiros de Estado. Somente a ordem de soltura de 1851 prevaleceu independente da chancela Imperial, porquanto neste caso o Procurador da Coroa não suscitou o antigo e já referido “conflicto de jurisdição”.

Como disse o próprio RUI BARBOSA, não se pode negar a lição de liberdade dada pelo Conselho de Estado ao reconhecer que o “habeas corpus” era remédio válido contra qualquer constrangimento, excetuando a prisão militar. Todavia, o que interessa ao presente estudo é que *a última palavra de soltura não foi do extinto Supremo Tribunal de Justiça, mas sim do Imperador*. Ouvido o Conselho, foi ele quem decidiu que as ordens judiciais de soltura deveriam prevalecer sobre as ordens administrativas de prisão.⁴⁻⁵ Por tal razão, se não for a principal chave para entender com profundidade o sistema político-jurídico do Império, é magnífico o estudo do Conselho de Estado por exteriorizar com nitidez a centralização do poder neste período, provando que o Brasil imperial era incapaz de conviver com os conflitos de atribuição.

18. O estreitamento da competência do Supremo Tribunal Federal para processamento e julgamento de conflitos híbridos, de atribuição, e de natureza federativa; a redução das dúvidas de atribuição entre órgãos estatais à luta política no interesse dos

³ Ibidem, p. 268 a 280.

⁴ A primeira razão para as concessões do Imperador é que ele não possuía pendores para o autoritarismo, e neste ponto os historiadores são concordes. Além da elevação moral de nosso segundo Imperador, Rui Barbosa rememora o destino trágico de Carlos I [Charles I] decorrente de sua tirania, e por isto indica que por trás das concessões do Imperador poderia haver também a preocupação de evitar uma possível revolução, caso a garantia do *habeas corpus* fosse ceifada. (Ibidem, p. 278)

⁵ Cf. também exposição no mesmo sentido de Rui Barbosa, detalhando votos dos Conselheiros de Estado: ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. *O Processo Criminal Brasileiro*. Vol. II. 3.^a edição. Rio de Janeiro: Typ. Baptista de Souza, 1920, Título II (O “habeas corpus”), cap. III (Conflitos de atribuições entre o poder

próprios conflitantes; o monopólio de legitimidade das autoridades conflitantes para suscitar os mencionados conflitos; dentre outras, são algumas das tendências jurisprudenciais típicas da herança centralizadora do Império brasileiro, e que por meio de argumentos sinuosos consagraram-se nas ditaduras do Estado Novo e do Regime Militar de 1964. Se a imagem do problema foi realmente bem focalizada pelas lentes deste estudo, pode-se dizer com tranquilidade que estas tendências são típicas dos sistemas autoritários que existiram no Brasil, constituindo sérias deficiências quando comparadas ao ideal democrático pós-1988.

Se é assim, não seria compreensível menosprezar a experiência haurida na história brasileira, cujo proveito ultrapassa a função de recomendar o rumo a ser tomado na resolução das deficiências apontadas, influenciando diretamente na questão fundamental da espécie de jurisdição compatível com o processo de atribuição.

19. Viu-se que não se encontra na jurisprudência brasileira manifestação expressa a respeito da espécie de jurisdição aplicável ao processo de atribuição, apesar de predominar dissimuladamente a tendência de tratar os conflitos como embates que reclamam a aplicação de jurisdição contenciosa.

Novamente, se este estudo realmente focalizou bem a imagem do problema, a referida tendência é fruto de uma idéia bastante difundida em povos desabitados a praticarem ideais democráticos. Nesta perspectiva, naturalmente os governantes vêem os conflitos exclusivamente como uma luta de interesses próprios, enquanto isso, mesmo assistindo sua liberdade sendo objeto de pérfidas disputas fundadas quase que exclusivamente em interesses pessoais, a maioria do povo usualmente permanece estática e complacente por sua própria cegueira.

Nossa história oferece indicativo de que a jurisdição contenciosa ajusta-se melhor a este quadro primitivo, pois o órgão julgador do conflito despe-se da função suprema de regulador do equilíbrio dos centros-de-força, para julgar os conflitos tomando como ponto de vista o simples interesse de cada um dos conflitantes. Sem embargo de

eventuais opiniões dissidentes, com relação ao processo de atribuição a jurisdição contenciosa parece ser meio caminho entre duas extremidades: uma é a resolução do conflito de atribuição pelo arbítrio, e a outra pelo ideal de justiça tomando-se como referência uma das mais valiosas garantias de liberdade do povo.

De qualquer forma, quando o estudo detalhar melhor o raciocínio e chegar a um resultado mais sustentável a respeito da espécie de jurisdição aplicável ao processo de atribuição, as portas abrir-se-ão para investigações relacionadas à ação e ao processo de atribuição.

20. Entretanto, deve-se entender que esta investigação jurisdicional depende diretamente de outra prévia, e que diz respeito à precisa conceituação do que sejam os conflitos brasileiros de atribuição. Somente com este domínio teórico haverá possibilidade de determinar a que fim o processo de atribuição servirá: se ao interesse dos próprios conflitantes, ou ao interesse de manutenção e regulação do equilíbrio entre os centros autônomos de força.

21. Atualmente, conforme visto, a interpretação predominante no Superior Tribunal de Justiça diz que o conflito de atribuição é a “luta de competência administrativa entre agentes ou órgãos que entendem ser, simultaneamente, aptos ou não para o conhecimento e solução de determinado assunto, afastada, desde logo, qualquer idéia de jurisdição”.⁶ A justificativa para este entendimento, vista no capítulo precedente, esteia-se no argumento de que o Judiciário possui o monopólio da jurisdição, logo, não seria possível a Administração sustentar a prática de ato tipicamente jurisdicional.

Pedindo a devida licença, com a mais superficial análise este argumento é muito duvidoso logo de saída, na medida em que a existência do monopólio de jurisdição necessariamente não afasta eventuais dúvidas. Esta assertiva é tão verdadeira, que existiram inúmeros conflitos de atribuição sendo resolvidos pela via incidental logo no limiar da República brasileira.

Conselho de Estado do Império), p. 337 a 352.

Sendo assim, é necessário que todos voltemos pelo corredor da história para entendermos o que realmente há por trás da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Rememoremos o mencionado caso n.º 1.332, no qual o Ministério Público, por meio de seu representante **GABRIEL REZENDE DE PASSOS**, afirmou que “admitir a possibilidade do conflito [entre autoridade administrativa da União e autoridade judiciária estadual] é, no caso, diminuir o Judiciário, pois seria admitir que à sua vontade no ordenar a aplicação da lei se oponha outra vontade”.⁷ A esta altura o leitor está familiarizado com o caso, e portanto não deve sentir dificuldade em notar que este argumento, de fato, sugeria duas idéias: primeira, a de que não haveria conflito pela superioridade do ditador, prevalecendo sempre sua vontade; segunda, para pressionar os julgadores, a de que seria mais confortável admitirem não existir o conflito, pois qualquer tentativa de enfrentar o ditador seria vã.

Esta significação é inequívoca, pois não foi o próprio Ministério Público que neste caso n.º 1.332 defendeu o prevalecimento da “vontade popular” sobre a ordem judicial, vale dizer, de **GETÚLIO VARGAS** sobre o Judiciário? É importantíssimo lembrar que esta opinião proferida queria dizer que a recusa da autoridade fiscal em cumprir a requisição judicial seria justa e constitucional. Todos vimos que esta idéia fez parte da conclusão do insigne Procurador.

Voltando um pouco mais no corredor do tempo, não era torrencial na República Velha este idêntico tipo de recusa? A Administração Pública deste período histórico não continuava a comportar-se como se estivesse ainda sob o manto protetor do ramo Moderador? Não precisou de corretivos a serem aplicados por meio dos processos judiciais, para que se reeducasse no então principiante sistema político-jurídico de 1891?

Voltando além da República Velha, o Judiciário não era verdadeiro simulacro de ramo de poder no sistema monárquico? Não cabia ao Conselho de Estado, representando a vontade do Imperador, delimitar o campo de trabalho do Judiciário? Não era absolutamente comum que o Judiciário fosse excluído para processar e julgar inúmeros

---

⁶ CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários...*, p. 3.126.

casos, sob o argumento de que eles abordariam matéria administrativa? Enfim, não era a Administração brasileira quem ditava com rigor e exatidão o que o Judiciário poderia ou não julgar?

22. É exatamente contra esta subjugação monárquica que o Judiciário brasileiro luta desde a proclamação da República até hoje. É o que toda a extensão do caminho de volta denuncia. É evidente que o país atual é muito diferente como um todo, mas é um grave equívoco pensar que todos os fantasmas da Monarquia brasileira desapareceram. A centralização está mais viva do que nunca: o cetro do Imperador, na prática, é revivido em não poucas oportunidades pelo Executivo.

Então, qual foi a reação do Judiciário para enfrentar o enorme desafio de conquistar principalmente sua emancipação político-econômica? Que fizeram as gerações de juízes neste mais de um século de República para chegar a este fim ?

Não cabe na estreiteza deste estudo uma análise ampla do fenômeno, mas, sem dúvida, hoje mais do que nunca o Judiciário manifesta sua sede de poder para ter condições de arrostar seus inimigos naturais, e reverter sua histórica submissão. Em tese não há mal nesta postura, pois é sabido que o Judiciário brasileiro carece de independência econômica, e este fato torna-o dependente do Executivo. Lutar pela emancipação econômica para ter condições de falar alto no jogo político é mais do que justo, e atende ao interesse do cidadão. O problema surge quando a referida sede torna-se uma obsessão praticamente fora de controle, movida pelo desejo de reatar – ou talvez seja melhor dizer “atar” – relação de confiança com o jurisdicionado. A partir da queda do Regime Militar, o processo brasileiro tem sido alvo de grandes reformas que desenharam a tendência de absorção da jurisdição contenciosa pela voluntária, ou de alargamento desta em prejuízo do império da lei.⁸

Especificamente em relação ao objeto do presente estudo, para lutar contra a histórica submissão em relação ao Executivo, o Judiciário tenta expungir de todo o modo

---

⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Conflito de jurisdição n.º 1.332, op. cit., p. 298.

⁸ A propósito, cf. o estudo de BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio. As novas tendências... In: *Teses, Estudos...*, V. 1, no qual se aborda com riqueza de detalhes os motivos da expansão da jurisdição voluntária brasileira em prejuízo da legalidade.

quaisquer interferências daquele, e é esta a razão de firmar na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça a tese de que jamais pode haver conflito de atribuição entre autoridades administrativa e judiciária, quando esta estiver no exercício da jurisdição. *Este argumento parece mesmo ser uma das peças que compõe a pretendida armadura, que o Judiciário tenta levantar contra as históricas e abusivas investidas da Administração. É o que está por trás da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.*

A intenção é mais que justa, porém, de forma alguma tem atendido aos reclamos do sistema político do país, como foi visto no capítulo precedente.

Com este conceito de conflito de atribuição, o Judiciário é obrigado a não conhecer da maioria dos conflitos na via principal, e isto naturalmente lhe força a renunciar boa parte do papel de guardião e supremo julgador do equilíbrio federativo e dos ramos de poder na referida via jurisdicional, papel este reconhecido pelo Judiciário a partir do histórico caso n.º 1.399.

Diante desta constatação, pergunta-se: se a Administração Pública pretender praticar ato que em tese seria de atribuição de juiz, não poderia o Judiciário conhecer do conflito suscitado e atribuir a prática do ato ao juiz competente? Reconhecer a existência do conflito diminuiria mesmo o Judiciário? A história indica justamente o oposto: se o Judiciário reconhece a existência do conflito entre autoridades administrativa e judicial, mesmo que esta esteja no exercício da função jurisdicional, o Judiciário estaria reafirmando a posição de julgador supremo dos conflitos de atribuição no sistema político-jurídico brasileiro.

23. Por esta linha de abordagem o conceito sustentado pelo Superior Tribunal de Justiça é incompleto e mutilado no sistema político-jurídico brasileiro pós-1988. O erro é que ao tentar armar-se contra o Executivo com esta mutilação, renuncia na via principal ao papel de julgador supremo do sistema federativo e de ramos de poder, limitando-se a resolver conflitos administrativos entre Judiciário e Administração. Mas porque não pode julgar conflitos envolvendo outros centros-de-força? A limitação fundada na dicotomia Administração-Judiciário não é reminiscência do sistema autocrático monárquico brasileiro, hoje bastante incompatível com o sistema republicano inspirado na grande

República estadunidense? Aliado a esta limitação subjetiva, por que também só pode haver conflitos que envolvam matéria administrativa? Esta pequenez não era justamente o que mais cobiçavam os homens solidários e comprometidos com os sistemas autocráticos que existiram no Brasil? Não queriam eles extinguir por completo o próprio processo de atribuição, ou reduzi-lo ao desempenho do insignificante papel de confirmar a suposta legitimidade da autoridade centralizadora? Ou pior, não houve mesmo processos de atribuição que os militares golpistas de 1964 não se importaram com o julgamento de mérito mesmo desfavorável ao Poder Central, pois tais processos não torpedeavam a raiz do sistema autocrático e emprestavam ao país imagem de sócio e praticante da democracia, na mais refinada hipocrisia?

Conforme é possível notar, nosso passado pesa uma tonelada sobre os ombros do Judiciário. De qualquer forma, ainda que o fim visado seja a imunização contra os abusos administrativos, está claro que a renúncia do Judiciário trilha o caminho do autoritarismo, e caso continue neste sentido não demorará a despontar como ramo de poder tão infiel à democracia quanto a própria tradição do Executivo brasileiro. É preciso não esquecer que a partir do princípio içado na jurisprudência brasileira, pelos grandes **PEDRO LESSA** e **OROSIMBO NONATO**, não pode o Judiciário renunciar ao dever de manter o equilíbrio federativo e dos ramos de poder na via principal pois na pior das hipóteses este dever é consequência do próprio sistema político brasileiro, ou infere-se das dobras de nosso Pacto Maior. De fato, se esta renúncia fosse premeditada seria um escândalo inqualificável, já que se trataria do abandono de seu povo, da negativa de servi-lo.

O conceito jurisprudencial de conflitos de atribuição, ou a grave renúncia que o Judiciário perpetra inconscientemente, é o melancólico resultado de uma justa política que tem sido conduzida pelo Judiciário com planejamento muito aquém do mínimo necessário. A pretensão do Judiciário em construir uma muralha alta, resistente, e poderosa contra as históricas investidas administrativas, arrasta-lhe a um isolamento que de maneira alguma garante imunidade contra elas, e pior: este isolamento está ceifando qualquer comunicação com o jurisdicionado, seja ele o cidadão ou os outros centros-de-força. Concretamente falando, este corte no canal de comunicação é constituído por inúmeros julgamentos abusivos que se negam a enfrentar o mérito de conflitos perfeitamente sustentáveis, deixando a liberdade do cidadão brasileiro exclusivamente à deriva das correntes partidárias e dos interesses pessoais, estes na maioria das vezes guardados a sete chaves,

disfarçados com um jogo ilusório de palavras. Por este ângulo, o próprio Judiciário brasileiro possui sua parcela de culpa ao contribuir para que a política brasileira não caminhe em direção ao virtuosismo, realimentando o autoritarismo no ambiente político pós-1988, e esta tendência autoritária pressiona o banimento do processo de atribuição de nosso Judiciário, despojando a sociedade brasileira de maior garantia de fragmentação do poder. É este círculo vicioso que o Judiciário brasileiro urge cortar, e não o canal de comunicação com os jurisdicionados nos processos de atribuição.

Esta repercussão devastadora no processo de atribuição – o corte no canal de comunicação –, vista pela ação, significa que tanto o jurisdicionado-cidadão quanto os centros autônomos de poder estão limitados a um mero direito ao processo. Na verdade, o direito da ação de atribuição está quase todo absorvido pelo direito de petição. Este fato é intolerável, pois nem mesmo no campo da jurisdição voluntária o direito de ação corresponde ao direito a uma decisão qualquer, vale dizer, a ação não é puramente abstrata conquanto vigore o princípio do indiferente jurídico pelo teor do art. 1.109 do CPC.

Com estas breves considerações, é preciso repensar muito seriamente e com profundidade o atual conceito de conflito de atribuição que tem sido praticado pela jurisprudência brasileira. Este parece ser o único caminho possível para a construção de uma teoria processual brasileira coerente com a elevada missão entregue ao Judiciário brasileiro desde 1891.

24. Concluindo a primeira parte do estudo, muito das falhas do processo de atribuição brasileiro deve-se a toda nossa hipocrisia constitucional. Ao tratar do que chamou de “insinceridade normativa”, **LUÍS ROBERTO BARROSO** não esqueceu de disreterar a respeito dos sistemas autocráticos: “Mais freqüente, todavia, é a farsa de regimes autoritários que ocultam a violência, o privilégio e a miséria por detrás de uma fachada constitucional copiada do mostruário liberal-democrático. Tratam, assim, de talhar nas Cartas que outorgam os princípios fundamentais do modelo: a representação popular, o sufrágio universal, as liberdades públicas, os direitos humanos. Por vezes, esmeram-se até mesmo em manter em simulado funcionamento certas instituições e institutos jurídicos, como o Parlamento, a responsabilidade dos governantes, o controle jurisdicional. Quase todos os regimes políticos, mesmo as ditaduras mais retrógradas, por tributo à virtude,

invocam os elevados direitos incorporados ao patrimônio da humanidade. Apenas cuidam de evitar que eles se tornem efetivos”.⁹

Nossa praxe constitucional, sobretudo nas fases totalitárias, não só se ajusta a esta farsa merecedora das honras da ironia, como infunde o convencimento de que é necessário libertarmos nossa liberdade da camisa-de-força que constitui nosso palavreado muitas vezes inútil e coonestador dos maiores abusos. É preciso refletir sobre o costume político brasileiro de permitir a retórica prevalecer no lugar das ações exigíveis e úteis à consolidação democrática. Nosso maior constitucionalista, **RUI BARBOSA**, já em 1892 nos advertiu sobre o perigo deste costume político nacional, ao sustentar pedido de “habeas corpus” perante nosso Supremo Tribunal Federal:

“Oxalá fôssemos uma nação de juristas. Mas o que somos, é uma nação de retóricos. Os nossos governos vivem a envolver num tecido de palavras os seus abusos, porque as maiores enormidades oficiais têm a certeza de iludir, se forem lustrosamente fraseadas. O arbítrio palavreado, eis o regímen brasileiro”.¹⁰

É inegável que a nossa praxe política melhorou nesses mais de cem anos de República, mas, o compromisso público obriga este estudo a reconhecer que a diferença substancial entre a era constitucional de 1891 e a de 1988 não é tão grande quanto se costuma imaginar. Se quisermos torná-la colossal, na esperança de que nossos governantes não encontrem tanto espaço para galhofarem com nosso Direito Constitucional, urge refletirmos sobre a dolorosa advertência de nosso maior constitucionalista, e acreditarmos que “a decisão firme de um povo é mais forte que qualquer poder governamental”.¹¹

⁹ BARROSO, Luís Roberto, *O Direito Constitucional...*, p. 62 e 63.

¹⁰ BARBOSA, Rui. Juristas e Retóricos. In: *Antologia*. Seleção, prefácio e notas de Luís Viana. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1953, p. 109. O discurso completo está disponível em: BARBOSA, Rui. Oração perante o Supremo Tribunal Federal em 23 de abril de 1892. In: *Obras Completas de Rui Barbosa*. Vol. XIX (1892), Tomo III..., p. 92.

¹¹ PRADO JÚNIOR, Caio. *História Econômica do Brasil*. 46.^a reimpressão da edição *princeps*. São Paulo: Brasiliense, 2004, p. 59: “(...) Da última vez que se projetou um derrame (em 1788), ele teve de ser suspenso à última hora pois chegaram ao conhecimento das autoridades notícias positivas de um levante geral em Minas Gerais, marcado para o momento em que fosse iniciada a cobrança (conspiração de Tiradentes). E nunca mais se recorreu ao expediente. A decisão firme de um povo é mais forte que qualquer poder governamental”.

SEGUNDA PARTE

**CONFLITO BRASILEIRO DE ATRIBUIÇÃO,
JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA,
E O PROCESSO ATRIBUTIVO ENTRE AS AÇÕES DIRETAS.**

§ 4.º CONFLITO BRASILEIRO DE ATRIBUIÇÃO.

SUMÁRIO: 25. Primeira aproximação do conceito de conflito de atribuição: 25.1. Constitucionalismo norte-americano e a separação dos ramos de poder; 25.2. Omissões inconstitucionais e a idéia de atribuição; 25.3. Pedro Lessa e o significado do termo “conflito” em nossa tradição jurídica; 25.4. Conceito do conflito brasileiro de atribuição e primeiras justificativas; 25.5. Afastamento do pensamento tradicional de exigência de afirmações recíprocas para caracterização do conflito – 26. Parêntese para justificativa do subitem n. 25.5: finalidade do processo de atribuição: 26.1. O cerne político da separação do exercício de poder na visão de Montesquieu; 26.2. A recomendação de Montesquieu interpretada por James Madison e Roscoe Pound: garantia prática de liberdade por meio do equilíbrio de forças políticas; 26.3. Finalidade do processo de atribuição – 27. Continuação do assunto do subitem 25.5: justificativa complementar sobre o afastamento do pensamento tradicional e distinção entre conflito de atribuição e conflito de competência – 28. Continuação do assunto do subitem 25.5: contribuição de Pensovecchio Li Bassi para o rompimento do pensamento tradicional e a experiência do sistema constitucional da Itália – 29. Necessidade de depuração da primeira aproximação do conceito de conflito de atribuição: indícios da estreiteza do conceito inicial; indagação sobre quem pode ser considerado centro autônomo de poder relevante para os conflitos brasileiros de atribuição – 30. Auxílio para a reflexão iniciada pelo item precedente n. 29: os conflitos de atribuição no sistema constitucional da Itália – 31. Retomada do item precedente n. 29: prudência necessária quanto à definição dos centros autônomos de poder; novo aperfeiçoamento do conceito de conflito brasileiro de atribuição – 32. Continuação da investigação sobre o conflito brasileiro de atribuição. Resposta ao desafio lançado no segundo capítulo: poderia ser considerado conflito de atribuição o duelo travado entre o Imperador D. Pedro I e a Assembléia Constituinte de 1823? – 33. Lição haurida do item precedente n. 32: a exigência de poderes constituídos para a existência do conflito – 34. Aprofundamento da lição precedente do item n. 33: confronto com o peculiar sistema constitucional da Inglaterra para auxílio da interpretação do conceito de conflito brasileiro de atribuição sustentada pelo estudo – 35. Sistema constitucional do Brasil: o poder jurisdicional como sumo fiscalizador (senhor da última palavra) dos conflitos brasileiros de atribuição e construtor da estrutura do Estado brasileiro – 36. Altura mais melindrosa da investigação: há lide entre as autoridades conflitantes no processo de atribuição? Da absoluta importância desta indagação no contexto da história constitucional brasileira: 36.1. Pela aplicação do conceito de lide: doutrina de Pensovecchio Li Bassi; 36.2. Idem: tese de Alfredo Buzaid intitulada “Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no Direito brasileiro”; 36.3. Posicionamento do presente estudo: o conceito “carneluttiano” de lide é inaplicável para o processo brasileiro atributivo – 37. Definição de conflito brasileiro de atribuição e do respectivo processo – 38. Continuação: conflito federativo e o respectivo processo – 39. Factível coexistência entre os conflitos de atribuição e federativo.

25. O propósito neste item n. 24 é uma primeira aproximação do conceito de conflito brasileiro de atribuição, e para este fim o estudo percorrerá brevemente os seguintes três passos: (24.1) revisitar o constitucionalismo americano com maior preocupação na separação dos ramos de poder; (24.2) estudar as omissões inconstitucionais

e a idéia de atribuição; (24.3) e finalmente rever a lição de **PEDRO LESSA** sobre o significado do termo “conflito” na tradição jurídica brasileira.

25.1. Em seu monumental estudo “Dos actos inconstitucionaes do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal”, **RUI BARBOSA** faz retrato fiel do constitucionalismo norte-americano, fonte maior de nosso constitucionalismo inaugurado com a Constituição de 1891. No início do capítulo “Limitação constitucional dos poderes”, começa chamando a atenção do leitor para a desconfiança dos norte-americanos em relação a qualquer tipo de poder:

“Ora, os americanos, nosso padrão nesse trabalho, que hoje rege o país (ao menos nominalmente), sempre se distinguiram por ‘um profundo apêgo à liberdade individual e uma desconfiança invencível contra todo o poder, fôsse qual fôsse. Aos seus olhos, as assembléias eletivas não ofereciam mais segurança do que um rei hereditário, e o arbítrio de umas não é menos formidável do que o absolutismo do outro. Estava-lhes em mente a lembrança da resistência, que tinham tido que opor ao parlamento inglês, em defesa dos seus direitos e interesses. Diante dêles se erguia a memória do monstruoso egoísmo e da néscia obstinação, com que os *lords* e comuns se avieram por tanto tempo em sua política colonial. E sentimentos tão vivazes não podiam deixar de exercer acentuada influência na Constituição dos Estados Unidos’. (37)¹

Essa experiência frutificativa explica a Constituição americana. Ela fizera-lhe sentir como a opressão é a mesma, ‘seja o poder exercido por um só tirano, ou por uma assembléia de tiranos’ (38)^{2,3}

Continua **RUI BARBOSA** explicando o porquê do afastamento do sistema constitucional estadunidense em relação ao sistema inglês: “o tipo constitucional da mãe pátria”, diz ele, “não podia servir-lhes [aos norte-americanos]. Vítimas dos abusos

¹ Nota 37 do estudo de Rui Barbosa: Dupriez: Les ministres dans les principaux pays d’Europe et d’Amérique, vol. II (1893), p. 3 e 4.

² Nota 38 do estudo de Rui Barbosa: ‘It is wholly immaterial, wether power is vested in a single tyrant, or in an assembly of tyrants’. Story: Commentaries, II, p. 391.

parlamentares, arrastadas por êles à revolução e à separação, as colônias americanas não podiam confiar no sistema [inglês], cujos perigos tão duramente provaram”.⁴ Vê-se, portanto, onde os estadunidenses encontraram motivação para estabelecerem uma Constituição escrita que fosse capaz de livrá-los de qualquer tirania que lembrasse a do governo de Westminster.⁵ Neste sentido, ninguém melhor do que “Chief Justice” **MARSHALL** para esclarecer a alma do constitucionalismo estadunidense, que se espalhou por muitos cantos da Terra:

“Que o povo tem um direito inato de estabelecer, para seu futuro governo, princípios, que em sua opinião, devem conduzi-lo a sua própria felicidade, é a base sobre a qual todo o edifício Americano foi erigido. O exercício deste direito inato é um grandioso esforço; nem pode e nem deve ser frequentemente repetido. Os princípios estabelecidos, portanto, são tidos por fundamentais. E assim como a autoridade da qual tais princípios procedem é suprema, e raro se exerce, eles têm um destino permanente. Esta vontade original e suprema organiza o governo, e atribui a diferentes ramos seus poderes respectivos. A vontade pode conter-se a isto; ou estabelecer certos limites que não devem ser trespassados. Neste último tipo se enquadra o governo dos Estados Unidos. Os poderes dos corpos legislativos são definidos e demarcados; e porque os limites não podem ser mal compreendidos ou esquecidos, a constituição é escrita. E para qual propósito os poderes são limitados, e tais limitações foram reduzidas a termo, se estes limites podem, a qualquer momento, ser desrespeitados justamente por aqueles contra os quais se lançou as limitações? Não há diferença entre um governo com ou sem limitações de poder, se estes limites não confinarem as pessoas, a que se impõem, e os atos defesos. Ou a Constituição controla qualquer ato legislativo que se oponha a ela, ou o corpo legislativo pode alterá-la

---

³ BARBOSA, Rui. *Os actos inconstitucionaes do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal*. Capital Federal [Rio de Janeiro]: Companhia Impressora: 1892, capítulo “Limitação constitucional dos poderes”, p. 50.

⁴ Ibidem, p. 50 e 51.

⁵ É de grande valia a *Summary View* (opinião sumária) dos direitos da América britânica, redigida por Thomas Jefferson, para entender a profunda distinção da prática política e constitucional do soberano inglês em relação a Inglaterra e as colônias americanas: naquela não ousava violar a Constituição; nestas tiranizava desdenhando da liberdade dos estadunidenses ou “ingleses da colônia” (expressão de Roscoe Pound). Confira: JEFFERSON, Thomas. *Escritos Políticos*. Tradução: Leônidas Gontijo de Carvalho. São Paulo: IBRASA (Instituição Brasileira de Difusão Cultural), 1964, capítulo I (Fundamentos do governo legítimo),

por qualquer lei ordinária. Entre estas alternativas, não há meio termo. Ou a Constituição é superior, lei suprema, protegida contra o procedimento ordinário legislativo, ou ela iguala-se a uma lei ordinária, e como qualquer outra desta espécie, é alterável facilmente quando o corpo legislativo bem entender. Se a primeira opção for verdadeira, então um ato legislativo contrário à Constituição não é lei; se a última opção for a verdadeira, então as Constituições escritas são tentativas absurdas do povo para limitar um poder que naturalmente é ilimitável. Seguramente, todos aqueles que têm projetado Constituições escritas tomam-nas como lei fundamental e suprema da nação, e como consequência a teoria aplicável a tais governos é que todo ato legislativo repugnante à Constituição é nulo. Esta teoria é essencialmente das Constituições escritas, e como consequência deve ser observada por esta Corte como um dos princípios fundamentais de nossa sociedade [norte-americana]”.⁶⁻⁷

Embora a clareza da fundamentação de MARSHALL seja indiscutível, é útil todos irmos mais a fundo guiados por nosso mais alto constitucionalista: “Notai bem”, adverte RUI BARBOSA, “a democracia americana não se contenta de presumir-se contra seus representantes: presume-se contra si mesma, abriga o povo contra as legislaturas infieis;

---

item III (Uma opinião sumária dos direitos da América britânica) p. 15 a 30 (Biblioteca “Clássicos da Democracia”, n. 22).

⁶ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Supreme Court. *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137, 1803, tradução livre. Disponível integralmente em: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=5&page=137>>. Acesso em 15 de outubro de 2004.

⁷ A despeito da máxima e indiscutível importância deste caso por concretizar a supremacia da jurisdição constitucional no sistema norte-americano, no Direito inglês o Judiciário teve oportunidade de julgar nulas disposições do Parlamento por contrariar o direito comum (“common law”) e a razão. Entretanto, o leitor deve ter a devida cautela ao interpretar estes acontecimentos, pois o Tribunal do Rei é apenas mais um “player” no peculiar sistema político inglês caracterizado pela ausência de um “umpire” constituído, bem diferente da posição da “Supreme Court” no contexto político-jurídico dos Estados Unidos da América como “major player”. A propósito, este proceder foi absorvido pelos juristas das colônias americanas, a ponto de Roscoe Pound afirmar mesmo que “os juristas americanos da era colonial foram criados na idéia de tribunais que recusassem aplicar leis que violassem a lei fundamental ou lei da terra”. Cf. comentários e indicações das decisões inglesas em: POUND, Roscoe. **Desenvolvimento das garantias e constitucionais da liberdade**. Tradução: E. Jacy Monteiro. São Paulo: IBRASA (Instituição Brasileira de Difusão Cultural), 1965, capítulo II (Era dos Tudors e dos Stuarts), p. 39 a 43 (Biblioteca “Clássicos da Democracia”, n. 29); confira a criação dos juristas das colônias americanas no período entre a p. 59 e 63, *ibidem*; e confira a transcrição na página 60, *ibidem*. Cf. também Tiedman apontando a origem do controle de constitucionalidade na prática dos

abriga a nação contra as maiorias populares”.⁸ Em vista desta ponderação, ele chega a seguinte reflexão: “Como limita, porém, a democracia americana a ação de seus representantes? Não lhes permitindo tocar nas disposições constitucionais, e subalternando-os a elas. E como se limita a si própria? Exigindo, para as reformas da Constituição, maiorias tão amplas, que não possam exprimir transportes efêmeros, obter-se por influências de partido, refletir eclipses da moralidade nacional, inspirar-se em paixões anti-sociais, ou liberticidas”.⁹ Vê-se que **JAMES BRYCE** não exagerou ao sentenciar: “Ela [a Convenção de 1787], no senso original da palavra, é um elegante plano”.¹⁰ E próximo de concluir o capítulo “Limitação constitucional dos poderes”, **RUI BARBOSA** discreteia sobre o mérito da Constituição brasileira de 1891 ter absorvido este elegante plano de nossos irmãos do norte.¹¹

A partir das ponderações de **MARSHALL** e **RUI BARBOSA**, é possível notar que *um dos principais pilares do constitucionalismo moderno é a separação do exercício do poder*, e para conservar esta separação na vida real e não só no papel, atribui-se nulidade a todos os atos praticados em contrariedade às limitações constitucionais dos ramos de poder. No capítulo seguinte de sua obra, onde abordou a nulidade do ato inconstitucional, **RUI BARBOSA** tece este aspecto em detalhes:

“Onde se estabelece uma Constituição, com delimitação da autoridade para cada um dos grandes poderes do Estado, claro é que êstes não podem ultrapassar essa autoridade, sem incorrer em incompetência, o que em direito equivale a cair em nulidade. ‘Nullus est major defectus quam defectus potestatis’.

A invalidade da ação dos poderes políticos fora do círculo dos textos constitucionais é o dogma cardeal do constitucionalismo americano. A evolução lógica dêsse dogma foi

---

tribunais coloniais em: **TIEDMAN**, Christopher G.. *The unwritten Constitution of the United States*. New York; London: Putnam's Sons, 1890, capítulo 12 (The real value of written Constitutions), p. 39 e seguintes.

⁸ **BARBOSA**, Rui, *Os actos inconstitucionaes do Congresso...*, p. 52.

⁹ *Ibidem*, p. 54 e 55.

¹⁰ **BRYCE**, James. *The American Commonwealth*. Volume I (The National government, the State government). Indianapolis: Liberty Fund, 1995, capítulo 23 (The Courts and the Constitution), p. 227 (Edição da Liberty Fund equivale à 3.ª edição publicada até 1941, com algumas adições).

¹¹ *Ibidem*, p. 55.

traçada admiravelmente por MARSHALL, o supremo expositor da Constituição americana”.¹²

Causa natural deste “dogma cardeal do constitucionalismo americano” é não existir hierarquia entre os ramos de poder,¹³ o que impede que os conflitos de atribuição sejam solvidos pelo critério da hierarquia ou do superior hierárquico.¹⁴ É justamente em virtude da ausência de vínculo hierárquico que há um sério desconforto no ambiente político do país, quando surgem dúvidas a respeito dos limites das atribuições de seus ramos de poder. Na hipótese de não serem solvidas politicamente, dependendo das circunstâncias o país pode caminhar à perdição de uma guerra civil.

25.2. Vimos no segundo capítulo os conflitos de n.º 1.761 e 2.050,¹⁵ nos quais as autoridades envolvidas recusaram-se a praticar atos por sustentarem ausência de investidura de poder. Em vista destes casos, outro subsídio importante para o estudo delimitar a idéia de conflito brasileiro de atribuição são as omissões inconstitucionais.

---

¹² Ibidem, p. 58.

¹³ Como esclarece Geraldo Ataliba, “a relação hierárquica é um vínculo de autoridade que une, através de graus sucessivos, todos os órgãos da administração central, subordinando escalonadamente os inferiores aos superiores. O órgão de cúpula do sistema dirige os que se acham no grau imediato; (...)”, e assim sucessivamente (ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. 2.ª edição, 2.ª tiragem. Atualizada por Rosolea Miranda Folgosi. São Paulo: Malheiros, 2001, capítulo V (Premissas do regime republicano no Direito positivo brasileiro), p. 143). No dizer de Celso Antônio Bandeira de Mello, a “*hierarquia* pode ser definida como vínculo de autoridade que une órgãos e agentes, através de escalões sucessivos, numa relação de autoridade, de superior a inferior, de hierarca a subalterno”. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, **Curso...**, p. 140.

¹⁴ Por isso, toda razão assiste a Caio Tácito ao afirmar que “o conceito do conflito de atribuições se associa, intimamente, ao princípio constitucional da autonomia e separação dos poderes”, não havendo, portanto, como solvê-lo pelo princípio da hierarquia. (TÁCITO, Caio. *Conflito de atribuições...*, item 01, p. 46, 48 e 49). Importante atentar para a lição de Bandeira de Mello sobre os poderes do superior hierárquico, pois, a partir dela, pela razão contrária chega-se à lição de Caio Tácito: “Os poderes do hierarca conferem-lhe uma *contínua e permanente* autoridade sobre toda a atividade dos subordinados. Tais poderes”, continua Bandeira de Mello explicando, “consistem no (a) (...poder de comando...); (b) (...poder de fiscalização...); (c) (...poder de revisão...); (d) (...poder de punir...); (e) *poder de dirimir controvérsias de competência, solvendo os conflitos positivos (quando mais de um órgão se reputa competente) ou negativos (quando nenhum deles se reconhece competente)*, e (f) (...poder de delegar competências...)” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, **Curso...**, p. 140 e 141, o que está grifado por último é por nossa conta).

¹⁵ Cf. item n. 12.

“A existência de omissões juridicamente relevantes”, quem esclarece é **JORGE MIRANDA**, “é um fenómeno que se encontra em diversos sectores do ordenamento e, em particular, no Direito constitucional. Ela verifica-se sempre que, mandando a norma reguladora de certa relação ou situação praticar certo acto, ou certa atividade nas condições que estabelecer, o destinatário não o faça, [ou] não o faça nos termos exigidos, [ou] não o faça em tempo útil, e a esse comportamento se liguem conseqüências mais ou menos adequadas”. E arremata, estendendo esta espécie de inconstitucionalidade às três funções de poder do Estado: “Relativamente a quaisquer funções do Estado objecto de disciplina pela Constituição, não custa surpreender manifestações possíveis – e não apenas teóricas – de comportamentos omissivos, sejam omissões de actos normativos, sejam de actos de conteúdo não normativo ou individual e concreto. Sucede isto com a função legislativa e com a função política ou de governo, e em alguns casos, com a revisão constitucional; sucede isto com a função administrativa e pode suceder até com a função jurisdicional. Tais comportamentos vêm, assim, a ser inconstitucionais ou ilegais, consoante os casos, e podem ainda tornar-se ilícitos”.¹⁶

Desta forma, deixar de exercer indevidamente um poder é tão funesto e inconstitucional quanto exercê-lo fora das raias delimitadas na Constituição. E qual a razão disto?

É que uma atribuição, conforme explica **CANOTILHO**, é “o poder de acção e de actuação atribuído aos vários órgãos e agentes constitucionais com o fim de prosseguirem as tarefas de que são constitucional ou legalmente incumbidos. A atribuição envolve, por conseguinte, a atribuição de determinadas *tarefas* bem como os *meios* de acção (“poderes”) necessários para a sua prossecução”.¹⁷ Raciocínio análogo a este levou **BANDEIRA DE**

---

¹⁶ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo II (Introdução à teoria da Constituição). 2.ª edição. Coimbra: Coimbra editora, 1988, capítulo III (A fiscalização de constitucionalidade no actual Direito português), § 5.º (A fiscalização da inconstitucionalidade por omissão), p. 393 e 394.

¹⁷ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6.ª edição. Coimbra: Almedina, 2002, título 4, capítulo I (Regras e princípios do Direito Constitucional organizatório), p. 539. Esclarecimento ao leitor: usamos o termo “atribuição” para no mínimo se aproximar da convenção do presente estudo, pois Canotilho usa “competência”.

MELLO a inverter a conhecida terminologia “poderes-deveres” para “deveres-poderes”.¹⁸ Eis a razão pela qual, por exemplo, “os juízes não podem abster-se de julgar com fundamento em falta, obscuridade ou ambigüidade da lei ou em dúvida insanável sobre o caso em litígio”.¹⁹⁻²⁰

Na hipótese do órgão jurisdicional confirmar a omissão inconstitucional não há sanção de nulidade, pois não faz sentido declarar nulo o que não existe.²¹ E também a decisão “não tem carácter substitutivo, porque não pode o Tribunal adoptar as medidas que repare necessárias, ainda quando o órgão legislativo, ao qual tenha sido comunicada a verificação, não supra a omissão. (...) A verificação da existência de inconstitucionalidade por omissão não altera a ordem jurídica, circunscreve-se a factor – a juntar, provavelmente, a outros – susceptível de levar os órgãos legislativos a transformar o seu comportamento de negativo em positivo”.²²

¹⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso...*, capítulo II (Princípios de Direito administrativo brasileiro), p. 88 e 89: “(...) a atividade administrativa é desempenho de ‘função’. Tem-se função apenas quando alguém está assujeitado ao *dever* de buscar, *no interesse de outrem*, o atendimento de certa finalidade. Para desincumbir-se de tal dever, o sujeito de função necessita manejar *poderes*, sem os quais não teria como atender à finalidade que deve perseguir para a satisfação do interesse alheio. (...) Segue-se que tais poderes são *instrumentais: servientes* do dever de bem cumprir a finalidade a que estão indissolúvelmente atrelados. Logo, aquele que desempenha função tem, na realidade, *deveres-poderes*. Não “poderes”, simplesmente. Nem mesmo satisfaz configurá-los como “poderes-deveres”, nomenclatura divulgada a partir de Santi Romano”.

¹⁹ MIRANDA, Jorge, op. cit., capítulo III (A fiscalização de constitucionalidade no actual Direito português), § 5.º (A fiscalização da inconstitucionalidade por omissão), p. 396.

²⁰ CPC/73, art. 126: “O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais, não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito”.

²¹ “A pronúncia de nulidade da norma não tem cabimento na declaração de inconstitucionalidade por omissão, porque não se pode declarar a nulidade de uma lacuna jurídica. Aqui, o problema que se impõe não é o de nulidade de norma existente, mas sim a falta de uma norma” (BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. 2.ª edição. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999, todo o capítulo X, p. 182).

²² *Ibidem*, capítulo III, § 5.º, p. 402. A propósito, o constitucionalista português esclarece sobre o porquê consequência da fiscalização de inconstitucionalidade por omissão limitar-se a uma comunicação (p. 402 e 403): “E é assim, por uma necessidade de equilíbrio entre o princípio da garantia da Constituição, encarnado no Tribunal Constitucional, e o princípio democrático, encarnado nos órgãos legislativos”.

25.3. Mudando o sentido da exposição, por fim, ainda é necessário reafirmar a valiosa lição de **PEDRO LESSA**, quando trata especificamente dos conflitos federativos julgados pela via principal: “em nossa linguagem jurídica, *causa*, termo sinônimo de lide, é a questão (toda questão) agitada entre partes perante o juiz, ou o direito deduzido em juízo. Os *conflitos* são dúvidas e controvérsias sobre competência ou as lutas pela competência entre duas autoridades”.²³ Com esta distinção, aliás já transcrita no capítulo primeiro, ele arremata: “as causas entre União e os Estados, ou entre estes, processadas e julgadas pelo Supremo Tribunal Federal, seguem o curso das ações ordinárias. E os conflitos, a que alude este artigo da Constituição, aplica-se o processo dos conflitos de jurisdição entre os tribunais, segundo prescreve o artigo 49, parágrafo único, da lei n. 221, de 20 de novembro de 1894”.²⁴

Interpretando esta última lição de **PEDRO LESSA**, o processo federativo – respectivo aos conflitos federativos – não seria contencioso, e por tal razão ele sustentou que as dúvidas ou conflitos federativos se conciliavam melhor com o processo dos “conflitos de jurisdição”, ou na terminologia do presente estudo “conflitos de competência”.

25.4. O ligeiro repasse das lições precedentes permitem que o estudo proponha o conceito de conflito brasileiro de atribuição em uma primeira aproximação: *é a controvérsia entre ramos de poder a respeito da existência de determinado poder.*

Justificando sucintamente esta primeira impressão, em primeiro lugar, inspirado na lição de **PEDRO LESSA**, o estudo fala em “controvérsia” contrapondo-se à idéia de lide.

Em segundo, a controvérsia surge “entre ramos de poder”, porque a ausência de subordinação entre eles é que torna relevante o presente estudo processual. “O conceito do conflito de atribuições se associa, intimamente, ao princípio constitucional da autonomia e separação dos poderes”,²⁵ quem esclarece é **CAIO TÁCITO**, e ele conclui: “não se suscitará conflito de atribuição perante o Judiciário quando a discordância se estabelecer entre duas

²³ LESSA, Pedro, op. cit., § 15, p. 52.

²⁴ Ibidem, loc. cit.. Quando o autor menciona o procedimento das “ações ordinárias”, indica o RISTF, revisto em virtude de decisão de 24 de junho de 1908, especialmente o capítulo II do título III.

²⁵ TÁCITO, Caio. Conflito de atribuições..., item 01, p. 46.

autoridades administrativas. Nessa hipótese, o conflito de competência [atribuição administrativa, na terminologia do estudo] será solvido, internamente, pela administração, mediante a intervenção de órgão administrativo superior”.²⁶

Por fim, é igualmente oportuno justificar o porquê da controvérsia entre ramos de poder ser “a respeito da existência de determinado poder”.

“O poder foi definido tradicionalmente como ‘consistente nos meios para obter alguma vantagem’ (HOBBS) ou, de modo análogo, como ‘o conjunto dos meios que permitem conseguir os efeitos desejados’ (RUSSELL)”.²⁷ Nosso mais alto constitucionalista afirma que o poder “é uma propriedade de ação”.²⁸ Disso tudo, infere-se, primeiro, que o poder visa sempre ação em oposição à idéia de inércia. Neste sentido, precisa e mais detalhada é a lição de MÁRIO STOPPINO, citado por CELSO BASTOS, ao afirmar que “em seu significado mais geral, a palavra poder designa a capacidade ou a possibilidade de agir, de produzir efeitos. Tanto pode ser referida a indivíduos e a grupos humanos como a objetos e a fenômenos naturais (exemplo: poder do calor, poder de absorção). (...)”.²⁹

Considerando, então, que poder é a “propriedade de ação”, RUI BARBOSA conclui, a respeito de atos delegatórios, que “onde não reside esta propriedade, não há possibilidade de transmiti-la”, e mercê desta linha de exposição reitera a conhecida proposição de nulidade: “Tôda medida, legislativa, ou executiva, que desrespeitar preceitos constitucionais, é, de sua essência, nula”.³⁰ É daí que, em segundo lugar, também se infere

²⁶ Ibidem, p. 48 e 49.

²⁷ BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral da Política – a Filosofia Política e as Lições dos Clássicos*. Organização: Michelangelo Bovero. Tradução: Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2000, p. 160 e 161.

²⁸ BARBOSA, Rui. *Os actos inconstitucionaes do Congresso...*, p. 61.

²⁹ Cf. STOPPINO, Mario. O poder. *Jornal da Tarde*. São Paulo, 14 de janeiro de 1975 apud BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 18.^a edição. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 14. A continuação da explanação de Stoppino é: “(...) Se a entendermos em sentido especificamente social, ou seja, na sua relação com a vida do homem em sociedade, o poder torna-se mais preciso, e seu espaço conceitual pode ir desde a capacidade geral de agir até a capacidade do homem em determinar o comportamento do homem: poder do homem sobre o homem. O homem é não só o sujeito mas também o objeto do poder social. É o poder social a capacidade que um pai tem para dar ordens aos seus filhos ou a capacidade de um governo dar ordens aos cidadãos”.

³⁰ BARBOSA, Rui. *Os actos inconstitucionaes do Congresso...*, p. 61.

que a existência do poder sempre visa alguma “tarefa” ou “finalidade”, considerando o constitucionalismo moderno como premissa. O conjunto composto por ambas inferências vai perfeitamente ao encontro das lições de CANOTILHO e de BANDEIRA DE MELLO.

Se é assim, o conflito de atribuição sempre irá produzir idêntica indagação, a saber: o conflitante está investido de poder para exercer determinada atribuição? Tal indagação é plenamente compatível tanto para a hipótese de conflito por usurpação de poder, como para a segunda hipótese de conflito por negação de poder. Elaborando melhor o quadro, é preciso atentar para que na primeira hipótese, a dúvida que surge é se determinado conflitante está investido de poder para praticar o ato a que está se propondo. Na hipótese segunda, contrária à primeira, a dúvida que surge é se a recusa para praticar determinado ato é legítima, isto é, se o conflitante realmente não está investido de poder para a prática do ato.

Eis a razão do estudo contentar-se com a fórmula “a respeito da existência de poder”, pois embora falte a ela qualquer ornato, consegue abranger as hipóteses de conflito oriundo de usurpação ou negação de poder.

25.5. Entretanto, segundo PENSOVECCHIO LI BASSI em seu conhecido estudo “Il conflitto di attribuzioni”, o comum era o conceito de conflito limitar-se ao “contraste que surge entre dois ou mais órgãos, quando estes reciprocamente afirmam ou negam atribuições para cuidar de determinada matéria”.³¹ Então passa a ser justo

---

³¹ PENSOVECCHIO LI BASSI, Antonino. *Il conflitto di attribuzioni*. Milano: Giuffrè, 1957, (introduzione), p. 04: “(...) il conflitto è il contrasto che sorge tra due o più organi, allorchè questi reciprocamente affermano o negano la loro competenza a provvedere su una determinata materia”. A propósito, na nota 02 desta mesma página 04, este grande autor indica mais de trinta estudiosos italianos, franceses e alemães, entre processualistas, administrativistas e constitucionalistas, os quais fornecem o mesmo conceito de conflito baseado na dicotomia positivo/negativo. Cf. também atribuindo classificação aos conflitos com fundamento na dicotomia positivo-negativo: LUCIFREDI, Roberto. *Attribuzioni (conflitto di)*. In: *Enciclopédia del Diritto*, Giuffrè, Vol. IV, Atto-Bana, 1959, item 1, p. 284. No Brasil, antes mesmo do estudo de Pensovecchio (1957), é digno de nota o já citado trabalho de Caio Tácito (1949), que tenta delimitar o conceito de conflito de atribuição fundado na dicotomia positivo/negativo: “Em sentido lato, o conflito de atribuição é, assim, o processo de determinação da competência dos Poderes do Estado, quando se firme o dissídio entre dois dêles, tanto no sentido positivo, como negativo”. Não concordamos com este conceito oferecido pelo ilustríssimo publicista, na medida em que toma o processo pelo conflito, embora, a

perguntar: por que o presente estudo simplesmente não se refere a *controvérsia positiva ou negativa entre ramos de poder*, considerando que esta é terminologia muito difundida na doutrina e também na jurisprudência? Qual o fim útil visado com esta distinção?

26. A boa compreensão da resposta a esta indagação exige o conhecimento da finalidade do processo de atribuição, e para chegarmos a este resultado é preciso revermos muito brevemente a doutrina de MONTESQUIEU ou o cerne de sua recomendação política, conquanto a partir da lição de RUI BARBOSA seja possível deduzir que a separação do exercício do poder justifica-se pela suspeita popular sobre todo e qualquer exercício de poder.

26.1. “(...) Encontra-se a liberdade política unicamente nos governos moderados. Porém, ela nem sempre existe nos Estados moderados: só existe nesses últimos quando não se abusa do poder; mas a experiência eterna mostra que todo homem que tem poder é tentado a abusar dele; vai até onde encontra limites.

Para que não se possa abusar do poder é preciso que, pela disposição das coisas, o poder freie o poder”.³²

Após manifestar claramente sua desconfiança em relação ao exercício do poder, tece considerações sobre a Constituição da Inglaterra no capítulo VI do Livro XI de sua conhecida obra, por acreditar que tal Constituição fosse modelo para a obtenção de liberdade política.³³ Vale transcrever o que exatamente interessa ao estudo:

---

nosso ver, seu estudo seja um dos mais valiosos de nosso país (TÁCITO, Caio. Conflito de atribuições..., p. 46 a 49). É também de merecimento fazer referência novamente ao grande José Cretella Júnior, um dos poucos também a se dedicar ao tema conflito de atribuição, ao afirmar que “pode o *conflito ser positivo ou negativo*” (CRETELLA JÚNIOR, José. Conflitos de Atribuição. In: LIMONGI FRANÇA, R. (Coordenação) **Enciclopédia...**, p. 76 ou em seus **Comentários...**, p. 3.123). Ainda no Brasil, vale citar o estudo de Jorge Tadeo Flaquer Scartezzini por subscrever que os conflitos de atribuição podem ser “positivos ou negativos” (SCARTEZZINI, Jorge Tadeo Flaquer, op. cit., p. 63).

³² MONTESQUIEU, Charles de Secondat – Barão de, op. cit., V I, Livro XI, Capítulo IV, p. 179 e 180.

³³ *Ibidem*, p. 180 e seguintes.

“Há, em cada Estado, três espécies de podêres: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes, e o executivo das que dependem do direito civil.

Pelo primeiro, o príncipe ou magistrado faz leis por certo tempo ou para sempre e corrige ou ab-roga as que estão feitas. Pelo segundo, faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, estabelece a segurança, previne as invasões. Pelo terceiro, pune os crimes ou julga as querelas dos indivíduos. Chamaremos êste último o poder de julgar e, o outro, simplesmente o poder executivo do Estado.

(...)

Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade pois pode-se temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado estabeleçam leis tirânicas para executá-las tirânicamente.

Não haverá também liberdade se o poder de julgar não estiver separado do legislativo e do executivo. Se estivesse ligado ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse ligado ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor.

Tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo, exercesse êsses três podêres: o de fazer leis, o de executar as resoluções públicas, e o de julgar os crimes ou as divergências dos indivíduos”.³⁴

A desconfiança de **MONTESQUIEU** em relação ao exercício de poder não deixa dúvida nenhuma a respeito da finalidade de sua recomendação política: ele preveniu que nas mesmas mãos não deveria haver concentração exagerada da propriedade de ação, ou do poder. A interpretação de um dos “Fouding Fathers”, **JAMES MADISON**, mostra com exatidão este propósito.

26.2. Criticado o projeto do texto da Constituição estadunidense por supostamente não seguir a máxima política de separação do exercício de poder, sob o pseudônimo de **PUBLIUS**, em fevereiro de 1788 **JAMES MADISON** respondeu aos críticos antifederalistas tentando demonstrar que a então nova Constituição era fiel à recomendação de **MONTESQUIEU**:

---

³⁴ Ibidem, loc. cit.

“On the slightest view of the British Constitution, we must perceive that the legislative, executive, and judiciary departments are by no means totally separate and distinct from each other” (Com o mais superficial exame da Constituição britânica, percebemos que de nenhuma maneira legislativo, executivo, e judiciário estão totalmente separados e distintos).³⁵

Logo no início de sua resposta MADISON oferece indicação de que a idéia sob a consagrada terminologia “separação de poderes”, não é a de que os ramos de poder sejam inteiramente desconectados. Intentando comprovar seu pensamento, faz anotações sobre a Constituição britânica, principal subsídio de MONTESQUIEU para exprimir a máxima política dos governos livres:

“O magistrado executivo integra a autoridade legislativa. Sozinho tem a prerrogativa de celebrar tratados com outros países, que passam a ter força de atos legislativos sob certas limitações. Compete-lhe apontar todos os membros do judiciário, removê-los mediante audição das duas Casas do Parlamento, e constituir, quando desejar consultá-los, um de seus conselhos constitucionais. Um dos órgãos do Legislativo [Câmara dos Lordes] representa também um grande conselho constitucional para o dirigente executivo, bem como, por outro lado, é o único depositário do Poder Judicial em casos de *impeachment* [acusação parlamentar da Câmara dos Comuns],³⁶ sendo investido da suprema instância apelatória em todos os demais casos. Estes mesmo juizes da suprema instância apelatória, por sua vez, permanecem ligados ao Legislativo comparecendo e participando de suas deliberações, embora não tenham direito a voto”.³⁷

---

³⁵ MADISON, James. The Particular Structure of the New Government and the Distribution of Power Among Its Different Parts, n.º 47. *The Federalist*. In: Great Books of the Western World. Vol. 43. Chicago, Londres, Toronto: Encyclopædia Britannica, Inc., 1952, p. 154, tradução livre.

³⁶ Segundo Alexander Hamilton, competia à Câmara dos Comuns oferecer a acusação chamada *impeachment* e à Câmara dos Lordes julgá-la: “In Great Britain it is the province of the House of Commons to prefer the impeachment, and of the House of Lords to decide upon it” (cf. HAMILTON, Alexander. The Powers of the Senate Continued, n.º 65. *The Federalist*. In: Great Books of the Western World. Vol. 43. Chicago, Londres, Toronto: Encyclopædia Britannica, Inc., 1952, p. 198).

³⁷ MADISON, James. The Particular Structure of the New Government..., n.º 47, p. 154, tradução livre.

Esta descrição de JAMES MADISON revela que não existe total separação entre os ramos do poder na Constituição inglesa, e portanto estes não são compartimentos estanques.³⁸ Fixado este ponto, com muita lucidez arremata discreteando sobre o que realmente MONTESQUIEU quis dizer com a separação organizacional dos entes estatais:

“Com base nestes fatos, pelos quais se guiou MONTESQUIEU, claramente pode ser inferido que, quando ele diz ‘Não pode haver liberdade onde os poderes legislativo e executivo são unidos na mesma pessoa, ou no mesmo corpo de indivíduos investidos de múnus público [body magistrates], ou ‘se o poder de julgar não é separado dos poderes legislativo e executivo’, não quis dizer que estes ramos não teriam REPRESENTAÇÃO PARCIAL de um em outro, ou CONTROLE mútuo sobre os respectivos atos. O que ele quis dizer, conforme suas próprias palavras, e ainda mais conclusivo pelo exemplo ilustrado diante dos seus olhos [a Inglaterra de seu tempo], não pode ser outra senão esta: *onde ‘todo’ o poder de um dos ramos é exercido pelas mesmas mãos que possuam ‘todo’ o poder de outro ramo, os princípios fundamentais de uma constituição livre são subvertidos*”.³⁹

Logo, haure-se da interpretação de JAMES MADISON que a importância da separação do exercício de poder é a garantia prática da liberdade civil, e este fim só pode ser alcançado havendo *equilíbrio real de forças* entre os ramos de poder, pois somente tal harmonia garante a existência de um governo livre. Aliás, além de não haver pecado no que o patriarca da República estadunidense chamou de “representação parcial” e “controle mútuo”, tais ocorrências são imprescindíveis para o equilíbrio entre os ramos de poder. Se isto não fosse verdade, os tiranos não contradiriam esta afirmação ao argumentarem a própria teoria da separação do exercício do poder, na mais pura hipocrisia, para imunizarem-se contra as representações e controles dos outros ramos de poder.

---

³⁸ Neste mesmo sentido Eros Grau afirma que “Montesquieu não sustenta a impenetrabilidade, um pelos outros, dos poderes que refere”. (GRAU, Eros Roberto. Crítica da ‘separação dos poderes’: as funções estatais, os regulamentos e a legalidade no Direito brasileiro, as ‘leis-medida’(Cap. X). In: **O Direito posto e o Direito pressuposto**. 5.ª edição. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 229).

³⁹ MADISON, James. The Particular Structure of the New Government and the Distribution of Power Among Its Different Parts, n.º 47. Ibidem, no mesmo sítio digital, grifado em *itálico* pelo estudo, e as letras maiúsculas estão na fonte consultada.

Calha persistir neste sentido, transcrevendo a lição de um dos mais importantes juristas do mundo de língua inglesa no século XX, **ROSCOE POUND**, na qual assegura que a separação do exercício do poder visa a liberdade civil, e não a eficiência governamental:

“Tem-se alegado que o motivo decisivo para a separação dos poderes é a especialização: não é ‘a segurança prática da liberdade civil mas o motivo orgânico que cada função será mais bem preenchida se o órgão se orientar especialmente para esse fim particular ao invés de serem atribuídas funções inteiramente diferentes ao mesmo órgão’. Em consequência, argumenta-se, sendo o objetivo a eficiência, se a separação dos poderes a dificulta, deixou de existir motivo que a justifique, devendo-se eliminá-la. Todavia, talvez se tenha de pagar preço mui elevado pela eficiência, e a experiência fê-lo perceber perfeitamente aos ingleses do século XVII e aos americanos do século seguinte. Conforme disse o juiz **BRANDEIS** ‘a convenção de 1787 adotou a doutrina da separação dos poderes não com o fito de promover eficiência, mas para evitar o exercício do poder arbitrário. O objetivo não era evitar atrito, mas garantir o povo contra a autocracia por meio do atrito inevitável resultante da distribuição dos poderes governamentais entre três departamentos’”.⁴⁰

Mais adiante, com o fim de aprofundar a discussão, o grande **ROSCOE POUND** expõe as razões pelas quais alguns professores sustentavam a separação do exercício de poder como fiadora de eficiência governamental:

“Em consequência do descontentamento que existia quanto à coordenação insuficiente entre adjudicação e ministração, especialmente nos tribunais estaduais, há uma geração, os que escreveram sobre ciência política atacaram severamente o que fôra doutrina cardeal da lei constitucional americana. Os professores têm continuado a dizer que a separação dos poderes constituía tão-somente moda do pensamento político do século XVIII, derivada de um prognóstico de **ARISTÓTELES**, porquanto nada havia de semelhante ao tempo desse filósofo, e de interpretação errônea da organização política da Inglaterra por parte de **MONTESQUIEU**. Dizem-nos estar fora de moda, devendo ceder o lugar às exigências de administração eficiente. Nos últimos tempos estendeu-se pelo menos

---

⁴⁰ POUND, Roscoe, op. cit., capítulo IV (Da revolução à Constituição), p. 72.

a um dos tribunais, o que sugere não ser necessário levar muito a sério este princípio fundamental das constituições estaduais americanas sob as condições da época”.⁴¹

E o próprio **POUND** responde vigorosamente:

“Nada poderia ser mais errado. Quando nas controvérsias que levaram à Declaração da Independência a hostilidade a tudo quanto era inglês conduziu à busca de base filosófica para os direitos que os juristas haviam apreendido com os dos ingleses, instituíram os direitos naturais como base do que estes haviam apreendido pela experiência. Não se derivou a separação dos poderes da filosofia política, como também dela não se derivaram os direitos assegurados pela Declaração de Direitos. Aceitou-se como resultado da experiência, reforçada por meio de referência a **MONTESQUIEU**. Seja que se formulem como direitos da lei comum ou direitos naturais, as liberdades reivindicadas por gerações de ingleses e pelas quais insistiam os coloniais como direito de nascimento, verificaram-se incompatíveis com o poder centralizado ilimitado”.⁴²

Então, tomando em consideração o cerne da recomendação política de **MONTESQUIEU**, seguimento natural é que os conflitos de atribuição devem ser solvidos, sempre, tendo-se em mira a manutenção da liberdade do cidadão brasileiro, sendo irrelevante se o conflito estiver sendo julgado na via principal ou como questão prejudicial na via incidental. Quer dizer, a solução do conflito não deve jamais permitir que um único ramo absorva excessivamente poder de outro, a ponto da relação de coordenação entre eles tender a ser substituída por uma relação de subordinação. O indispensável é que haja *real equilíbrio de forças*, e não uma separação nominal dos titulares de poder.

26.3. Se é assim, irresistivelmente é preciso admitir que o processo atributivo deve assegurar a conservação do equilíbrio de forças entre os ramos de poder. Ou aceita-se esta finalidade, ou teremos um instrumento processual dissociado do sentido

---

⁴¹ Ibidem, p. 73 e 74.

⁴² Ibidem, p. 74.

original da separação do exercício de poder como garantia dos direitos individuais. Como diria “Chief Justice” MARSHALL, “between these alternatives there is no middle ground”.⁴³

Porém, nos dois primeiros capítulos foi visto que a alteração estrutural do Estado brasileiro também sofre grande influxo da exigência de haver eficiência governamental, como é o caso do surgimento das agências. Esta constatação não colide com a dedução da finalidade do processo de atribuição, ao contrário, reforça oportunamente onde reside a importância dele: sempre que se pugnar por alterações estruturais do Estado em nome da maior eficiência governamental, o processo de atribuição assume a grandeza do sonho da liberdade, pois é exatamente aí que servirá para avaliar se a modificação estrutural afeta significativamente a máxima política teorizada por MONTESQUIEU. Se sim, o regulador do equilíbrio dos centros-de-força deverá, motivando, fulminá-la por inconstitucionalidade; caso não afete, deverá expor com riqueza de detalhes o porquê de sua constitucionalidade, isto é, porque a modificação visando eficiência governamental não prejudica a garantia de equilíbrio de forças entre os centros autônomos de poder. Em suma: 1) a regra geral é que toda modificação estrutural do Estado seja lícita, desde que não conspire contra a cláusula pétrea do real equilíbrio dos centros-de-força⁴⁴ ou outro mandamento pétreo ao que os constitucionalistas brasileiros costumam chamar de “núcleo irreduzível da Constituição” (v.g., direitos individuais)⁴⁵; 2) o processo de atribuição é um dos meios aptos, de natureza jurisdicional, a garantir a conservação do real equilíbrio entre os centros autônomos de força ao longo do processo de modificação estrutural do Estado.

27. Entendida a finalidade do processo atributivo, torna-se mais compreensível o porquê do estudo rejeitar o conceito de conflito de atribuição baseado somente na dicotomia “positivo” e “negativo”. Se tomássemos o conflito “negativo” somente no sentido usual, isto é, uma recíproca negação de atribuição, excluirmos a controvérsia na hipótese de haver um único conflitante. Igualmente pode-se dizer a respeito do que usualmente se entende por conflito “positivo”, *i.e.*, recíproca afirmação de atribuição. Ora, se a finalidade do processo é conservar o equilíbrio de forças instituídas em determinado sistema político, é preciso ter em mente que, por exemplo, na hipótese de um ramo negar-

⁴³ “Entre estas alternativas não há meio termo”.

⁴⁴ Constituição/1988, art. 60, parágrafo 4.º, III.

se a praticar um ato, a tendência é que esta inércia estimule a ocupação do vazio de exercício de poder por outrem,⁴⁶ e daí pode surgir uma dúvida objetiva quanto a quem deve praticar o ato. Isto pode propiciar eventual desequilíbrio ameaçador à liberdade do cidadão, caso a atribuição seja assumida por quem não deveria.⁴⁷ Na hipótese contrária, no caso de um ramo praticar o ato supostamente ultrapassando as fronteiras constitucionais que lhe foram impostas, é irrelevante que os outros ramos não se insurjam contra, pois o que está em jogo é o referido equilíbrio.

Com isto, não se pode raciocinar sobre os conflitos de atribuição como se estivéssemos diante de um conflito entre juízes. Não é porque em termos processuais a relevância de ambos assenta-se sobre o mesmo fator – ausência de subordinação comum entre os conflitantes – que o cabimento do processo deva ser idêntico. Em termos gerais, o fundamento do conflito de competência está na cláusula de garantia do juiz natural,⁴⁸⁻⁴⁹

---

⁴⁵ Constituição/1988, art. 60, parágrafo 4.º, IV.

⁴⁶ Isto é até intuitivo. De qualquer forma, lembra o renomado Professor da Harvard Law School, Raoul Berger, que “it is axiomatic that all wielders of power, judges included, ever thirst for more. This appetite for extraconstitutional power found a classical expression in Justice Samuel Chase’s opinion in *Calder v. Bull* (1798)”. E ele faz referência, em nota de rodapé, à manifestação de James Madison neste exato sentido: “Madison stated, ‘It will not be denied, that power is of an encroaching nature, and that it ought to be effectually restrained from passing the limits assigned to it’. *Federalist*, n.º 48”. Cf. em: BERGUER, Raoul. “From Natural Law to Libertarian Due Process” (Cap. 14). In: **Government by Judiciary – The transformation of the Fourteenth Amendment**. Second edition. Indianapolis: Liberty Fund, 1997 (originalmente publicado em 1977), texto da p. 274, e nota “7” da mesma página.

⁴⁷ E pior: esta ocupação pode ser feita por um ator político não constituído por força de lei ou da Constituição. Não se pode esquecer que em um sistema político há os detentores de poder oficiais ou constituídos por força de investidura legal (“visible power holders”), e também os detentores de poder sem caráter oficial (“invisible power holders”), e vem desta percepção a oportuna ensinança de Loewenstein: “Who are the power holders? To answer this question, the constitutional lawyer must ally himself with political sociologist.” (Quem são os detentores de poder? Para responder a esta indagação, o constitucionalista deve aliar-se ao sociólogo político). Cf. em: LOEWENSTEIN, Karl. **Political Power and the Governmental Process**. First Phoenix Edition. Chicago e London: The University of Chicago Press e Phoenix Books, 1965, p. 14.

⁴⁸ Constituição/1988, art. 5.º, XXXVII, LIII, c/c art. 95, I, II, e III.

⁴⁹ Não descuramos a hipótese de conflito entre juízes de planos federativos distintos. O fundamento deste conflito continua sendo a garantia do juiz natural, embora aglutine também uma questão federativa que, dependendo da situação pode ser de grande importância para o equilíbrio da federação.

enquanto o conflito de atribuição na exigência de equilíbrio de forças entre os ramos de poder ou, na linguagem da Constituição de 1988, de harmonia entre eles.⁵⁰

Esta percepção leva o estudo a entender que no conflito de atribuição não se deve exigir a recíproca negação de atribuição, tal qual por acaso aconteceu nos conflitos n.º 1.761 e 2.050,⁵¹ pois a negativa pura e simples de um único ramo de poder para praticar algum ato que compita a ele já pode colocar em risco o equilíbrio real de forças que deve haver entre os ramos, configurando inconstitucionalidade por recusa ilegítima de cumprimento do dever. Seguimento disto, é que pelo mesmo motivo não se exija como indispensável a recíproca afirmação de atribuição. Neste sentido, embora este estudo não se alinhe integralmente ao pensamento de PONTES DE MIRANDA por restringir o conceito de conflito de atribuição à literalidade do art. 119, I, “f” da Constituição de 1967, assiste razão a ele quando afirma bastar “que haja o conflito, ainda que em simples caso de dúvida”,⁵² e muito respeitosamente tomamos a liberdade de aditar: dúvida provocada pela ação ou omissão de algum ramo de poder.

*É válido registrar que o presente estudo não reputa equivocada a dicotomia conflitos “positivos” e “negativos”, e nem recomenda sua abolição; mas pretende apenas demonstrar que é equivocado usá-la como se fosse suficiente para representar todo o fenômeno do conflito de atribuição. É lícito, portanto, o uso da aludida dicotomia desde que se esteja referindo a um conflito onde haja afirmações recíprocas, sejam positivas ou negativas.*⁵³

Mas esta diferente solução proposta coloca o estudo em uma situação embaraçosa: como explicar o conflito de atribuição, se ele já pode existir com a negativa de um único ramo de poder em praticar determinado ato? Como explicar um conflito com um único conflitante? Em princípio não faltaria outro conflitante para constituir o “conflito”? Não é desta maneira que o estudo enxerga a questão. O que parece mais correto, salvo melhor

⁵⁰ Constituição/1988, art. 2.º.

⁵¹ Cf. item n. 12.

⁵² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967 – com a emenda n.º 01, de 1969*. Tomo IV (art. 118 a 153, parágrafo 1.º). 2.ª edição. São Paulo: RT, 1970, p. 36.

juízo, é que o conflito de atribuição não é uma controvérsia ou dúvida de afirmações contrárias entre os ramos de poder, e muito menos poderia ser uma controvérsia material. Em verdade, o conflito é uma dúvida ou controvérsia a respeito das fronteiras constitucionais dos ramos de poder do Estado, cujo nascimento é motivado por uma ação ou omissão de algum ramo de poder. *A controvérsia ou dúvida prescinde de afirmações contrárias entre os conflitantes, bastando a ação ou omissão de um único ramo de poder para que possa ameaçar o sumo interesse do equilíbrio de forças políticas, ou em outras palavras, não é próprio dos conflitos de atribuição o fato dos conflitantes proferirem afirmações contrárias, mas sim um acidente.* Se tomássemos as afirmações contrárias dos ramos de poder como sendo o conflito de atribuição propriamente dito, estaríamos confundindo um eventual sintoma com a causa.⁵⁴

28. Ainda que o presente estudo não adira à natureza do conflito de atribuição sustentada por **PENSOVECCHIO LI BASSI** como sendo lide no sentido “carneluttiano”,⁵⁵ e outrossim entendendo ser inaplicável ao presente estudo as categorias do Direito Constitucional italiano em matéria de conflitos de atribuição,⁵⁶ em virtude de nossa proximidade científica em Direito Processual é útil conhecermos a reflexão do referido estudioso e as categorias do Direito italiano em matéria de conflito de atribuição, para reafirmarmos que tal conflito não pode ser considerado somente de afirmação ou negação recíproca de atribuições.

Depois da Segunda Guerra Mundial, esteada na nova Constituição, há pelo menos quarenta anos a doutrina italiana acordou para o fato de que o conceito de conflito de atribuição não poderia restringir-se à clássica dicotomia positivo-negativo. Esta advertência foi pronunciada na Itália pelo publicista e então parlamentar, **ALFONSO TESAURO**, em intervenção que fez nos trabalhos preparatórios da Lei regulamentadora da

⁵³ Por esta forma de pensar, pedindo licença com a máxima reverência, neste ponto não acompanhamos o grande publicista Caio Tácito (Cf. no item n. 10 do estudo o caso n. 771 de 1928, e o comentário de Caio Tácito quando julga ser necessário afirmações positivas ou negativas para a ocorrência do conflito).

⁵⁴ Ou explicando mais detalhadamente, são apenas possíveis consequências a controvérsia dar origem a afirmações contrárias entre ramos de poder ou até mesmo a luta armada, logo, não se deve confundi-las com o próprio conflito.

⁵⁵ Cf. subitens n. 36.1 e 36.3.

“Corte Costituzionale”,⁵⁷ na qual enfrentou o problema da conceituação dos conflitos de atribuição:

“Para estabelecer quando, mais propriamente, suscitamos os conflitos transferidos para a Corte Constitucional, é necessário ressaltar que o termo “conflito de atribuição” tem um significado que se liga àquele tradicional mas que foi adaptado às especiais exigências do ordenamento jurídico instaurado pela Constituição. Conflito de atribuições, segundo o significado tradicional acolhido pelo direito em geral, tem-se quando um órgão ultrapassa os limites da própria esfera de competência e invade esfera alheia”.⁵⁸

Após oferecer este conceito muito simplificado, que desconsidera a hipótese de inconstitucionalidade por omissão, na continuidade do discurso de TESAURO está sua grande contribuição que rompeu com a tradicional dicotomia conflitos positivo e negativo:

“Para um ordenamento constitucional no qual a função de um Poder reflete também a formulação e organização de outros Poderes, ou seja, a função é subordinada às manifestações de vontade de outro Poder, o conflito de atribuição entre poderes pode surgir também pelo fato de um Poder, mesmo não invadindo a esfera de competência de outro Poder, pelo modo ilegítimo de agir na sua própria esfera de competência, perturba a função de um outro Poder submetendo-o a condições que o impede de desenvolver sua função no todo ou em parte”.⁵⁹

---

⁵⁶ Cf. item n. 37.

⁵⁷ Lei ordinária n.º 87 de 11 de março de 1953.

⁵⁸ “Per stabilire quando, più propriamente, sussistano i conflitti devoluti alla Corte costituzionale è necessario rilevare che il termine ‘conflitto di attribuzione’ ha un significato che si raccolga a quello tradizionale ma che va adattato alle speciali esigenze dell’ordinamento instaurato dalla Costituzione. Conflito di attribuzioni, secondo il significato tradizionale accolto per il diritto in genere, si ha quando un organo oltrepassa i limiti della propria sfera di competenza ed invade la sfera di competenza di un altro organo”. Discurso de Alfonso Tesaro em 1949, nos trabalhos preparatórios da Lei italiana de n.º 87 de 11 de março de 1953. In: BATTAGLINI, Mario; MININNI, Mattia. **Manuale Legislativo della Corte Costituzionale – con i lavori preparatori, la giurisprudenza e note di richiamo**. Padova: CEDAM, 1957, capítulo VI (Legge ordinaria 11 Marzo 1953 n. 87), p. 231, tradução livre.

⁵⁹ Idem. Ibidem, loc. cit.

Então, apoiado em outros autores,⁶⁰ sobretudo nesta lição de TESAURO com seus exemplos,⁶¹ **PENSOVECCHIO LI BASSI** propugnou grandemente tal advertência ao discretear em seu estudo a respeito de uma terceira hipótese de conflito que fugiria da clássica dicotomia positivo-negativo. Nesta linha, ao tratar da tradicional dicotomia⁶² **PENSOVECCHIO LI BASSI** comenta a referida terceira hipótese: um ofício⁶³ (“ufficio”) denunciando a violação dos limites de atribuição por outro ofício, e embora referida violação não resulte na invasão e usurpação de atribuição do denunciante, mas, somente a violação da atribuição do próprio denunciado, a falta atributiva importaria em uma diminuição ou incapacitação (no original está “menomazione”) da atribuição do denunciante.⁶⁴ Eis o detalhamento da hipótese dada por **PENSOVECCHIO**:

“O ofício suscitante do conflito sustenta que a norma não atribuiria ao outro a potestade para expedir um dado ato, e que a expedição deste mesmo ato pelo suscitado importaria no desrespeito dos precisos limites de atribuição do próprio suscitado; não

---

⁶⁰ **PENSOVECCHIO LI BASSI**, Antonino, op. cit., cap. III (contenuto del conflitto), p. 63: o autor afirma que os mais diversos estudiosos costumam não contemplar uma terceira hipótese que se afasta da clássica dicotomia conflito positivo-negativo. Na nota 15 desta mesma página 63 ele lista os autores que até aquele momento explicitamente acolhiam a hipótese extradicotômica, conforme a seguinte transcrição: “Vedansi gli autori indicati nella nota 1 di p. 8 [referindo-se aos autores que se restringiam a aceitar os conflitos positivo e negativo]. La più ampia nozione del conflitto più sopra delineata [a hipótese delineada está exposta por este estudo na sequência, após a presente nota] risulta, peraltro, esplicitamente accolta da Galeotti, op. loc. cit. [La posizione costituzionale del Presidente della Repubblica, Milano, 1949, 48, 49, n.01]; Balladore Pallieri, Diritto Costituzionale cit., 245; Tesaurò, La Corte Costituzionale cit., 305, 329. V. anche il nostro scritto ‘Le nuove leggi sulla Corte Costituzionale’, in Foro pad. 1954, IV, 20”.

⁶¹ Tesaurò oferece como primeiro exemplo a hipótese do Chefe de Estado da Itália seguir com nomeações sem observar formalidades constitucionais. Embora nesta hipótese o “Capo” não tenha invadido a atribuição de ninguém, exerceu sua atribuição ilegitimamente, podendo causar sérios obstáculos para outros centros autônomos de poder desenvolverem suas funções constitucionais. Outro exemplo é no caso do Poder Judiciário processar parlamentar sem o consentimento da Câmara a que pertence, e neste caso, do ponto de vista de Tesaurò o Judiciário está exercendo sua atribuição sem transbordar para a atribuição da Câmara, embora coloque-a em situação que a impede de exercer prerrogativa concedida a todo o Legislativo para que tenha condições de desenvolver plenamente sua função normativa. Cf. em: Discurso de Alfonso Tesaurò em 1949, nos trabalhos preparatórios da Lei italiana de nº 87 de 11 de março de 1953. In: **BATTAGLINI**, Mario; **MININNI**, Mattia, op. cit., capítulo VI (Legge ordinaria 11 Marzo 1953 n. 87), p. 231.

⁶² **PENSOVECCHIO LI BASSI**, Antonino, op. cit., cap. III (contenuto del conflitto), p. 55 a 62.

⁶³ A respeito da tradução literal de “ufficio” para “ofício”, cf. item adiante n. 35.1 onde se explica a peculiaridade terminológica da teoria de Pensovecchio.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 62 e 63.

sustentando o suscitante que sofre invasão de atribuição pelo exercício da potestade pelo suscitado, isto é, não sustenta que a potestade de que se trata compita a si, mas o suscitante afirma unicamente que o comportamento ilegítimo do outro ofício, o suscitado, provoca ao suscitante uma concreta lesão por não poder justificar uma própria função ou exercitá-la de maneira parcial, ou por ver frustrada ou anulada uma de suas funções”.⁶⁵

PENSOVECCHIO LI BASSI esclarece que em tal hipótese não há recíproca afirmação de atribuição,⁶⁶ e para justificar este conflito foragido da dicotomia clássica, vale-se de seu ponto de vista a respeito da natureza do conflito como sendo uma “lide” – no sentido “carneluttiano” – “sobre a atribuição de uma determinada potestade, que um órgão suscita contra outro ofício, quando se considera incapacitado [“menomato”] ou lesado [“leso”] em suas atribuições”.⁶⁷ Em outras palavras, coerentemente com seu posicionamento a respeito da natureza do conflito, o ilustre estudioso italiano justifica o conflito fora da aludida dicotomia mercê da capacidade do ato lesar a atribuição do ofício suscitante, ainda que não tenha havido invasão na atribuição deste. Em suma, segundo **PENSOVECCHIO LI BASSI** o ato suscetível de ocasionar um conflito é: (1) o que viola esfera alheia de atribuição, ou (2) aquele que, embora não usurpe atribuição alheia, provoque incapacidade “menomazione” (uma lesão indireta) ou lesão “lesione” (lesão direta com transposição das fronteiras de atribuição) para outro ofício.⁶⁸⁻⁶⁹

Posteriormente, apoiado em mencionados precedentes da Corte Constitucional italiana, **CARLO MEZZANOTE** afirma igualmente que para existir um conflito não é necessário uma verdadeira e própria “vindicatio potestatis”, e que podem ocorrer conflitos de “menomazione” ou “interferenza”, e segundo ele este tipo de conflito verifica-se “toda

---

⁶⁵ Ibidem, p. 63, tradução livre: “L’ufficio che eleva il conflitto sostiene che le norme di competenza non attribuiscono all’altro la potestà di emettere un dato atto e che l’emanazione dell’atto stesso importi conseguentemente il superamento di precisi limiti di competenze; ma non sostiene che l’esercizio della stessa potestà da parte dell’altro determini un’invasione della propria sfera, cioè che la potestà di cui si tratta appartenga a se stesso, afferma soltanto che l’illegittimo comportamento dell’altro ufficio arreca ad esso una concreta lesione così da non potere esplicitare una propria funzione o da poterla esercitare in maniera parziale o da vedere frustrata o menomata una propria attività”.

⁶⁶ Ibidem, loc. cit.

⁶⁷ Ibidem, p. 64., tradução livre.

⁶⁸ Ibidem, p. 68.

vez que um órgão [“organo”], sem formalmente superar os limites de suas atribuições, exercita os seus poderes de maneira tal que compromete as atribuições de um outro órgão pertencente a um distinto Poder do Estado [“potere dello Stato”].⁷⁰

Concluindo este item, é importante sublinhar duas lições.

Primeira, reforçando a dedução do item precedente n. “26”: embora as categorias jurídicas do Direito Constitucional italiano não sejam compatíveis com a exposição do presente estudo, verifica-se que realmente não faz sentido restringir o conflito de atribuição à tradicional dicotomia positivo-negativo.

Segunda lição que será útil para a conclusão deste capítulo: a terceira hipótese trabalhada por PENSOVECCHIO LI BASSI, amplamente aceita pela doutrina italiana, não se limita a mostrar que a evolução do conceito de conflito de atribuição na Itália ampliou-se, mas também que as categorias jurídicas “menomazione” e “lesione” estão diretamente ligadas à compreensão de que o conflito de atribuição seja uma lide, já que, por esta perspectiva, PENSOVECCHIO viu-se obrigado a demonstrar que o conflito pode existir sem recíprocas afirmações – positivas ou negativas –, na hipótese de existir ou incapacitação (lesão indireta) ou uma lesão ao suscitante pelo desrespeito dos limites atributivos.⁷¹

29. Até este ponto justificamos o conceito de conflito brasileiro de atribuição dado em item precedente neste capítulo.⁷² Entretanto, não se pode olvidar que a configuração da fragmentação dos centros-de-força do Estado contemporâneo brasileiro tem sido alterada vagarosamente, não havendo mais, unicamente, os tradicionais centros autônomos de força Executivo, Legislativo, e Judiciário (se é que em algum dia realmente existiu). Esta constatação documentada nos dois primeiros capítulos minam, portanto, o conceito de conflito brasileiro de atribuição desenvolvido até este ponto, pois são

---

⁶⁹ Sobre “menomazione” e “lesione” v. também: MAZZIOTTI, Manlio. *I conflitti di attribuzione fra i Poteri dello Stato*. Volume II. Milano: Giuffrè, 1972, p. 22 a 27.

⁷⁰ MEZZANOTTE, Carlo. Le nozioni di “potere” e di “conflitto” nella giurisprudenza della Corte Costituzionale. *Giurisprudenza Costituzionale*, Milano, Giuffrè, Fasc. 2, 4, parte prima, anno XXIV, 1979, 122.

⁷¹ Esta percepção será útil sobretudo nos itens n. 36.1, 36.3 e 37.

perfeitamente factíveis conflitos relevantes ao presente estudo que não envolvam a tradicional tríade de poder.

Já foi visto o alto grau de autonomia que gozam algumas agências reguladoras brasileiras.⁷³

É preciso sublinhar igualmente o admirável grau de autonomia dos Ministérios Públicos do Brasil, em virtude de muitos mandamentos constitucionais: autonomia funcional e administrativa;⁷⁴ autonomia financeira;⁷⁵ a impossibilidade de demissão “ad nutum” do Procurador-Geral da República⁷⁶ e também dos Procuradores-Gerais nos Estados e no Distrito Federal e Territórios;⁷⁷ garantias aos membros do Ministério Público de vitaliciedade, inamovibilidade, e irredutibilidade de subsídio;⁷⁸ e uma série de vedações aos membros para evitar que interesses alheios imiscuam-se na missão institucional.⁷⁹ Para corroborar e encerrar este ponto de vista em relação aos Ministérios Públicos do Brasil, é útil transcrever o inciso II do dispositivo 85 da Constituição de 1988: “São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra: (...) II – o livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário, do *Ministério Público* e dos Poderes constitucionais das unidades da Federação; (...)”.⁸⁰

Seguindo a linha de exposição, é igualmente de interesse passarmos pela instituição do Tribunal de Contas. Desde o início da República Velha, o então Ministro da Fazenda **RUI BARBOSA** apontava para a necessidade de um fiscal orçamentário autônomo:

---

⁷² Cf. item n. 25 e subitens.

⁷³ Cf. item n. 04.

⁷⁴ Constituição/1988, art. 127, parágrafo 2.º.

⁷⁵ Constituição/1988, art. 127, parágrafo 3.º e seguintes.

⁷⁶ Constituição/1988, art. 128, parágrafo 2.º.

⁷⁷ Constituição/1988, art. 128, parágrafo 2.º.

⁷⁸ Constituição/1988, art. 128, parágrafo 5.º, I, “a”, “b”, e “c”.

⁷⁹ Constituição/1988, art. 128, parágrafo 5.º, II, “a”, “b”, “c”, “d”, “e”, “f”; art. 125, parágrafo 6.º c/c art. 95, V.

⁸⁰ Grifado pelo estudo.

“É, entre nós, o sistema de contabilidade orçamentária defeituoso no seu mecanismo e fraco na sua execução. O Governo Provisório reconheceu a urgência inevitável de reorganizá-lo; e acredita haver lançado os fundamentos para essa reforma radical com a criação de um Tribunal de Contas, corpo de magistratura intermediária à administração e à legislatura, que, *colocado em posição autônoma*, com atribuições de revisão e julgamento, cercado de garantias contra quaisquer ameaças, possa exercer as suas funções vitais no organismo constitucional, sem risco de converter-se em instituição de ornato aparatoso e inútil”.⁸¹

JARBAS MARANHÃO tratou da posição do Tribunal de Contas em nosso sistema constitucional. Primeiro subscreveu a lição de PONTES DE MIRANDA que constata ser o Tribunal de Contas “criação posterior à teoria da separação dos poderes e fruto da prática, destoa das linhas rígidas da tripartição”.⁸² Ainda foram colhidas por JARBAS MARANHÃO as opiniões de AGNELLO UCHÔA BITTENCOURT e de CASTRO NUNES, convergentes entre si e a PONTES DE MIRANDA, arrematando, então, MARANHÃO: “Talvez, por isso, é que a Constituição italiana o tenha qualificado como órgão auxiliar da República – da República e não deste ou daquele de seus Poderes; e a Constituição brasileira de 1934 o haja definido como ‘órgão de cooperação nas atividades governamentais’”.⁸³

O estudo de CARLOS AYRES BRITTO denota este mesmo sentido, afirmando ele que o “Tribunal de Contas da União posta-se é como órgão da pessoa jurídica União, *diretamente*, sem pertencer a qualquer dos três Poderes Federais. Exatamente como sucede com o Ministério Público, na legenda do art. 128 da Constituição, incisos I e II”.⁸⁴ Mais adiante discorre especificamente sobre a “independência e harmonia” que deve existir entre Tribunal de Contas da União e Congresso Nacional:

⁸¹ BARBOSA, Rui. Tribunal de Contas. Exposição de Motivos. In: **Obras Completas de Rui Barbosa**. Vol. XVIII (1891), Tomo III. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura, p. 363, grifado.

⁸² apud MARANHÃO, Jarbas. A Constituição de 1988 e o Tribunal de Contas: seus primórdios, normas e atribuições. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 30, n. 119, julho-setembro de 1993, p. 267.

⁸³ *Ibidem*, p. 268.

⁸⁴ BRITTO, Carlos Ayres. O Regime Constitucional dos Tribunais de Contas. In: GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérulo da (Organizadores). **Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 92.

“Em rigor de exame teórico ou apreciação dogmática, Poder Legislativo e Tribunal de Contas são instituições que estão *no mesmo barco* em tema de controle externo, mas sob garantia de independência e imposição de harmonia recíproca. *Independência*, pelo desfrute de competências constitucionais que não se confundem (o que é de um não é do outro, pois dizer o contrário seria tornar inócua a própria explicitação enumerativa que faz a Constituição para cada qual dos órgãos públicos). *Harmonia*, pelo fim comum de atuação no campo do controle externo, que é um tipo contábil, financeiro, orçamentário, operacional e patrimonial de controle sobre todas as pessoas estatais-federadas e respectivos agentes, ou sobre quem lhes faça as vezes”.⁸⁵

DIOGO FIGUEIREDO MOREIRA NETO, esteado em subsídios doutrinários dos mais autorizados e também na firme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, assim conclui a respeito dos Tribunais de Contas do Brasil:

“Os Tribunais de Contas e os Conselhos de Contas têm natureza jurídica de órgãos estatais de matriz constitucional, com autonomia administrativa, financeira e orçamentária, e se situam como órgãos independentes dos demais órgãos que estrutura os Poderes das entidades políticas a que pertençam, o que vem a ser uma característica constitucional que lhes é imprescindível para o exercício de suas funções de controle sobre todos e cada um deles, bem como sobre quaisquer outros entes ou órgãos, sejam públicos ou privados, que devam prestar contas de dinheiros públicos”.⁸⁶

Sem rodeios, os exemplos trazidos no presente item são suficientes para evidenciar a insuficiência do conceito inicial de conflitos brasileiros de atribuição proposto, não fazendo sentido restringi-lo somente à clássica tríade. Porém, surge um problema: como ajustar uma ampliação do aspecto subjetivo do conceito de conflitos brasileiros de atribuição à literalidade do dispositivo 2.º de nossa Constituição?⁸⁷ Devemos escolher entre ampliar o conceito dos conflitos brasileiros de atribuição, ou preservamos a literalidade do referido dispositivo constitucional? Em verdade, se todos formos mais a fundo,

---

⁸⁵ Idem. Ibidem, p. 93 e 94.

⁸⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Algumas notas sobre os órgãos constitucionalmente autônomos (um estudo de caso sobre os Tribunais de contas no Brasil). *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, V. 223, janeiro-março de 2001, p. 24.

⁸⁷ “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

chegaremos inelutavelmente ao âmago do problema: o que podemos considerar como “Poder” no Estado brasileiro para fins de conflito de atribuição? Estão eles exaustivamente indicados no art. 2.º da Constituição Federal?

30. **ROBERTO BIN** adverte que a noção do que seja “potere” (Poder) tem sido desde o princípio o ponto fraco de qualquer teoria de conflito de atribuição.⁸⁸ Havendo consciência desta dificuldade, parece que o mais importante para respondermos à indagação do item precedente é não tomarmos a alegoria pela realidade.

Pois bem; vimos que o âmago da recomendação política de **MONTESQUIEU** resume-se no evitar que o poder estatal seja concentrado com exagero nas mesmas mãos.⁸⁹ Com base neste raciocínio, concluímos que **MONTESQUIEU** apenas recomendou um sistema fundado na lógica do poder freando o poder, *mas jamais que tal sistema deveria ter exatamente três centros autônomos de forças e na forma de uma Monarquia Constitucional*.⁹⁰ Esta reflexão indica que a tríade de potestade representa uma genérica idéia de proteção do cidadão contra os desvarios ocasionados pelo mal uso do poder, não devendo ser entendida ao pé-da-letra. É útil a experiência italiana para confirmarmos este ponto de vista.

Pós-guerra, logo depois da promulgação da então nova Constituição italiana, nos trabalhos preparatórios da Lei que regulamenta a Corte Constitucional italiana,⁹¹ em 16 de março de 1949, o senador **V. E. ORLANDO** discreteou a respeito dos conflitos italianos de atribuição, tendo a oportunidade de polemizar a respeito do conceito de “Poder”:

“Para fazer também minha hipótese, poderia pensar em um conflito entre Câmara e Senado, porque, evidentemente, no art. 134 [da Constituição italiana] o termo “Poder” é usado, no fundo, inexatamente. É a antiga terminologia de **MONTESQUIEU**; enquanto aqui seria melhor adotar, com maior precisão técnica, a locução “órgãos soberanos”. Ora, órgão

⁸⁸ BIN, Roberto. *L’Ultima Fortezza – Teoria della Costituzione e conflitti di attribuzione*. Milano: Giuffrè, 1996, capítulo 2 (Quanti sono i poteri dello Stato?), p. 09.

⁸⁹ Cf. itens n. 26.1 e 26.2.

⁹⁰ Aderimos à interpretação de James Madison, conforme manifestação no subitem n. 26.2.

⁹¹ Lei ordinária n.º 87 de 11 de março de 1953.

soberano é o Senado, órgão soberano é a Câmara: então, se uma questão – coloquemos – devesse surgir sobre o posto que compita ao Presidente do Senado e ao da Câmara, sobre a primazia de dar-se a um ou a outro o direito de entrar em uma sala, então deveria, nestes casos e outros similares, ir à presença da Alta Corte Constitucional?...”.⁹²

Ou seja, conforme indica a transcrição de **ORLANDO**, havia muitas dúvidas na Itália a respeito do que seria “Poder”, entretanto, cada vez mais os italianos estavam certos de que o conceito de Poder não poderia mais estar amarrado à clássica tripartição. E justamente devido à imensa dificuldade para estabelecer com precisão legal quais eram os centros autônomos de poder do Estado, sobretudo pela disputa entre duas correntes italianas,⁹³ **ALFONSO TESAURO** afirma que a Comissão entendeu oportuno não se prender a nenhuma posição, valendo-se de redação que deixasse “la questione assolutamente impregiudicata, in modo da rendere possibile la soluzione da parte della stessa Corte Costituzionale nella elaborazione giurisprudenziale” (a questão absolutamente pendente, de modo a entregar a possível solução à própria jurisprudência da Corte Constitucional [italiana]).⁹⁴ Eis o porquê da Constituição italiana prescrever singelamente em seu artigo 134 que compete à Corte Constitucional processar e julgar os “conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato”

---

⁹² “Per fare anche io una ipotesi, potrei pensare ad un conflitto tra Camera e Senato, perchè evidentemente, nell’art. 134, il termine “potere” è usato, in fondo, inesattamente. È l’antica terminologia di Montesquieu; mentre qui si sarebbe dovuto adoperare, con maggior precisione tecnica, la dizione ‘organi sovrani’. Orbene, organo sovrano è il Senato, organo sovrano è la Camera: quindi, se una questione – poniamo – dovesse sorgere sul posto che spetta al Presidente del Senato e a quello della Camera, sulla precedenza da darsi all’uno o all’altro per entrare in una sala, si dovrebbe, in questi casi ed altri simili, andare innanzi all’Alta Corte Costituzionale?...”. Cf. em: Discurso de V. E. Orlando em 1949, nos trabalhos preparatórios da Lei italiana de nº 87 de 11 de março de 1953. In: **BATTAGLINI**, Mario; **MININNI**, Mattia, op. cit., capítulo VI (Legge ordinaria 11 Marzo 1953 n. 87), p. 222.

⁹³ De uma lado, havia corrente que sustentava ter a Corte Constitucional absorvido os tradicionais conflitos de atribuição disciplinados na lei de 1877 e pelo Código de Processo Civil italiano, restando à Corte de Cassação apenas os conflitos de competência; e de outro lado, o entendimento era que a Corte Constitucional deveria enfrentar somente os conflitos entre “órgãos constitucionais”, que não estavam sujeitos ao controle jurisdicional antes da Constituição de 1948, e portanto, tais conflitos não teriam nada a ver com os conflitos de atribuição tradicionais da lei de 1877, tendo apenas o nome em comum. Cf. em: Discurso de Alfonso Tesauró em 1949, nos trabalhos preparatórios da Lei italiana de nº 87 de 11 de março de 1953. In: **BATTAGLINI**, Mario; **MININNI**, Mattia, op. cit., capítulo VI (Legge ordinaria 11 Marzo 1953 n. 87), p. 222 e 223.

⁹⁴ Idem. Ibidem, p. 223.

(conflitos de atribuição entre os Poderes do Estado), sem definir quem são os Poderes.⁹⁵ Adiante, **TESAURO** é mais incisivo que **ORLANDO**, ao dizer naquele tempo que a clássica tripartição continuava sendo considerada adequada somente por força de hábito (“abitudine”), mas, segundo ele, este modo de enxergar olvidava que o mundo constitucional, muito mais que o mundo jurídico em geral, renovava-se profunda e continuamente, constringendo fatalmente o intérprete a “adattare vecchi termini a nuove esigenze” (ajustar velhos termos às novas exigências).⁹⁶

Em seguida, tomando por base a Constituição italiana, **TESAURO** suscita novas funções estatais, ditas constituinte (“costituente”) e organizadora (“organizzativo”).⁹⁷ Esta última reflexão é de difícil aceitação. Quanto à função constituinte, em verdade, *todos* produzem Direito Constitucional ao interpretá-lo,⁹⁸ destacando-se o Tribunal Constitucional como o sumo intérprete, e portanto, o sumo construtor ou quem dá a última palavra a respeito da Constituição, logo, se é um importante intérprete mas não o único, não há motivo para atribuímos uma função distinta (constituinte) da jurisdicional ao Tribunal Constitucional. Todas as funções estatais interpretam a Constituição em seu exercício, contribuindo tanto para a sua construção como para sua eficácia e, se **TESAURO** estivesse correto então todas deveriam ser constituintes (não no sentido técnico da solenidade do ato, mas no sentido de **TESAURO** que se aproxima do legislador-negativo de **KELSEN**). Ademais, o cidadão tem papel absolutamente fundamental na interpretação e execução da Constituição, a ponto de **MURPHY**, **FLEMING**, **BARBER**, e **MACEDO** afirmarem que nos Estados Unidos da América os eleitores conscientemente julgam seus candidatos pela interpretação que estes fazem da Constituição.⁹⁹ Com respeito à referida função organizadora, em primeiro lugar é de difícil aplicação ao Brasil por sermos filiados ao

⁹⁵ ITÁLIA. Costituzione della Repubblica Italiana, art. 134. Constituição italiana disponível no sítio digital do “Infoleges.it – Il metamotore legislativo”,: <<http://www.infoleges.it/service1/scheda.aspx?id=32287&service=1&ordinal=0>>. Acesso em 05 de abril de 2005.

⁹⁶ Discurso de Alfonso Tesauro em 1949, nos trabalhos preparatórios da Lei italiana de nº 87 de 11 de março de 1953. In: **BATTAGLINI**, Mario; **MININNI**, Mattia, op. cit., capítulo VI (Legge ordinaria 11 Marzo 1953 n. 87), p. 228.

⁹⁷ Idem. Ibidem, p. 229.

⁹⁸ Sim, todos interpretam a Constituição. Cf. **BASTOS**, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e Interpretação...**, capítulo III, p. 65 a 78; sobretudo o item “6” do capítulo III, p. 75 a 78.

regime presidencialista, e portanto não há paralelo aqui para o organizador que na Itália corresponde ao “Capo dello Stato”. Ademais, o parlamentar e publicista italiano segue por um caminho de extremo melindre ao tocar nas funções do Estado, pois admitir o aumento do número de “Poderes” do Estado necessariamente não repercute no aumento de funções estatais. Isto é mais um motivo para que esta última reflexão de **TESAURO** colida com o presente estudo, já que este capítulo quarto repercutirá na escolha da jurisdição a ser aplicada ao processo de atribuição, isto é, não se pretende aqui sustentar uma nova função estatal para explicar este processo, pois a função jurisdicional é plenamente útil para este fim.

Desprezando então somente a última reflexão de **ALFONSO TESAURO** a respeito da inovação nas funções substanciais do Estado, o estudo entende ser mais proffico continuar a caminhada seguindo **MANLIO MAZZIOTTI**, a nosso ver quem mais contribuiu para a pesquisa dos conflitos italianos de atribuição. **MAZZIOTTI** aplicou em sua pesquisa a prudência do Poder Constituinte italiano em relação ao conceito de “Poder”, tal qual informou **TESAURO**, não se dignando em seu estudo a tentar indicar com máxima precisão cada um dos “Poderes” do Estado italiano, e esta postura resultou, nas palavras de **FEDERICO SORRENTINO**, na mudança da indagação relativa a individuação dos Poderes do Estado “dal terreno sostanziale delle funzioni esercitate a quello formale della posizione degli organi in seno all’ordinamento, ottenendo così dei risultati più aderenti all’attuale realtà giuridico-politica” (do terreno das funções substanciais exercitadas pelo Estado à função formal dos órgãos no seio do ordenamento, obtendo assim resultados mais ajustados à atual realidade jurídico-política [da Itália]).¹⁰⁰

Para entendermos o conteúdo desta mudança, acompanhemos o pensamento de **MANLIO MAZZIOTTI**. Tomando como base o texto do artigo 134 da Constituição italiana, ele critica o sentido de Poder no senso tradicional, isto é, como sendo um “complexo de órgãos que, por serem destinados a desenvolverem a própria função, tem uma autônoma

⁹⁹ MURPHY, Walter F.; FLEMING, James E.; BARBER, Sotirios A.; MACEDO, Stephen. *American Constitutional Interpretation*. Third Edition. New York: Foundation Press, 2003, capítulo 7 (Who may authoritatively interpret the Constitution for the National Government?), p. 275.

¹⁰⁰ SORRENTINO, Federico. I conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, Milano, Giuffrè, anno XVII, n. 3, luglio-settembre de 1967, item 3 (Posizione della dottrina moderna e in particolare del Mazziotti), p. 702, tradução livre.

relevância no mundo jurídico, e no modo de constituir um complexo unitário”,¹⁰¹ pois, segundo ele, este ponto de vista excluiria os conflitos entre órgãos do mesmo Poder ou os chamados conflitos internos, como por exemplo, entre “le due camere” (Câmara dos Deputados e Senado).¹⁰² O estudioso italiano vai mais longe: afirma, influenciado por **TESAURO**, que também não é mais possível admitir o conceito tradicional de Poder pelo motivo de somente um órgão ser capaz de “perturbar o equilíbrio constitucional do Estado, reivindicando atribuições constitucionais alheias, ou embaraçando o normal exercício das atribuições constitucionais de outros órgãos”.¹⁰³

Constatando estes dentre outros problemas, **MANLIO MAZZIOTTI** adverte que não se pode deixar para a jurisprudência da Corte Constitucional italiana toda a tarefa de estabelecer discricionariamente¹⁰⁴ quais sejam os Poderes do Estado. Sustenta que mesmo não podendo deduzir todos os elementos capazes de precisar quais são os Poderes do Estado, é preciso que pelo menos se aproxime ao máximo deste ideal, para que o necessário e inevitável trabalho da jurisprudência siga princípios suficientemente precisos com o fim de evitar que a Corte exorbite de atribuição.¹⁰⁵

Portanto, convencido de que a tríade é insuficiente para explicar os conflitos italianos de atribuição e também que é preciso estabelecer critérios que auxiliem o labor da Corte Constitucional italiana, **MANLIO MAZZIOTTI** toma como ponto fundamental de seu pensamento o cerne político da separação dos ramos de poder. Como seguimento desta postura, **MAZZIOTTI** afirma que o conflito de atribuição assume seu verdadeiro e pleno significado quando se tem em conta a exigência política substancial que fundamenta o

---

¹⁰¹ Apud MAZZIOTTI, Manlio, op. cit., Volume I, p. 108.

¹⁰² Ibidem, Volume I, loc. cit.

¹⁰³ Ibidem, Volume I, p. 109: “(...) turbare l’ equilibrio costituzionale dello stato, rivendicando competenze costituzionali che non gli spettano, od ostacolando il normale esercizio delle competenze costituzionali spettanti ad altri organi”. Esta constatação, conforme sequência do texto deste capítulo, levava Mazzotti a reconhecer órgãos que devem ser tratados como “poteri” (Poderes) para fins de conflitos italianos de atribuição.

¹⁰⁴ No original está “discrezionalmente”, embora o presente estudo tenha compreendido que o autor quis dizer arbitrariamente, mostrando-se ele preocupado em limitar o método interpretativo da Corte Constitucional.

¹⁰⁵ Ibidem, Volume I, p. 116.

princípio da separação dos ramos de poder: eliminação do poder arbitrário e garantia de liberdade do cidadão.¹⁰⁶ Então, seguindo esta linha de exposição, professa sua maior lição:

“O que essencialmente caracterizam os Poderes do Estado é, portanto, o fato de serem elementos do sistema de *checks and balances* instituído pela Constituição”.¹⁰⁷⁻¹⁰⁸

Com este pensamento, levando em consideração que MAZZIOTTI chega a sustentar que mais de um Poder pode exercer a mesma função,¹⁰⁹ ele pondera que igualmente são Poderes do Estado pelo menos alguns órgãos constitucionais titulares de uma mesma função, como as Câmaras legislativas (Deputados e Senado).¹¹⁰ Em sua ponderação acrescenta que, devido à sua noção de Poder, surge o problema de ser possível também considerar como Poder – para fins de conflitos de atribuição – elementos ou setores destes órgãos, dotados de atribuições que os fariam sobressair como determinantes para o mecanismo constitucional de freios e contrapesos, e oferece exemplos do Direito italiano, sendo um deles a minoria parlamentar, a quem compete pedir referendo sobre lei constitucional. Chega mesmo a cogitar como “Poder” algumas entidades externas à organização do Estado e constituídas por simples cidadãos, e por tal motivo chega a indagar se em determinadas circunstâncias – e não abstratamente – não seriam Poderes o corpo eleitoral e os partidos políticos.¹¹¹

¹⁰⁶ Ibidem, Volume I, p. 139 e 141, 149.

¹⁰⁷ Ibidem, Volume I, p. 150, em itálico no original.

¹⁰⁸ O presente estudo, a propósito, conforme visto, alinha-se ao resultado da lição de Mazziotti quando manifestou que a finalidade do processo de atribuição é conservar o equilíbrio de forças políticas do Estado para garantir a liberdade do cidadão. Cf. o subitem n. 26.3.

¹⁰⁹ Ibidem, Volume I, p. 144. Mazziotti esclarece que Montesquieu nunca disse que para fins de equilíbrio de forças políticas e garantia da liberdade não poderia conferir, ou antes melhor, conferir em condições diversas, a atribuição a órgãos constituídos em posição de independência, de alguns aspectos de uma das funções fundamentais, e de novas funções. Afirma, portanto, que o exercício de uma mesma função pode ser atribuída a mais Poderes, como ocorre com a função legislativa, que compete a duas Câmaras (Deputados e Senado), e no regime monárquico também ao Rei; e que a jurisdição seja atribuída a um Poder distinto do Judiciário, ou seja, à Corte Constitucional; e que determinadas funções legislativa, organizadora e de governo são atribuições do Chefe de Estado, considerando este também como um Poder.

¹¹⁰ Ibidem, Volume I, p. 151.

¹¹¹ Ibidem, loc. cit.

Com estas reflexões, **MAZZIOTTI** passa então a tratar de quem poderia ser considerado Poder na organização estatal italiana: os “poteri-organì” (órgãos considerados como Poder para fins de conflito de atribuição na Itália, pela razão de exercerem atribuição em grau supremo, e serem considerados elementos relevantes no sistema de freios e contrapesos),¹¹² “poteri-sezioni di organo” (parcelas internas destes órgãos e consideradas como Poder para o mesmo fim e pelo mesmo motivo).¹¹³ Cuida, por fim, daqueles que mesmo fora da organização estatal poderiam ser considerados Poder para fins de conflitos de atribuição, e são chamados por **MAZZIOTTI** de “poteri esterni all’organizzazione dello Stato”.¹¹⁴

Como quer que seja, se é verdade que a teoria de **MAZZIOTTI** iniciou uma modificação metodológica nos estudos dos conflitos italianos de atribuição,¹¹⁵ **ROBERTO BIN**, mesmo reconhecendo méritos, ponderou que a seu ver o ponto fraco da teoria de **MAZZIOTTI** estaria justamente em insistir no modo excessivamente dogmático de pensar, em virtude do próprio “querer” em definir antecipadamente e com formulação geral e abstrata quais seriam os sujeitos aptos aos conflitos italianos de atribuição.¹¹⁶ Em sua interessante obra, **BIN** afirma que em seu modo de ver é um erro uma pesquisa ontológica acerca dos centros de força do Estado (“ricerca ‘ontologica’ dei poteri dello Stato”),¹¹⁷ qualificando o que lhe parece um equívoco de “personificazione” (personificação). Também afirma que este engano só é evitado pela doutrina quando a pesquisa é dirigida aos grupos parlamentares, às minorias; aliás, **BIN** ironiza ao afirmar que esta última pesquisa, que poderia parecer justamente uma saída frágil da teoria de **MAZZIOTTI**, em sua

---

¹¹² Ibidem, Volume I, p. 153 a 225. Pois é. Mazziotti considera um órgão constitucional como sendo uma organização parcial (em relação ao conceito tradicional de poder) caracterizada pela atribuição de exercitar um complexo de funções públicas em grau supremo, possuindo também a capacidade de frear, controlar e equilibrar os outros órgãos dotados de similares atribuições, e portanto, estando no ordenamento em posição de relativa independência e igualdade em relação a órgãos com atributos similares. Eis o porquê de Mazziotti afirmar que estes órgãos devem ser tratados como Poderes para fins de conflitos de atribuição, são os “poteri-organì” ou literalmente em português poderes-órgãos.

¹¹³ Ibidem, Volume I, p. 227 a 281.

¹¹⁴ Ibidem, Volume I, p. 283 a 341.

¹¹⁵ **SORRENTINO**, Federico. I conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato, op. cit., item 3 (Posizione della dottrina moderna e in particolare del Mazziotti), p. 702.

¹¹⁶ **BIN**, Roberto, op. cit., capítulo 2 (Quanti sono i poteri dello Stato?), p. 13.

¹¹⁷ Ibidem, p. 22.

opinião, parece ser o caminho a ser seguido.¹¹⁸ Caso a reflexão de **ROBERTO BIN** seja aceita, perde o sentido pesquisar quem seriam os centros de força legitimados aos conflitos de atribuição, e ganha muito mais razão estudar as atribuições que fazem do centro-de-força um sujeito legítimo para o conflito de atribuição: pela terminologia italiana, a investigação sai do “soggetto” para o “oggetto”.¹¹⁹

A idéia sustentada por **ROBERTO BIN** tem sido a tendência da doutrina italiana, em virtude de, segundo **PAOLO VERONESI**, não ser possível um elenco detalhado e exclusivo dos Poderes suscetíveis aos conflitos de atribuição.¹²⁰ A Corte Constitucional da Itália, a propósito, mesmo diante de um conflito improvável do ponto-de-vista “soggettivo” (subjetivo), somente declara sua inadmissibilidade após aferir o “oggetto” (objeto; a atribuição).¹²¹

31. Tais reflexões são italianas e possuem como base material principal o art. 134 da Constituição italiana. A despeito disso, não deixam de ser úteis para pelo menos perdermos a inibição em romper com a idéia praticamente unânime de que só haveria três Poderes em nossa República, tamanha a aceitação dela. Agora temos condições de retornar ao Brasil para enfrentarmos a indagação suscitada no precedente item n. “29”.

Prescreve o dispositivo 2.º de nossa Constituição de 1988: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

Embora ninguém tenha dúvida de que uma norma jurídica seja imperativa, **GOFFREDO TELLES JUNIOR** chama a atenção para o fato de que muitas delas acabam tomando “a forma de descrições”,¹²² entretanto, esclarece que nesta hipótese “a norma jurídica estará descrevendo o comportamento ou o estado como ele *deve ser*, uma vez que

¹¹⁸ Ibidem, p. 23 e 24.

¹¹⁹ Ibidem, p. 24.

¹²⁰ VERONESI, Paolo. Profili Soggettivi ed oggettivi. In: BINDI, Elena; PERINI, Mario. **Recenti tendenze in materia di conflitti di attribuzione tra poteri dello Stato**. Atti del Seminario tenutosi a Siena il 24 maggio 2002. Milano: Giuffrè, 2003, p. 10.

¹²¹ Idem. Ibidem, p. 12.

¹²² TELLES JÚNIOR, Goffredo. **Iniciação na Ciência do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2001, § 25, p. 59.

é este o mundo a que a norma jurídica pertence”.¹²³⁻¹²⁴ Logo, não podemos ter dúvida alguma quanto ao referido artigo 2.º ser um mandamento acompanhado da respectiva sanção de nulidade por inconstitucionalidade.

Também não podemos ter dúvida de que está contido neste mandamento constitucional a recomendação política de MONTESQUIEU. Se é assim, não parece correto interpretar o texto do art. 2.º por sua literalidade, pois a recomendação política de MONTESQUIEU não afirma que somente os Estados com três Poderes são aptos à liberdade política. Ela apenas diz que das três funções estatais que reconhece não deve nenhum “Poder” ou corpo estatal absorver mais de uma, caso contrário, nas palavras de JAMES MADISON, os princípios fundamentais de uma Constituição livre seriam subvertidos. É esta a “ratio essendi” da recomendação. Notai, inclusive, que MONTESQUIEU jamais afirmou que não poderia haver mais de um centro de força exercendo a mesma função.¹²⁵ Em sua exposição no famoso capítulo “Da Constituição da Inglaterra” ele vincula o Monarca à função legislativa.¹²⁶ E dificilmente seria diferente, pois na Inglaterra de seu tempo o Parlamento dividia-se em Câmaras dos Lordes e dos Comuns, além do Monarca também ser parte integrante do Legislativo.¹²⁷ Embora sejam distintas as posições institucionais do Monarca britânico e do Presidente dos Estados Unidos – basicamente porque este não é

¹²³ Ibidem, loc. cit., em itálico no original.

¹²⁴ Concluindo, Goffredo transcreve a lição de Korkounov: “Acontece, às vezes, que o legislador empregue a forma descritiva em lugar da forma imperativa; em vez de dizer, por exemplo, que tal pessoa ‘deve fazer’ isto, diz que ‘o faz’ (...). É o que sucede, por exemplo, quando a lei, ao descrever o funcionalismo e a organização das instituições e dos serviços do Estado, diz que esses serviços têm, a governá-los, tais e quais pessoas, e que possuem tal e qual organização. Isto significa, efetivamente, que ‘deve haver’, no governo, tais e quais pessoas, tal e qual organização, determinada pela lei. A substituição da forma imperativa pela forma descritiva se explica simplesmente, por uma comodidade maior de expressão ou pela brevidade que se tenha querido dar à frase; às vezes, também, pelo desejo de imprimir, ao dispositivo da lei, um caráter mais absoluto. A forma imperativa, com efeito, faz supor a possibilidade de uma realidade que não corresponderia ao que ‘deve ser’; a forma descritiva, ao contrário, que expõe o que deve ser como o que já ‘é existente’, exclui até a idéia de uma realidade diferente daquela que é formulada na lei” (Apud ibidem, § 25, p. 59 e 60).

¹²⁵ Também entendeu neste sentido MAZZIOTTI, Manlio, op. cit., Volume I, p. 144.

¹²⁶ “Se o monarca participasse da legislação com poder de decidir, não haveria mais liberdade. Mas, como é necessário, no entanto, que participe da legislação para se defender, é preciso que tome parte nela com a faculdade de impedir” (MONTESQUIEU, Charles de Secondat – Barão de, op. cit., V I, Livro XI, Capítulo IV, p. 180 e seguintes).

considerado membro do Congresso —,¹²⁸ os estadunidenses adaptaram ao seu sistema presidencialista o poder de veto,¹²⁹ e portanto, eles vêem a função legislativa distribuída entre “três corpos independentes ou departamentos do governo, o Presidente, o Senado, e a Câmara dos Deputados, e requerendo a concorrência de todos em ordem para produzir novas leis, ou para modificar existentes, - exceto que as duas casas do Congresso foram permitidas a desconsiderar o veto presidencial na hipótese de dois terços de aprovação em cada uma”.¹³⁰

Em síntese: o sistema de freios e contrapesos não deve ser necessariamente construído com três Poderes e de forma que cada função estatal esteja perfeita e exatamente vinculada a um único Poder. É possível que um Estado comporte muito mais do que três Poderes e alguns deles exercendo funções da mesma natureza, sem que se viole a recomendação política de MONTESQUIEU. É a opinião clara de MAZZIOTTI.¹³¹ É também a clara opinião de JAMES MADISON, que teve o mérito de extrair o cerne permanente da

---

¹²⁷ Aliás, até hoje “*de iure*, o Monarca britânico é (...) parte integrante do Legislativo (...)” (LUCIFREDI, Pier Giorgio. *Appunti di Diritto Costituzionale Comparato*. Vol. 2 (Il sistema britannico). Sesta edizione. Milano: Giuffrè, 1992, capítulo II (La corona), p. 25, tradução livre e em itálico no original).

¹²⁸ V. comentários de BRYCE, James, op. cit., Volume I, capítulo 6 (Presidential powers and duties), p. 50 a 52.

¹²⁹ Segundo Bryce, para a Inglaterra o termo “veto power” (poder de veto) é infeliz, por sugerir que o Monarca britânico seja elemento exterior ao seu próprio “Great Council” (Grande Conselho, o Parlamento). Confira em: *ibidem*, loc. cit.

¹³⁰ TIEDMAN, Christopher G., op. cit., capítulo 12 (The real value of written Constitutions), p. 158 e 159.

¹³¹ Basta notar o conceito de Poder dele, cuja transcrição já fizemos no item precedente n. 30. De qualquer forma, para facilitar a consulta ao leitor, é válido transcrevermos a afirmação detalhada de Mazziotti afirmando que um regime livre pode ter mais de três Poderes, e alguns deles exercendo funções da mesma natureza: “(...) Ma in questa concezione tradizionale [de entender a teoria de Montesquieu, considerando cada um dos três Poderes como titulares de uma das funções fundamentais do Estado] occorre distinguere ciò che è contingente da ciò che ha un permanente valor storico. L’esistenza, nello Stato, di una pluralità di centri di potere, capaci di equilibrarsi e quindi dotati di un’almeno relativa indipendenza reciproca, è, per quanto la esperienza ci mostra, condizione indispensabile e permanente dell’esistenza di un regime libero. (...) Ma non è detto [por Montesquieu] che allo stesso fine di equilibrio di garanzia della libertà non possa conferire, o anzi conferir meglio, in condizioni diverse, l’attribuzione, ad organi costituiti in posizione d’indipendenza, di taluni aspetti di una delle funzioni fondamentali, o di nuove funzioni; e che quindi l’esercizio di una stessa funzione possa essere attribuito a più poteri, come avviene per la funzione legislativa, che spetta alle due camere e, in regime monarchico, anche al re; e che le competenze giurisdizionali, che attengono direttamente alla garanzia della costituzione, siano attribuite a un potere diverso dal giudiziario, cioè alla corte

idéia de separação de Poderes,¹³² aplicando-a no desenho do Estado norte-americano ao dividir o Legislativo em dois diferentes ramos (“branches”), e justificando tal divisão pela necessidade de proporcionar maior equilíbrio entre o Legislativo e os demais “departments”.¹³³ Julgamos, portanto, de rara felicidade o ensinamento de **FEDERICO SORRENTINO**, ao ressaltar que a separação do exercício de poder é “uno schema, e nulla più che uno schema, di organizzazione politica, al quale dunque possono ricondursi numerose forme di governo (um esquema, nada mais do que um esquema de organização política, que, portanto, pode levar a numerosas formas de governo).¹³⁴

Se ainda assim alguém insiste na interpretação literal do art. 2.º, tomemos como exemplo o seguinte texto: “A divisão e harmonia dos Poderes Políticos é o princípio conservador dos direitos dos cidadãos, e o mais seguro meio de fazer efetivas as garantias que a Constituição oferece”.¹³⁵ Desprezando que este texto seja originário da Carta de 1824, e supondo para fim de raciocínio que fosse o texto do art. 2.º da Constituição de 1988, alguém poderia duvidar que este exato texto seria a recomendação de **MONTESQUIEU** transformada em mandamento constitucional? De forma alguma. Com efeito, o que parece mais sensato é que o texto do artigo 2.º da Constituição Federal de 1988 foi redigido descrevendo três únicos grandes centros autônomos de poder por comodidade,

---

costituzionale; e che determinate funzioni legislative, organizzatorie e di governo spettino al capo dello Stato, considerato anch'esso come potere a sè stante (MAZZIOTTI, Manlio, op. cit., Volume I, p. 143 e 144).

¹³² Cf. subitem n. 26.2.

¹³³ MADISON, James. The Structure of the Government Must Furnish the Proper Checks and Balances Between the Different Departments, n.º 51. **The Federalist**. In: Great Books of the Western World. Vol. 43. Chicago, Londres, Toronto: Encyclopædia Britannica, Inc., 1952, p. 163.

¹³⁴ Federico Sorrentino complementa o porquê de ser um esquema, e nada mais que um esquema: “(...) dado que sejam [as formas de governo que seguem o esquema] inspiradas pelos seguintes princípios: a) garantia dos particulares contra o poder estatal; b) a realização de tal garantia por meio da contraposição entre os vários detentores de poder, colocados em posição de igualdade; c) a separação imposta de maneira tal para não imobilizar o aparato estatal, mas para consentir uma colaboração entre os vários poderes” – no original: (...) purchè siano ispirate ai seguenti principi: a) la garanzia dei singoli contro il potere statale; b) la realizzazione di tale garanzia attraverso la contrapposizione tra i vari detentori del potere, posti in posizione di parità; la separazione impostata in maniera tale, da non immobilizzare l'apparato statale, ma da consentire una collaborazione tra i vari poteri”. Confira: SORRENTINO, Federico. I conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato, op. cit., item 7 (Posizione del problema della compatibilità del regime parlamentare con la divisione dei poteri), p. 684, tradução livre.

¹³⁵ Carta/1824, art. 9.º. No art. 10 da Carta de 1824 é declarado que o Brasil possui quatro Poderes: os três tradicionais e o Moderador.

brevidade, tradição histórica somente traída textualmente pelas Cartas de 1824¹³⁶ e 1937, e também, quiçá, para homenagear quem brilhantemente teorizou o governo livre.

Teimar em sustentar a literalidade do artigo 2.º, além de olvidar os conflitos de atribuição cujos conflitantes escapem da tradicional tríade, está também cometendo o desvario de condenar nossa Constituição à inutilidade, pois qualquer norma jurídica, irrelevante qual ela seja, deve acompanhar o progresso dos tempos. Ninguém melhor que **THOMAS JEFFERSON** expôs esta necessidade, nas diversas oportunidades em que sustentou o direito de proceder a emendas para atualizar a Constituição:

“Pode-se, entretanto, torná-las imutáveis? [referindo-se às Constituições] Pode uma geração obrigar outra, e todas as demais, sucessivamente, para sempre? Creio que não. O Criador fez a terra para os vivos, não para os mortos. Direitos e poderes somente podem pertencer a pessoas, não a coisas, não a mera matéria destituída de vontade. Os mortos não são sequer coisas. As partículas da matéria que compunham seus corpos fazem, agora, parte dos corpos de outros animais, de vegetais, ou minerais de mil formas”.¹³⁷ E não se atualiza e constrói uma Constituição somente com emendas, porém, levando-se em conta o *caráter alográfico do Direito*,¹³⁸ a interpretação vai ajustando-a aos tempos, a ponto de **CHRISTOPHER TIEDMAN**, em seu clássico “The unwritten Constitution of the United States”, asserir que “Mr. JEFFERSON was right when he said that **JOHN MARSHALL** and

¹³⁶ A Carta de 1824 também traiu em virtude do texto do art 10; aliás, conforme dito na primeira parte do estudo, traiu tanto a Montesquieu quanto Constant.

¹³⁷ JEFFERSON, Thomas. op. cit., capítulo IV (O valor das Constituições), item 2 (Direito de proceder a emendas) p. 119.

¹³⁸ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*. São Paulo: Malheiros, 2002, capítulo VI da primeira parte (O caráter alográfico do Direito), p. 20: “Há dois tipos de arte: as alográficas e as autográficas. Nas primeiras – alográficas (música e teatro) – a obra apenas se completa com o concurso de dois personagens, o autor e o intérprete; nas artes autográficas (pintura e romance) o autor contribui sozinho para a realização da obra [Ortigueus]. (...) O direito é alográfico. E alográfico é porque o texto normativo não se completa no sentido nele impresso pelo legislador. A ‘completude’ do texto somente é atingida quando o sentido por ele expressamente é produzido, como nova forma de expressão pelo intérprete. Mas o ‘sentido expressado pelo texto’ já é algo novo, distinto do texto. É a norma. (...)”. Nota: o que está entre chaves na transcrição está no original.

the Supreme Court were engaged in making a new constitution for the government. And the Supreme Court has continued to make constitutional law ever since".¹³⁹⁻¹⁴⁰

Desta forma, considerando a vestimenta pétrea do artigo 2.º,¹⁴¹ ao ver do estudo ela deve ser interpretada conforme conclusão precedente: qualquer alteração estrutural do Estado brasileiro é lícita, desde que não conspire contra a liberdade do cidadão por contribuir para o dismantelo do sistema de freios e contrapesos constitucionalmente garantido.¹⁴² A propósito disse MONTESQUIEU: "De duas maneiras um Estado pode transformar-se: ou porque a constituição se corrige, ou porque ela se corrompe. Se conservou seus princípios e a constituição modifica-se, é porque ela se corrige; se perdeu seus princípios e a constituição vem a ser modificada, é que ela se corrompe".¹⁴³

Como se vê, não há mais espaço para interpretarmos literalmente a clássica tríade de ramos de poder na leitura do artigo 2.º da Constituição de 1988, mas a separação do exercício do poder está em perene construção.

Até aqui, portanto, parece justo modificarmos a primeira aproximação do conceito de conflitos brasileiros de atribuição de "*controvérsia entre ramos de poder a respeito da existência de determinado poder*" para "*controvérsia envolvendo centros autônomos de poder a respeito da existência de determinada potestade*".

¹³⁹ "Senhor JEFFERSON estava correto quando disse que JOHN MARSHALL e a Suprema Corte estavam envolvidos em construir uma nova Constituição para o governo. E a Suprema Corte tem continuado a construir o Direito Constitucional desde então" (TIEDMAN, Christopher G., op. cit., capítulo II (The origin and development of Constitutional law), p. 44, tradução livre).

¹⁴⁰ A propósito, Celso Ribeiro Bastos, apoiado em Konrad Hesse, lembra do caráter aberto e amplo da Constituição, o que aumenta sobremaneira a importância do ato de interpretar/aplicar. Nesta linha, segundo o saudoso Professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, a consequência direta deste fenômeno é que surge a possibilidade da "atualização" das normas constitucionais via interpretação. "Aqui", diz ele, "a interpretação cumpre uma função muito além da de mero pressuposto de aplicação de um texto jurídico, para transformar-se em elemento de constante renovação da ordem jurídica, de modo a atender, dentro de certos limites oriundos da forma pela qual a norma está posta, às mudanças operadas na sociedade, mudanças tanto no sentido do desenvolvimento quanto no de existência de novas ideologias" (BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação...*, capítulo II, p. 54).

¹⁴¹ Constituição/1988, art. 60, parágrafo 4.º, III.

¹⁴² Cf. subitem n. 26.3.

¹⁴³ MONTESQUIEU, op. cit., Vol. I, Livro décimo primeiro, capítulo XIII (Reflexões gerais sobre o Estado de Roma depois da expulsão dos Reis), p. 196.

A partir do conceito esposado, fica claro que para a aferição de um conflito de atribuição o intérprete deve observar se há no caso concreto ausência de superior hierárquico comum entre os conflitantes, pois se não houver o conflito pode ser solvido pelo superior hierárquico – eis a autonomia dos centros de poder, é uma idéia relacional.¹⁴⁴ O conflito não se reduz à clássica tríade de Poderes. Também, ele deve ser relevante para o sistema de freios e contrapesos, senão teríamos que assumir o conflito de competência (entre juízos) como um conflito de atribuição.¹⁴⁵ Quanto ao objeto do conflito, “existência de determinada potestade”, conforme já esclarecido anteriormente o conflito de atribuição não exige necessariamente recíprocas afirmações positivas ou negativas, porquanto o fim do processo de atribuição é proteger a liberdade do cidadão conservando o equilíbrio de forças políticas instituídas.¹⁴⁶

Considerando que a história acusa uma evolução perene da estrutura estatal,¹⁴⁷ adotamos a técnica de evitar apontar quem são os “centros autônomos de poder”. Em verdade, é inviável abstrata, antecipada e genericamente afirmar todos os possíveis conflitantes de atribuição não só pela contínua mudança estrutural do Estado, mas também porque deve o órgão jurisdicional competente ao caso concreto investigar se realmente há

---

¹⁴⁴ Então, deve-se ter muita atenção para a seguinte observação: o simples fato da atribuição objeto da controvérsia ser importante para o sistema de freios e contrapesos obrigatoriamente não torna a controvérsia um conflito de atribuição, pois a circunstância do conflito deve necessariamente ameaçar o sistema de “checks and balances”, e eis a razão da exigência de ausência de superior hierárquico comum entre os conflitantes. Exemplificando, suponha-se a hipótese de um Ministro de Estado vetando parcialmente uma lei. Este ato usurpador da atribuição da Presidência da República faz germinar conflito de atribuição? Pelo menos no sistema constitucional do Brasil a resposta é negativa, pois embora o poder de veto seja relevantíssimo para o sistema de freios e contrapesos, o Presidente deverá solucionar o conflito hierárquico com sua última palavra. Mesmo não cabendo suscitar o conflito de atribuição, obviamente que terceiros a esta relação estão autorizados a negarem validade ao veto, inclusive recorrendo ao Judiciário se for necessário obter uma declaração judicial de invalidade do ato do Ministro.

¹⁴⁵ Cf. nosso item n. 27.

¹⁴⁶ Cf. período do subitem n. 25.5 ao item n. 27.

¹⁴⁷ Cf. a evolução brasileira em nosso capítulo primeiro. No geral acompanhamos Caio Tácito, apenas ressaltando que, a nosso ver, é extremamente difícil a previsão precisa de todas as atribuições estatais: “Qualquer que seja, porém, o regime constitucional vigente, haverá sempre, no quadro da Lei Magna, uma definição precisa das atribuições peculiares a cada um dos Poderes. *A variação que se formula, no tempo e no espaço, no tocante à supremacia na ordem interna do Estado, não impede que, em um momento*

conflito de atribuição entre os órgãos conflitantes, observando sobretudo se há, entre eles, ausência de superior hierárquico. Entretanto, a operação de verificação de existência de conflito de atribuição não deve despregar-se de precedentes judiciais, tanto em relação aos conflitos solvidos pela via principal como pela via incidental, e esta advertência é inolvidável também mesmo para os conflitos que eventualmente sejam novidades. É que esta experiência histórica é vital em virtude da matéria de conflitos de atribuição exigir especial prudência, e é só com ela que há o valioso discernimento do tema. A busca por um sistema abstrato e fechado olvidando a irrefreável evolução dos tempos seria imprudência desnecessária.

De acordo com o novo conceito que propomos, é importante, portanto, não considerarmos o art. 2.º pela sua literalidade: embora o Ministério Público, Tribunal de Contas, etc., não sejam enquadráveis na clássica tríade, é total insensatez por este motivo não conhecer, na via jurisdicional principal, de conflito constituído por órgão de um destes grandes corpos autônomos de força.¹⁴⁸ Com efeito, os órgãos destes centros autônomos de poder estão tão sujeitos aos conflitos de atribuição quanto os órgãos dos clássicos três ramos de poder. Esta afirmação não é só porque os órgãos daqueles centros-de-força foragidos da tríade, consoante explica a própria teoria do órgão, exprimem o agir e o querer do Estado.¹⁴⁹ Mas, sobretudo porque tais órgãos, no momento em que pertencem a corpos autônomos de força, guardam em relação a órgãos de outros Poderes (inclusive a órgãos da clássica tríade) o potencial para os conflitos de atribuição, já que em relação aos órgãos de outros Poderes são elementos ativos no sistema de freios e contrapesos, com capacidade de frear, controlar e equilibrar. Por isso, é preciso ter em mente – e a história constitucional brasileira confirma nossas palavras – que devem ser solucionados na via principal não somente os conflitos brasileiros de atribuição entre “órgãos supremos do Estado”, consoante, por exemplo, prevê a legislação alemã.¹⁵⁰ É que a idéia de conflito de

---

determinado, se possa definir precisamente a competência constitucional de cada órgão” (TÁCITO, Caio. *Conflito de atribuições...*, item “2”, p. 46).

¹⁴⁸ Transbordaria os limites do presente estudo pesquisar minuciosamente sobre a possibilidade de considerar estes centros autônomos de poder como “Poderes” além da tríade, porém, pelo menos para fins de conflitos de atribuição *não há dúvida alguma* de que são, sim, Poderes.

¹⁴⁹ V., amplamente: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Apontamentos sobre a teoria dos órgãos. *Revista de Direito Público*, v. 04, n. 16, abril-junho, 1971, p. 30 a 37.

¹⁵⁰ Cf. em nosso item n. 46 o § 63 da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal alemão (“Gesetz über das Bundesverfassungsgericht”).

atribuição está intimamente ligada ao princípio da separação dos Poderes,¹⁵¹ *i.e.*, a característica fundamental do conflito de atribuição é a dúvida atributiva *entre Poderes distintos do Estado*. É uma idéia relacional. Daí o motivo pelo qual não importa, em nosso entender, que o conflito ocorra entre órgãos que estejam no topo da estrutura estatal ou em sua base. Um insignificante órgão do Poder Executivo que esteja em sua base, muito distante do topo do Poder Executivo, caso perpetre ato capaz de colocá-lo em conflito com órgão jurisdicional de primeiro grau – um conflito muito comum em nossa história – provoca conflito entre dois Poderes, na medida em que questiona a melindrosa *fronteira constitucional* que existe entre ambos os Poderes. Não é nunca demais repetir que nossa posição está em consonância com a história constitucional brasileira.

É verdade que vemos méritos¹⁵² no conceito de órgão constitucional de MAZZIOTTI,¹⁵³ méritos que o habilita a ser colocado em posição superior ao então tradicional conceito de SANTI ROMANO.¹⁵⁴ No entanto, nem por isso aderimos ao seu

---

¹⁵¹ TÁCITO, Caio. Conflito de atribuições..., p. 46.

¹⁵² Em primeiro lugar, sua contribuição permite não só o bom entendimento dos conflitos italianos de atribuição, mas dos conflitos de atribuição ocorrentes em cada Estado que incorporou a garantia da separação do exercício do poder teorizada por Montesquieu. Igualmente, seu conceito representou muito particularmente ao atual regime livre da Itália, já que ele vinculou a idéia de órgão constitucional ao sistema italiano de freios e contrapesos.

¹⁵³ Eis o conceito de Mazziotti: “La nozione de organo costituzionale, che sembra di potersi desumere da queste considerazioni, è dunque quella di un’organizzazione parziale – ufficio, o complesso di uffici, dello Stato – caratterizzata anzitutto dalla competenza ad esercitare in grado supremo un complesso di funzioni pubbliche, e in secondo luogo dalla idoneità a frenare, controllare ed equilibrare gli altri organi dotati di simili competenze; costituita perciò dall’ordinamento in posizione di relativa indipendenza e parità rispetto a questi organi” (MAZZIOTTI, Manlio, op. cit., Volume I, p. 164).

¹⁵⁴ Santi Romano restringe-se a considerar a posição do órgão no conjunto do Estado deixando em segundo plano o caráter essencial de suas funções (Ibidem, Volume I, p. 160), isto é, para ele “todos os órgãos estatais que de algum modo não podem ser ligados ao conceito de hierarquia nem ao de autarquia são precisamente os órgãos constitucionais” (ROMANO, Santi. Nozione e natura degli organi costituzionali dello Stato. In: *Scritti Minori*. Volume Primo (Diritto Costituzionale). Milano: Giuffrè, 1950, p. 11). Neste sentido, conclui ele, sob a influência de Georg Jellinek: “constitucionais são aqueles órgãos para os quais são confiados a atividade direta do Estado e que gozam, nos limites do direito objetivo que os coordena não os subordinando entre si, de uma completa independência recíproca” (Idem. Ibidem, p. 12).

O conceito de órgão constitucional de Santi Romano foi muito influenciado pelo conceito de Georg Jellinek a respeito dos órgãos imediatos e mediatos. Cf. a obra de Romano citada, atentando-se principalmente para o item n. 7 de seu texto, p. 07, onde afirma que Jellinek não valorizou ou interpretou bem o critério de distinção entre órgãos imediatos e mediatos. Porém, Romano afirma que esta focalização equivocada de Jellinek não

conceito, pois entendemos que o processo de atribuição deve solucionar também os conflitos de atribuição em cujos órgãos não exerçam função pública em “grau supremo”. A restrição aos órgãos supremos pode ser bom e válido para a Itália ou para a Alemanha, contudo contraria totalmente nossa história constitucional.

32. Aperfeiçoado o conceito de conflito brasileiro de atribuição é preciso prosseguir na investigação, e o momento não só está maduro para respondermos ao desafio lançado no segundo capítulo a respeito do conflito **PEDRO I-Assembléia Constituinte**,¹⁵⁵ como a resposta a esta altura é bastante previsível: o conflito **PEDRO I-Assembléia Constituinte** não pode ser considerado um conflito de atribuição.

Ora, o objeto do conflito **PEDRO I** e Assembléia Constituinte era o poder para redigir a Constituição que haveria de reger nosso país, ou mais especificamente, ambos disputavam o poder *para dar a última palavra quanto a sua redação*. Em vista desta circunstância verifica-se que o processo de atribuição seria totalmente inútil para solver tal conflito,¹⁵⁶ e o motivo principal é que aí não está em jogo a conservação do equilíbrio de forças de um sistema político formalmente instituído e calcado em uma Constituição, mas sim o aniquilamento de um dos dois conflitantes pelo seu adversário: **D. PEDRO I** pretendia – no mínimo – tornar a Assembléia Constituinte uma grande encenação, enquanto a Assembléia pretendia obrigar **D. PEDRO I** a aceitar os termos da Constituição da forma como ela viesse a lume.

---

prejudica o critério dele em si, afirmando ser substancialmente verdadeiro. A parte que Romano parece reconhecer como verdadeira quanto a distinção entre órgãos imediatos e mediatos, encontra-se na obra de Jellinek quando ele diz que: “en todo Estado existen necesariamente órganos inmediatos cuya existencia es lo que determina la forma de las asociaciones, y cuya desaparición, o desorganiza completamente al Estado, o lo transforma fundamentalmente. (...) La naturaleza de los órganos inmediatos muéstrase jurídicamente en que no pueden estar sometidos jamás al poder de mando de outro órgano de la misma asociación, esto es, que en lo que toca al contenido de su función, es completamente independiente; (...)” (JELLINEK, Georg. **Teoría General del Estado**. Tradução por Fernando de los Rios, da 2.ª edição de 1905. Buenos Aires: Editorial Albatros, 1954, p. 412 em diante).

¹⁵⁵ Cf. item n. 7.

¹⁵⁶ Admitindo a existência do processo de atribuição neste contexto histórico apenas para fins de raciocínio, pois a própria existência deste processo é impossível pelas circunstâncias do caso em análise.

O que se quer dizer, sucintamente, é que a solução deste conflito não obedece à lógica da conservação do equilíbrio de forças dentro de um sistema constitucional, ou à proteção do sistema de freios e contrapesos e da liberdade do cidadão. Mas obedece à lógica da simples anulação de uma das forças que se digladiam. Logo, antes de contrariar a finalidade do processo atributivo, o conflito **PEDRO I-Assembléia Constituinte** sequer diz respeito à recomendação política de **MONTESQUIEU**.

33. Como consequência, o conflito **PEDRO I-Assembléia Constituinte** forçosamente leva o estudo a concluir que os conflitos brasileiros de atribuição só podem abranger *poderes constituídos* ou os *centros-de-força constituídos*. Quando se conceitua conflito de atribuição como dúvida entre distintos centros autônomos de força quanto a existência de determinada “propriedade de ação” – “poder” nas palavras de **RUI BARBOSA** –, deve-se interpretar que o conflito pende entre poderes políticos que tenham seu campo de ação delimitado em lei infraconstitucional ou diretamente na Constituição. Vale ressaltar que embora o conflito seja constitucional por ser pertinente ao sistema brasileiro de “checks and balances”, isto não quer dizer que a dúvida de atribuição deva somente assentar-se em normas formalmente constitucionais, isto é, que se sujeitaram à aprovação do Poder Constituinte ou ao rígido procedimento de emendas, pois uma lei infraconstitucional pode muito bem influir significativamente no referido sistema. Qual a razão disto? É que não se deve perder de vista que o Congresso Nacional e a Presidência da República são alguns dos vários intérpretes da Constituição, e se nosso Supremo Tribunal Federal, por exemplo, recusasse conhecer de conflito pela alegação de estar fundado em lei infraconstitucional – que nada mais é do que uma interpretação da Constituição dada pelo Congresso –, estaria cometendo o desatino de abrir mão da função de último intérprete da Constituição e de regulador das forças político-constitucionais do Estado do Brasil na via do processo atributivo.¹⁵⁷

---

¹⁵⁷ A propósito, a Lei italiana que regulamenta a Corte Constitucional, n. 87 de 11 de março de 1953, em seu artigo 37 fala expressamente que “o conflito entre Poderes do Estado é resolvido pela Corte Constitucional na hipótese dos órgãos serem competentes para declarar definitivamente a vontade do Poder a que pertence e para a delimitação da esfera de atribuições determinada pelos vários poderes das “*norme costituzionale*” (normas constitucionais). Mazziotti sustenta que não há razão para que normas que não sejam de hierarquia constitucional não possam invocadas para conflitos de atribuição, porque pode haver nas leis

Só pode haver então conflito de atribuição quando ele estiver fundado no elemento jurídico-constitucional, *i.e.*, na hipótese do conflito envolver dúvida quanto aos limites constitucionais de ação dos centros autônomos de força. A ausência deste elemento jurídico-constitucional não autoriza o julgamento de mérito do processo de atribuição. Se bem compreendida esta noção, não deve o intérprete olvidá-la jamais. Caso olvide-a, estará torpedeando importante pilar da teoria constitucional – a delimitação da ação dos poderes políticos –, que absorvemos das idéias francesas no Império – embora neste período a separação estivesse só no papel –, e sobretudo dos Estados Unidos da América com a Constituição de 1891.¹⁵⁸ Este ponto-de-vista, para o estudo, é indiscutível. Onde não há pluralismo de poder político, não são possíveis os conflitos de atribuição.

Esta conclusão é aplicável inclusive ao sistema constitucional inglês que, como se sabe, não foi instituído por um ato solene mas é primordialmente costumeiro. A propósito, na Itália, onde há Constituição escrita, ESPOSITO sustenta que o órgão jurisdicional competente para julgar os conflitos de atribuição deve ter em conta os costumes que eliminam lacunas constitucionais.¹⁵⁹ Com isto, não devemos também interpretar que só haveria conflito de atribuição entre órgãos *solenemente* constituídos. Isto seria negar a teoria desta espécie de conflito, que se esteia justamente na pluralidade de forças políticas. Para todos firmarmos bem esta conclusão, vejamo-la com vagar pelo ângulo do vetusto e tradicionalíssimo pragmatismo inglês.

34. Conforme explica RUI BARBOSA apoiado na lição transcrita de BOUTMY, “os grandes poderes políticos não são no mínimo gráu criaturas de um poder constituinte; porquanto a existência delles precede a de qualquer acto constituinte, que se conceba. Seu título não é uma vontade expressa regular, e distinctamente manifestada em certo dia, mas uma antiga posse de facto que, no correr dos seculos, não soffreu turbacão. Seu fundamento está fóra de toda e qualquer lei de organização, solemnizada como o sello da soberania nacional. Está, por consequencia, fóra da Constituição, no significado francez da

---

infraconstitucionais regulamentação das relações entre “poteri dello Stato”(poderes do Estado). V. MAZZIOTTI, Manlio, op. cit., Volume II, p. 22 a 24.

¹⁵⁸ Vide lição de Rui Barbosa no subitem n. 25.1.

¹⁵⁹ Apud MAZZIOTTI, Manlio, op. cit., Volume II, p. 25, nota “22”.

palavra. E, se esses poderes nella figuram, não é porque o institua ou consagre; é, ao revés, porque elles engendraram. A Constituição ali, não vem a ser mais do que a evolução sucessiva de um ajuste de fronteiras immemoriaes, que, coexistindo lado a lado, se estendem, se estreitam, se encontram, reagindo e transigindo incessantemente entre si”.¹⁶⁰ O cientista político **VERNON BOGDANOR** confirma esta lição esclarecendo que “a peculiaridade da Constituição britânica é a ausência de um árbitro [“umpire”]. São os próprios jogadores, o governo da vez [“government of the day”], que interpretam o modo pelo qual as regras devem ser aplicadas”.¹⁶¹ E complementa **ERIC BARENDT**: “De fato, as regras são compostas [“made up”] na medida em que o jogo é jogado”.¹⁶²

Ou seja: além de ser impossível negar a existência dos conflitos ingleses de atribuição, estes são resolvidos pelo ajuste contínuo e mútuo das fronteiras imemoriais da Constituição inglesa. E este modo político de proceder na resolução dos conflitos ingleses de atribuição está longe da arbitrariedade, pois encontra limites rígidos nas sucessivas históricas conquistas do povo inglês, consubstanciadas no “law of the land” ou “lex terrae” (direito da terra). Neste sentido, apoiado em costumes e precedentes, **HENRY DE BRACTON**¹⁶³ comenta sobre a limitação do soberano em plena Inglaterra medieval: “Rex non debet esse sub homine, sed sub Deo et sub lege, quia lex facit regem. (...) Non est enim rex ubi dominatur voluntas et non lex”[O Rei não deve estar abaixo dos homens, mas abaixo de Deus e da lei, porque a lei faz o Rei (...)] Não há “rex” onde a vontade governa antes da “lex”].¹⁶⁴ **ROSCOE POUND** esclarece que os reis da Inglaterra, por mais arbitrários

¹⁶⁰ BOUTMY, Emile Gaston. *Études de Droit Constitutionnel*. Paris, 1885, p. 229 e 230 apud BARBOSA, Rui. *Commentários á Constituição Federal Brasileira*. Colligidos e ordenados por Homero Pires, Cathedrático de Direito Constitucional na Faculdade da Bahia. Vol. I (Das disposições preliminares). São Paulo: Saraiva & Cia., 1932, p. 44 e 45.

¹⁶¹ Apud BARENDT, Eric. Is there a United Kingdom Constitution? *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 17, number 1, Spring 1997, p. 142, tradução livre.

¹⁶² Ibidem, loc. cit, tradução livre.

¹⁶³ Juiz da corte inglesa conhecida como “Coram Rege”, futura “King’s Bench”, de 1247 a 1250 e novamente de 1253 a 1257. Também era clérigo.

¹⁶⁴ BRACTON, Henry de. Trecho citado da passagem intitulada: Rex non habet parem (Ninguém se iguala ao Rei). In: *Bracton Online - Home Page, Harvard School Libray*. Obra digitalizada: Sobre as leis e costumes da Inglaterra [De legibus et consuetudinibus Angliæ]. Tradução: o texto da obra em latim é de George Woodbine (1876-1953), e foi traduzida para o inglês pelo historiador Samuel E. Thorne ao longo de trinta anos, e a tradução para o português é livre. Textos em latim e inglês disponíveis em: <<http://hls1.law.harvard.edu/bracton/Common/index.htm>>. Acesso em 10 de fevereiro de 2005.

e violentos que fossem, “viam-se obrigados a usar de cautela para não provocar o temperamento do país”, e em seguida recorda episódio envolvendo um dos mais truculentos soberanos que passaram pelo reino da Inglaterra: “Henrique VIII podia promover a execução das esposas ou dos cortesãos. Mas quando procurou impor pesada contribuição financeira sem o consentimento do parlamento, encontrou oposição irresistível. Disseram que seus súditos eram ingleses e não franceses; homens livres, não escravos. Os comissários do rei foram atacados. Houve ameaças de insurreição armada e os oficiais do rei não puderam levantar forças que a dominassem. Henrique VIII lembrou-se de Eduardo II e Ricardo II e não persistiu. Os dispositivos das constituições americanas que dão direito ao povo de trazer armas conservam a lembrança desses episódios”.¹⁶⁵

É indiscutível, portanto, o acerto de nosso mais alto constitucionalista ao destacar o povo inglês como fundamental e incontestável ponto de equilíbrio de todo o seu invejável e peculiar sistema político-constitucional:

“(…) Se um parlamento pudesse divorciar-se do sentimento nacional, ao ponto de *confundir as funções da justiça com as do executivo* [exemplo de conflito de atribuição], subordinar o direito de reunião à autorização prévia do Governo, estabelecer a electividade da magistratura, dar à milícia a escolha de seus officiaes, ou retirar aos Tribunaes ordinarios os crimes de ordem commum perpetrados por militares, a inconstitucionalidade de taes leis, seu conflicto com esse espirito de liberdade, que é a expressão geral do direito político na Inglaterra (1)¹⁶⁶, que fórma, por assim dizer, a sua Constituição immanente, não teria paradeiro, não encontraria solução em nenhum dos poderes constituídos. Só a reacção da vontade nacional pelos meios moraes, pelas urnas populares, ou pela revolução poderia reequilibrar a tradição juridica, abalada pelo legislador. *E se não fossem esses tres contrapesos, dos quais os dois primeiros acabaram por inutilizar o ultimo, se elles não representassem, na doutrina constitucional, assim, como na prática, um poder, o poder que sobrepaira aos outros, e os refreia a todos, o inglez não poderia ensoberbecer-se, como se ensoberbece, de que ‘o Governo de Inglaterra nunca foi theoricamente o*

¹⁶⁵ POUND, Roscoe, op. cit., capítulo II (Era dos Tudors e dos Stuarts), p. 26 e 27.

¹⁶⁶ Nota 01 do estudo de Rui Barbosa: Brougham: The British Constitution (Edimb., 1873), c. XVII, p. 285.

despotismo'. (2)¹⁶⁷. O Governo de Inglaterra seria, em princípio e de facto, o despotismo do parlamento".¹⁶⁸

Temos então por verdadeiro que não há um árbitro ("umpire") constituído na organização estatal inglesa responsável pela manutenção do equilíbrio de forças políticas do respectivo sistema constitucional, ao contrário do que se dá nos sistemas constitucionais norte-americano e brasileiro. Entretanto, também não é menos verdade que séculos de lutas, lágrimas, e derramamentos de sangue colocaram o povo inglês como um poder que sobrepaira aos poderes estatais lentamente constituídos, ou como ascendente moral e político de seus governantes.

Logo, chega-se muito próximo da tautologia advertir que a afirmação de **ERIC BARENDT** não deve ser interpretada literalmente, porque o contínuo labor da Constituição inglesa está sujeito aos limites de seu "common law". A esse respeito, a lição de **SHELDON AMOS**, transcrita por **RUI BARBOSA**, é conclusiva: "(...) a incalculada onipotencia do parlamento é quasi uma contradição nos termos; pois, havendo, na Constituição [inglesa], elementos estaveis, assim como ha elementos variaveis, obvio é que, se o parlamento puzer a mão na parte estavel, onde se embebem as raizes de sua propria existencia, commetterá imprudencia de suicida".¹⁶⁹⁻¹⁷⁰

Portanto, é lícito concluir que há conflitos ingleses de atribuição justamente por haver centros distintos de força no sistema constitucional inglês, centros que são resultados

¹⁶⁷ Nota 02 do estudo de Rui Barbosa: *Essays Introductory in the Study of Engl. Constit. History* by Resident Members of the University of Oxford. Ed. by H. O. Wakeman and A. Hassal. (London, 1887). Ess. IV, p. 159

¹⁶⁸ **BARBOSA, Rui. Commentarios á Constituição Federal Brasileira...**, Vol. I, p. 44, *itálico por conta do presente estudo.*

¹⁶⁹ *Apud ibidem*, p. 43.

¹⁷⁰ Clèmerson Merlin Clève, notável constitucionalista da Universidade Federal do Paraná, esclarece que a Constituição inglesa é flexível do ponto de vista estritamente jurídico, e coteja com os aspectos histórico e sociológico: "Sim [afirmando a flexibilidade jurídica da Constituição inglesa], porque desde a ótica jurídica não há nada que impeça uma mudança radical na estrutura constitucional material inglesa. Todavia a cultura inglesa certamente não admite lei ofensiva da consciência jurídica e democrática experimentada pelos cidadãos ingleses. Logo, se juridicamente a Constituição inglesa é flexível, desde uma perspectiva sociológica ou histórica, é rígida (CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no Direito brasileiro*. 2.^a edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, item "1.4.1", p. 58, nota "91").

de posses imemoriais não turbadas ao longo dos séculos. Não importa se a Constituição inglesa, como explica JAMES BRYCE, esteja “contida em centenas de volumes de leis e casos relacionados”¹⁷¹ sem a solenidade de um ato demarcando expressamente o exercício do poder entre os centros-de-força ingleses, ou que não exista um “umpire” na Inglaterra nos moldes dos Estados Unidos; estes dois motivos não impedem – e nem poderiam impedir – a existência dos conflitos ingleses de atribuição. Como vimos na história constitucional do Brasil, a existência ou não de um árbitro diz respeito ao modo de solução do conflito, nada tendo a ver com sua existência, isto é, o conflito e o seu desfecho são momentos distintos.¹⁷² Em verdade, a ausência de “umpire” formal é constituído no sistema inglês casa-se perfeitamente com o modo inglês de proceder na política desde tempos imemoriais, sobretudo com a posição sobranceira do povo em relação aos poderes do Estado, algo muito difícil de constatar mesmo nos ditos “povos civilizados e desenvolvidos” de cultura ocidental. A ascendência moral e política do povo inglês é a peça fundamental para que seu sistema de freios e contrapesos não pereça.

É evidente que nossa tradição político-constitucional está longe da inglesa, seja no aspecto da absoluta ascendência do povo, no da constituição de Poderes pelo costume, como no da ausência de um “umpire” (árbitro) no sistema político-constitucional. Entretanto, para fins de interpretação de nosso conceito de conflito de atribuição, não deve o intérprete jamais menosprezar o fato de que o conflito de atribuição existe em virtude da pluralidade de centros autônomos de poder fundamentais para o sistema de freios e contrapesos, sendo irrelevante se os conflitantes foram constituídos pela prática longa, contínua, e incontestada, ou se por prévio e solene ato constitutivo.

35. Sejam os centros autônomos constituídos pelo costume ou pela lei, de qualquer maneira devemos ter em mente que o caráter alográfico do Direito impõe que todo centro autônomo de poder tenha sua constituição completada pela interpretação dos membros da sociedade. Em vista disso, a sociedade reconhece a validade da constituição de determinado centro-de-poder não só pela interpretação dos representantes do Parlamento (leis), mas sobretudo pela interpretação, pois não existe lei sem interpretação.

---

¹⁷¹ BRYCE, James, op. cit., Volume I, capítulo 33 (The interpretation of the Constitution), p. 332; cf. também capítulo 23, p. 216 (Edição da Liberty Fund equivale à 3.ª edição publicada até 1941, com algumas adições).

Pode, ainda, a constituição de determinado centro-de-poder ser produto de simples interpretação assentada diretamente pela sociedade, sem passar por seus representantes. Como foi dito, o estudo entende que a evolução estrutural do Estado brasileiro é sempre lícita quando não violar o âmago da recomendação de MONTESQUIEU.¹⁷³

No Brasil esta última hipótese da interpretação direta da sociedade é bem mais remota não só por cultivarmos grande apego a textos, mas porque nosso sistema constitucional tem em seu topo um árbitro final, o guardião da Constituição. Por este motivo, ainda que alguma entidade ensaie constituir-se como centro autônomo de força pelo costume, dificilmente alguém da sociedade, ao sentir-se prejudicado, deixará de levar a questão ao sumo intérprete das leis. Então, no Brasil, a hipótese inglesa é remota, mas, em hipótese diversa, a possibilidade de despontar centro autônomo de poder pela interpretação de nossos Tribunais não é mesmo de menosprezar-se. Supondo que algum conflito chegue a ser levado ao guardião da Constituição, é preciso ter em mente que mesmo na hipótese do Supremo Tribunal Federal repetir “*ipsis litteris*” a atribuição de determinado centro-de-força que conste de convenção escrita, não deixa de laborar na contínua evolução da estrutura do Estado brasileiro em virtude do caráter alográfico do Direito, isto é, o intérprete completa a obra. Se considerarmos um fato como uma sucessão de situações que se relacionam,¹⁷⁴ fica fácil de perceber que mesmo na hipótese das situações serem absolutamente repetidas ou, no contexto da exposição, o Supremo Tribunal repetir metodicamente a mesma decisão ao longo de anos, ele está construindo Direito, completando a obra iniciada pelo Constituinte, ainda que a interpretação não se modifique qualitativamente ao longo do eixo temporal. A construção da Constituição é perpétua, isto é, ela sempre está em construção, havendo no Brasil a limitação jurídica das

---

¹⁷² Cf. item n. 8.

¹⁷³ Cf. subitem n. 26.3, e item n. 31.

¹⁷⁴ Cf. CARNELUTTI, Francesco. *Teoria Geral do Direito*. Tradução de Antônio Carlos Ferreira. 2.^a impressão. São Paulo: LEJUS, 1999, § 1.^o até o § 23, p. 13 a 61, sobretudo §§ 22 (Análise do fato; princípio, evento, ciclo do fato) e 23 (Fato temporal: sucessão). Diz Carnelutti: “É assim que a noção de fato se resolve em dois elementos: situação e relação. (...) Pode suceder que as situações, ainda que múltiplas, formal e espacialmente sejam idênticas ou invariáveis. A coincidência formal e espacial entre o princípio [situação que inicia o ciclo do fato] e evento [situação que encerra o ciclo] não exclui o fato. Na verdade, tal coincidência não exclui a pluralidade de situações e a sua ligação, que é uma ligação puramente temporal” (Ibidem, p. 58 e 59).

cláusulas pétreas, enquanto em outros lugares há uma imutabilidade política.¹⁷⁵ Assim, desde que não fulmine o âmago da recomendação política de MONTESQUIEU, e que sua decisão seja muito bem justificada para novas necessidades sociais e políticas, não há razão para desprezar a hipótese do Supremo Tribunal Federal completar a constituição de centro autônomo de poder que tenha iniciado o processo constitutivo sem ato solene, simplesmente pela prática não turbada; não há razão para que a construção ou a interpretação inove qualitativamente. Nesta hipótese o Supremo julgaria como questão prejudicial se determinado ente seria ou não centro autônomo de poder relevante para o sistema de freios e contrapesos, e em caso positivo julgaria posteriormente o conflito de atribuição.

Vendo o problema dos conflitos brasileiros de atribuição por este aspecto construtivo, é mais que oportuno o estudo abordar neste momento a importância do árbitro final do sistema constitucional brasileiro para solver os conflitos brasileiros de atribuição.

Nosso sistema constitucional funda-se na tradição norte-americana de controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e atos normativos (“judicial review”), cuja consolidação se deu no século XIX – quando éramos uma Monarquia absolutista –, no célebre “case” *Marbury v. Madison*, datado de 1803, o qual “nos oferece o primeiro cimo nessa cadeia de revelações do novo direito constitucional, que o mundo moderno deve á grande criação política dos Estados Unidos. Foi na decisão desse pleito que a Côrte Suprema affirmou pela primeira vez a autoridade, sem par nos annaes da justiça, de não cumprir as leis inconstitucionaes”.¹⁷⁶⁻¹⁷⁷

Por conta desta ascendência constitucional da “Supreme Court”, configuração bem distinta se comparada ao sistema constitucional inglês, ela passou a ser o fiel da balança entre os centros autônomos de força nos Estados Unidos da América: ora defendendo os Estados contra a União, ora defendendo esta contra os Estados, ora não permitindo que

¹⁷⁵ Por exemplo, na Inglaterra: o tripé de garantias dos magistrados, a supremacia do Parlamento, etc., são politicamente imutáveis, embora juridicamente pudessem ser modificados por um simples “act” do Parlamento.

¹⁷⁶ BARBOSA, Rui. Competência do Supremo Tribunal. In: *Collectanea Juridica – O habeas corpus. A amnistia. O Supremo Tribunal no nosso mecanismo político. Cessão de clientela. As condecorações. A posse dos direitos reais*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1928, p. 238.

algum ramo de poder seja subjugado por outro, enfim, o Tribunal máximo dos Estados Unidos preserva a integridade da federação e protege a liberdade do cidadão estadunidense regulando o estado horizontal e verticalmente. A propósito, nosso mais alto constitucionalista produziu estudo intitulado “Competência do Supremo Tribunal Federal”,¹⁷⁷ no qual ao se opor severamente contra a falsa idéia de que o Supremo brasileiro deveria limitar-se a “executar leis de direito privado” acabou demonstrando, apoiado em vastos subsídios doutrinários e judiciais, que o Supremo Tribunal dos Estados Unidos da América era o árbitro que mantinha o equilíbrio entre os poderes constituídos, por meio da interpretação constitucional inaugurada no mencionado “case” *Marbury v. Madison*. Diz ele:

“(…) Todos elles [constitucionalistas americanos e europeus] nos ensinam que a Côrte Suprema, ‘o mais nobre producto dos que elaboram a constituição federal’, é quem ‘mantem *todo o seu mecanismo em boa ordem, protegendo a União contra os Estados e cada uma das partes do governo federal contra qualquer atentado das outras*’ (103)¹⁷⁹.

A linguagem categorica, porém, de alguns dos mais autorizados [constitucionalistas americanos] bastará, para dar a ver o sentir de todos os demais sobre ‘as altas funções dessa magistratura como *arbitro entre o governo federal e o dos Estados*, bem assim *entre os diferentes ramos do governo nacional*’ (104)¹⁸⁰.

(…)

Note-se que como alli se avalia o alcance incomparavelmente politico desta situação para o grande orgam da justiça federal:

‘O mais poderoso dos freios no preservar, não só as relações regulares *entre o poder federal e os poderes dos Estados*, mas ainda *entre os proprios ramos de poder federal*, tem consistido, indubitavelmente, na Côrte Suprema. Ella tem sido a roda mestra (*the balance wheel*) no mecanismo da republica. A Constituição, no exercício da supremacia a respeito

¹⁷⁷ Cf. no subitem n. 25.1 parte deste “case” transcrito, e a indicação de uma de suas possíveis localizações.

¹⁷⁸ BARBOSA, Rui. Competência do Supremo Tribunal. In: *Collectanea Juridica...*, p. 230 a 283.

¹⁷⁹ Nota 103 do estudo de Rui Barbosa: ‘The Federal Supreme Court is the noblest product of the wisdom of those who framed the Federal Constitution. It keeps the whole machine in working order, *protecting Union againsts the States and each part of the Federal Government againsts the agressions of the others*’. James Bryce: *Studies in history and jurisprudence* (Oxford, 1901), vol. I, p. 399.

¹⁸⁰ Nota 104 do estudo de Rui Barbosa: ‘Its high functions as arbitrator between the Federal and State governments and between the branches of the national government’. Willoughby: *The Supreme Court of the United States* (Baltimore, 1890), p. 83.

de todos esses poderes, *a todos os limites, e o instrumento para dar realidade a esta limitação tem sido a Côte Suprema*, como interprete do direito constitucional' (106)¹⁸¹,¹⁸²

Com relação especificamente ao equilíbrio federativo, vale destacar passagem na qual **RUI BARBOSA** ilumina a função preservadora da "Supreme Court":

"O litigio minaz suscitado no começo do seculo dezenove por **JEFFERSON** e pela escola virginiana, entre a soberania da União e a dos Estados, depois de haver posto em risco durante mais de um lustro, na pavorosa guerra civil, a integridade e a existencia nacional, acabou expirando para sempre, 'graças ao haver-se elevado a Côte Suprema á posição de arbitro acceito e equanime na causa constitucional, outr'ora pendente, sobre as extremas entre os poderes dos Estados e os da Nação' (129)¹⁸³,¹⁸⁴

E no mesmo sentido, **WRIGHT** e **KANE** igualmente sublinham a função preservadora da federação exercida pela Suprema Corte:

"Os Estados da União não estão livres para guerrearem uns contra os outros. Controvérsias entre eles, quando eram independentes, teriam de ser resolvidas pela diplomacia ou pela força, mas agora são pacificamente resolvidas por uma Corte neutra [Suprema Corte dos Estados Unidos]".¹⁸⁵

Em vista destas anotações, correta é a conclusão de nosso maior constitucionalista:

"Tanto quanto nas questões de uns com outros Estados, ou entre estes e a União, em todas as outras e, portanto, nas que se debaterem, entre os próprios poderes federaes, sobre

¹⁸¹ Nota 106 do estudo de Rui Barbosa: Willoughby: op. cit., p. 33

¹⁸² BARBOSA, Rui. Competência do Supremo Tribunal. In: *Collectanea Juridica...*, p. 258, marcações em itálico constam do original.

¹⁸³ Nota 129 do estudo de Rui Barbosa: Jam. Alb. Woodburn: *The American Republic and its government* (1903), p. 327.

¹⁸⁴ BARBOSA, Rui. Competência do Supremo Tribunal. In: *Collectanea Juridica...*, p. 263.

¹⁸⁵ KANE, Mary Kay; WRIGHT, Charles Alan. *Law of Federal Courts*. Sixth edition. Minnesota: West Group, 2002, Chapter 13 (The original jurisdiction of the Supreme Court), § 109 (Cases in which a state is a party), p. 811, tradução livre.

as reciprocas extremas, quando taes questões se suscitarem de modo regular, sob a fôrma de pleitos judiciais, a linha divisoria entre esses poderes, entre os differentes Estados, ou entre elles e a Federação, que[m] a fixa em derradeira instância, é a Côrte Suprema.

Toda a jurisprudência americana lhe reconhece, nesses litígios supremos, a condição de árbitro: ‘its high functions as arbitrator between the Federal and State governments and between the branches of the national government’ (132)^{186, 187}.

Sendo assim, na hipótese de controle de constitucionalidade pela via incidental, tanto nos Estados Unidos da América como no Brasil os conflitos entre os centros autônomos de força podem ser solucionados como questão prejudicial em relação ao julgamento do pedido, logo, isto significa que desde nossa Constituição de 1891 os conflitos de atribuição e federativos também encontravam solução no sistema constitucional pela via jurisdicional. Todavia, não se deve esquecer que na referida Constituição, conforme visto no capítulo primeiro,¹⁸⁸ competia ao Supremo Tribunal julgar originária e privativamente, quando suscitado para “as causas e os conflitos entre a União e os Estados, ou entre uns com os outros”,¹⁸⁹ e este dispositivo foi inspirado na Constituição dos Estados Unidos da América.¹⁹⁰

É exatamente a absorção de toda esta praxe constitucional nas letras de nossa Constituição de 1891 que levou o Ministro **OROSIMBO NONATO**, na fase decadente do Estado Novo, a ponderar em resposta ao Ministro **CASTRO NUNES** no processo de atribuição n.º 1.399: “Neste ponto é que existe a divergência entre a opinião de V. Ex. e a minha. Há um conflito possível, em tese, entre autoridades administrativas; mas o órgão que devia resolver seria o Supremo Tribunal, porque não há outro, [e] não por força de dispositivo da Constituição, *mas por força do sistema político que não deixa questão sem*

¹⁸⁶ Nota 132 do estudo de Rui Barbosa: Thayer: The American Doctrine of Constitut. Law. Harvard Law Review, Vol. VII (1893), p. 184. Nossa tradução livre: “as altas funções da Suprema Corte como árbitro entre governos federal e estaduais e entre os ramos de poder do governo nacional”.

¹⁸⁷ BARBOSA, Rui. Competência do Supremo Tribunal. In: *Collectanea Juridica...*, p. 263.

¹⁸⁸ Cf. item n. 2.

¹⁸⁹ Constituição/1891, art. 59, I, “c”.

¹⁹⁰ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. U.S. Constitution, article III, § (section) 2. Constituição norte-americana disponível no sítio digital do “Legal Information Institute”, da Universidade de Cornell: <<http://www.law.cornell.edu/constitution/constitution.overview.html>>. Acesso em 15 de janeiro de 2005.

solução”.¹⁹¹ E antes mesmo de **OROSIMBO NONATO**, jamais pode ser esquecido o voto do Ministro **PEDRO LESSA** no caso **GUINLE** autuado sob o n.º 199 em 1908, quando ele reconheceu o Distrito Federal de sua época como “Estado” para fins de julgamento do conflito federativo – um raciocínio análogo ao do caso n.º 1.399 –, além de apontar com muita perspicácia o conflito de atribuição entre o Presidente da República e o Legislativo municipal (o Conselho Municipal).

Por enquanto, que fique registrado: nosso sistema constitucional encontra no poder jurisdicional *a última palavra a respeito da solução dos conflitos*, sendo então vital para a contínua construção da estrutura do Estado brasileiro. Maiores detalhes a respeito das competências do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, todas relacionadas à resolução de conflitos de atribuição pela via principal, serão tratados oportunamente na terceira parte do presente estudo.¹⁹²

36. Para o encerramento deste capítulo, é preciso colocar à prova a idéia de que o conflito de atribuição não seria uma lide no sentido “carneluttiano” do termo, e que portanto, seria impertinente exercitar a jurisdição em sua modalidade contenciosa. A despeito de ser inquestionável a grandeza intelectual de **PEDRO LESSA**,¹⁹³ é indispensável enfrentamento de maior alcance em relação a esta questão, e não somente para que se renda a devida homenagem a **LESSA** e a **FRANCESCO CARNELUTTI**, mas acima de tudo porque em última análise nossa história constitucional indica que este é o exato ponto onde reside importante bifurcação de dois possíveis e antagônicos pressupostos a serem aplicáveis ao processo de atribuição: ou um regime democrático ou um regime de servidão, *i.e.*, ou o processo serve para regular e preservar real equilíbrio de forças políticas autônomas dentro de um sistema constitucional, ou serve para resolver conflitos de menor importância que não digam respeito à manutenção do sistema de “checks and balances”, quando em hipótese mais extrema não for manipulado para legitimar um sistema autocrático.¹⁹⁴

¹⁹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Conflito de jurisdição n.º 1.399, op. cit., p. 164, grifado pelo estudo.

¹⁹² Cf. subitem n. 72.3.1.

¹⁹³ V. sua lição no subitem n. 25.3, e a aplicação dela por este estudo no início do subitem n. 25.4.

¹⁹⁴ Cf. a primeira parte do presente estudo.

Para que a questão seja enfrentada com a merecida atenção, é útil antes que se perpassasse primeiro pela teoria de **PENSOVECCHIO LI BASSI** por ter influenciado muitos da doutrina italiana a falar em lide no processo italiano de atribuição, e depois pela doutrina de **ALFREDO BUZAI**D cujos adeptos granjeados no Brasil são dos mais respeitáveis.

36.1. **PENSOVECCHIO LI BASSI** considera substancialmente o conflito de atribuição como uma lide no sentido “carneluttiano” do termo,¹⁹⁵ pois segundo seu ponto de vista, “a pretensão de exercitar um poder ou de assumir um comportamento incompatível com uma ou mais normas atributivas de poder faz encontrar e se opõe a resistência de um [outro] ofício (“ufficio”) que se considera lesado pelo referido comportamento”.¹⁹⁶

Tendo em vista que a eventual ocorrência de lide exige no mínimo duas pessoas, sendo um conflito de interesses intersubjetivo,¹⁹⁷ **PENSOVECCHIO LI BASSI** esforçou-se para demonstrar uma “subjetividade instrumental” (“soggettività strumentale”)¹⁹⁸ dos “uffici” (ofícios), isto é, estes seriam dotados de personalidade jurídica somente para fins de exercer suas atribuições. Eis o esforço do pensamento de **PENSOVECCHIO** para chegar a este resultado, separando as idéias de ofício (“ufficio”) e de órgão (“organo”): “O órgão, portanto, é a própria entidade, considerada entretanto não pelo ato de constituição, porém pelo exercício daquela atividade na qual pode reconhecer-se propriamente uma exteriorização de poder do ente”.¹⁹⁹ E quanto ao “ufficio”, diz ele: “(...)se ao contrário por órgão se entende o ‘ufficio’, que é provido de própria e específica individualidade e explica o interior da organização das várias atividades particulares, é permitido concebê-lo como sujeito distinto do ente”.²⁰⁰ E então **PENSOVECCHIO** conclui que somente na primeira hipótese – dos “organi” – é possível falar de identificação entre “uffici” e a entidade: “é allora che le entità uffici si presentano come organi” (é então que os ofícios

¹⁹⁵ **PENSOVECCHIO LI BASSI**, Antonino, op. cit., capítulo II (Natura giuridica del conflitto), item 8, p. 53.

¹⁹⁶ *Ibidem*, loc. cit.

¹⁹⁷ **CARNELUTTI**, Francesco. *Sistema di Diritto Processuale Civile*. Vol. I (Funzione e composizione del processo). Padova: CEDAM, 1936, item 12, p. 29 e itens 119 e 120, p. 342 e 343.

¹⁹⁸ **PENSOVECCHIO LI BASSI**, Antonino, op. cit., capítulo I (Presupposti concettuali), item 10, p. 33.

¹⁹⁹ *Ibidem*, item 4, p. 15, nota “21”.

²⁰⁰ *Ibidem*, item 7, p. 25.

apresentam-se como órgãos).²⁰¹ Em suma, conforme explica **FRANCO PIERANDREI**, **PENSOVECCHIO LI BASSI** fala em “organi” em relação às manifestações externas do ente (do corpo ao qual pertence); e em “uffici” de um ponto de vista estrutural do ente.²⁰² Também aí encontra-se a razão de nossa tradução diferenciar dois conceitos distintos de termos que são usados normalmente para significar a idéia de órgão.²⁰³

Toda esta construção engenhosa, esta “diferenciação dinâmica da organização”²⁰⁴ separando ofício de órgão, serviu para **PENSOVECCHIO LI BASSI** sustentar a referida subjetividade instrumental dos ofícios – que são os órgãos quando vistos do ponto-de-vista estrutural do ente maior –, e assim, poder justificar que eles possuem interesses próprios, todos enfeixados em um interesse maior de garantir a “integrità della competenza” (integridade da atribuição).²⁰⁵ E acrescenta, então, para justificar seu conceito de lide, que os ofícios possuem a referida personalidade instrumental,²⁰⁶ e portanto, no seio da organização da entidade são titulares “di poteri, pretese e doveri” (de poderes, pretensões e deveres),²⁰⁷ e claro, seus interesses próprios e suas vontades próprias.

Com estas idéias **PENSOVECCHIO LI BASSI** sustenta o conflito de atribuição como sendo lide, e conforme já visto,²⁰⁸ afirma que o conteúdo do conflito é uma relação entre “uffici” (ofícios), ou uma “lide sobre a atribuição de uma determinada potestade, que um ofício suscita contra outro ofício, quando se considera incapacitado [“menomato”] ou lesado [“leso”] em suas atribuições”.²⁰⁹ Chama de conflito constitucional (“conflitto costituzionale”) todo conflito que disser respeito a interpretação de atribuições inscritas em

²⁰¹ Ibidem, item 4, p. 15, nota “21”.

²⁰² PIERANDREI, Franco. Corte Costituzionale. In: *Enciclopédia del Diritto*, Giuffrè, Vol. X, Contratto-Cor, 1962, item 61, p. 1007, nota “553”.

²⁰³ Na doutrina de Pensovecchio o termo “ufficio” não pode ser traduzido como “órgão” como muitas vezes é traduzido para a língua portuguesa, pois ele usa também o termo “organo” que também significa “órgão” para uma idéia distinta. Assim, para não haver confusão nos termos, o melhor parece ser traduzir “ufficio” literalmente como “ofício”, para não ser confundido com o termo italiano “organo”, que aqui será tratado como “órgão”. Cada um destes termos estão vinculados a conceitos distintos na doutrina de Pensovecchio.

²⁰⁴ PENSOVECCHIO LI BASSI, Antonino, op. cit., capítulo I (Presupposti concettuali), item 11, p. 38.

²⁰⁵ Ibidem, item 6, p. 18 a 23, sobretudo 22, e v. também p. 27 a 29, no item 8 do mesmo capítulo.

²⁰⁶ Ibidem, item 10, p. 33.

²⁰⁷ Ibidem, item 10, p. 34.

²⁰⁸ Cf. o item n. 28.

²⁰⁹ Ibidem, p. 64., tradução livre.

normas constitucionais e, no entanto, insiste em explicar o conflito constitucional como uma lide.²¹⁰

36.2. Estudo que se tornou referência no Brasil é o de **ALFREDO BUZAID** intitulado “Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no Direito brasileiro”, cujo objeto de investigação foi a arguição de inconstitucionalidade regulada pela Lei n.º 2.271 de 22 de julho de 1954.

Refutando a tese de **PONTES DE MIRANDA**, **ALFREDO BUZAID** negou que fosse “representação” o poder do Procurador-Geral da República de submeter ao julgamento do Supremo Tribunal Federal o ato arguido de inconstitucionalidade,²¹¹ sustentando que seria “exercício de *direito de ação*, que o art. 1.º da Lei n.º 2.271 atribuiu *privativamente* ao Procurador-Geral da República”.²¹² Para patrocinar seu ponto de vista listou uma série de distinções entre o direito de representar e o direito de ação, e uma delas seria quanto a titularidade: “(...) aquele [direito de representar] pode ser exercido indistintamente por quem quer que seja, ao passo que este [direito de ação] pressupõe a *legitimidade ad causam*, isto é, a idoneidade da parte por sua posição relativamente à lide”.²¹³

Segue nesta linha argumentando que “toda a ação pressupõe necessariamente três elementos subjetivos: *autor, réu e juiz*”,²¹⁴ e como efeito desta assertiva sustenta ser um equívoco tratar a arguição como “representação”, pois segundo ele “o processo tem caráter dialético e visa à composição de um conflito”.²¹⁵ E continua expondo que “não se compreende a existência de um processo contencioso, iniciado por um autor sem a citação de um réu, do mesmo modo que não se justifica a presença de um réu sem a propositura de ação pelo autor”.

---

²¹⁰ Ibidem, p. 141 a 171, *passim*.

²¹¹ BUZAID, Alfredo. *Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no Direito brasileiro*. Saraiva: São Paulo, 1958, capítulo VIII (Do direito de ação), p. 102 e 103, *itálico no original*.

²¹² Ibidem, p. 104, *itálico no original*.

²¹³ Ibidem, loc. cit, *itálico no original*. Lide é usado no sentido carneluttiano, conforme nota “97” de seu estudo.

²¹⁴ Ibidem, p. 105, *itálico no original*.

Pois bem, aproximando-se do cume de sua argumentação e onde exatamente o presente estudo quer chegar, **ALFREDO BUZAID** sustenta que:

“O Procurador-Geral da República é autor da ação e opera como *substituto processual*, isto é, em nome próprio, mas por interesse alheio. Não o move um interesse *pessoal*; ele representa toda a coletividade empenhada em expurgar a ordem jurídica de atos políticos, manifestamente inconstitucionais e capazes de por em risco a estrutura do Estado”.²¹⁶

Então, trata do papel do Supremo Tribunal Federal no processo:

“A função do Supremo Tribunal Federal não é responder a uma consulta; é decidir um caso concreto. Decretada a inconstitucionalidade, o Congresso suspenderá a execução do ato argüido, se essa medida bastar para o restabelecimento da normalidade do Estado”.²¹⁷

E com estas considerações deixa claro que a idéia de lide está embutida na primeira fase do processo interventivo, ou mais precisamente que está embutida no processo da Lei n.º 2.271.²¹⁸ Sendo assim, ao findar sua construção, julgando ser o mandado de segurança uma ação civil de natureza contenciosa afirma que o artigo 4.º da referida Lei n.º 2.271 está a favor de sua tese, já que preceitua a aplicação do procedimento de mandado de segurança ao processo de argüição de inconstitucionalidade.²¹⁹ Nesta linha, sustenta que o recurso de embargos previsto no mesmo artigo 4.º também confirma sua tese, já que “pressuposto para interposição de recurso é o estado de sucumbimento”.²²⁰

---

²¹⁵ Ibidem, p. 106.

²¹⁶ Ibidem, p. 107, *itálico no original*.

²¹⁷ Ibidem, *loc. cit.*

²¹⁸ Segundo a acertada lição de Buzaid, o processo regulado pela Lei n.º 2.271/1954 é “condição *necessária*” para a intervenção federal, “mas não *suficiente* para a intervenção” por depender da concorrência do Congresso (Ibidem, p. 116). Ou seja, o processo da Lei n.º 2.271/1954 é a primeira fase da intervenção federal nas hipóteses previstas no art. 7.º, inciso VII da Constituição de 1946. Desta forma, como muito bem acentua Alfredo Buzaid, a decisão de inconstitucionalidade ou “decretação de inconstitucionalidade” é um *prius*, sendo a efetiva intervenção federal realizada pelo Congresso um *posterius* (Ibidem, p. 112).

²¹⁹ Ibidem, p. 107 e 108.

²²⁰ Ibidem, p. 109.

O estudo de **ALFREDO BUZAI**D ecoou intensamente no meio jurídico. **JOSÉ FREDERICO MARQUES**, em estudo que homenageou **JOAQUIM CANUTO MENDES DE ALMEIDA**, comenta que “demonstrou **ALFREDO BUZAI**D, de modo convincente, a impropriedade do vocábulo usado [representação, que também consta do art. 119, I, “I” da Constituição de 1967], o que, no entanto, como também faz ver aquele ilustre Mestre, não desnatura o instituto a que a denominação se aplica [refere-se ao instituto da ação]”.²²¹

De fato, o que parece ter sido decisivo para que **FREDERICO MARQUES** trilhasse este caminho, era sua enorme preocupação em resguardar o princípio da separação dos centros de força, sobretudo quando afirma que “por tratar-se, portanto, de regra excepcional [a declaração de inconstitucionalidade pela via principal], que amplia de tal forma as atribuições jurisdicionais do Poder Judiciário, a ponto de lhe permitir a prática de ato equivalente à revogação da própria lei, - o seu entendimento não pode ser ampliativo, porque, então, iria dilatar uma função que não é própria do Judiciário, com indevida invasão nos domínios políticos do Legislativo”.²²² Mas com todo este cuidado, tendo em vista que seu pensamento sustentava a natureza administrativa da jurisdição voluntária,²²³ o grande mestre só poderia tratar do processo constitucional de via principal – previsto tanto na Constituição de 1967 quanto na Carta de 1969 – como instrumento a resolver “litígio constitucional”.²²⁴

“No processo constitucional previsto no art. 119, I, “I”, da Constituição da República, são partes litigantes, de um lado o Procurador-Geral da Justiça como órgão do Estado, e de outro, o órgão estatal de onde emanou a lei declarada inconstitucional”. E continua **FREDERICO MARQUES**: “É que, nessa hipótese [declaração de inconstitucionalidade pela via principal], objeto do processo foi o litígio constitucional derivado de uma pretensão insatisfeita: o reconhecimento da inconstitucionalidade da lei,

²²¹ MARQUES, José Frederico. Questões de processo constitucional (O art. 119, I, “I” da Constituição da República). In: BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini (Coordenadores). *Estudos em homenagem a Joaquim Canuto Mendes de Almeida*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 137.

²²² Idem. Ibidem, p. 139.

²²³ MARQUES, José Frederico. *Ensaio sobre a jurisdição voluntária*. Edição *princeps* atualizada. Campinas: Millennium, 2000, § 19.

para que este deixe de ser aplicada. Declarada procedente a pretensão, com o acolhimento da representação, a lei fica desconstituída, sem efeito e totalmente desprovida de aplicabilidade, em virtude do julgamento proferido no processo constitucional”.²²⁵

E um detalhe digno de ser sublinhado é que ao tratar do efeito deste processo constitucional, **FREDERICO MARQUES** aduz que o Procurador-Geral é o representante da soberania do Estado.²²⁶

ADA PELLEGRINI GRINOVER, não menos autorizada, embora inicie sua explanação alegando que a ação direta de representação de inconstitucionalidade não estivesse ancorada no parágrafo 4.º do art. 153 da Carta de 1969 – indicando implicitamente que não seria processo que visasse tutelar lesão ou ameaça a direitos subjetivos –, acaba influenciada pelo esforço intelectual de **ALFREDO BUZAID**,²²⁷ esclarecendo que o Procurador-Geral da República indubitavelmente seria o autor, e que o réu seria o órgão do qual promanou a lei ou ato normativo inquinado de inconstitucionalidade.²²⁸ E nestes termos concluiu:

“(…); [Não há dúvidas] que o órgão jurisdicional, no caso o Supremo Tribunal Federal, vai decidir imparcialmente com todas as garantias que cercam os seus membros dos órgãos jurisdicionais. E que a lide é uma lide de natureza constitucional versando exatamente sobre a análise da adequação da norma ou ato à Constituição”.²²⁹

36.3. Perpassadas as teorias, o estudo pede vênia e tolerância aos grandes mestres citados, para sustentar a inaplicabilidade do conceito de lide lapidado por **FRANCESCO CARNELUTTI** ao processo brasileiro de atribuição.

---

²²⁴ MARQUES, José Frederico. Questões de processo constitucional..., op. cit., p. 142.

²²⁵ Idem. Ibidem, loc. cit.

²²⁶ Idem. Ibidem, loc. cit.

²²⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. Da ação direta de representação da inconstitucionalidade. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 07, outubro-dezembro de 1981, p. 91.

²²⁸ Ibidem, p. 90 a 91.

²²⁹ Ibidem, p. 91.

O equívoco fundamental da teoria de **PENSOVECCHIO LI BASSI** é estar desvinculada do sistema de freios e contrapesos, razão-de-ser da autonomia dos conflitantes. Ora, uma vez que **PENSOVECCHIO** sustenta ser o conflito de atribuição uma lide, adotando para o processo italiano de atribuição a finalidade consagrada por **FRANCESCO CARNELUTTI** de composição da lide,²³⁰ então o fim do processo deixa de ser o de conservar o equilíbrio de forças entre os centros autônomos de poder e o funcionamento do sistema de freios e contrapesos, para ser o de tutelar simplesmente direitos subjetivos dos conflitantes.

Para que se entenda com a devida profundidade esta crítica, é preciso lembrar que “interesse” é conceituado por **CARNELUTTI** como “posição favorável à satisfação de uma necessidade”,²³¹ e portanto uma relação entre “o ente que experimenta a necessidade (homem) e aquele que é capaz de satisfazê-la (bem)”.²³² Havendo necessidades ilimitadas dos seres humanos e sendo limitados os bens, correlata à noção de interesse é a de conflito de interesses,²³³ e “existe conflito entre dois interesses quando a situação favorável para a satisfação de uma necessidade exclui a situação favorável de uma necessidade diversa”,²³⁴ surgindo uma relação jurídica quando é o conflito regulado pelo Direito: o conflito de interesses é o elemento material da relação jurídica, enquanto o comando jurídico é o formal.²³⁵ Levando-se em conta que há a solução do conflito no comando jurídico,²³⁶ logo em tal relação jurídica os interesses conflitantes estão em posições diversas: um é prevalecente e protegido e o outro subordinado.²³⁷ Consequência deste antagonismo é que a relação jurídica “supõe dois sujeitos, os quais são, respectivamente, os sujeitos da obrigação e do interesse protegido ou, do direito subjetivo”.²³⁸ **CARNELUTTI** ensina que o conflito inicia-se com um movimento de vontade de um dos sujeitos caracterizado-se pela

²³⁰ Cf. **PENSOVECCHIO LI BASSI**, Antonino, op. cit., capítulo II (Natura giuridica del conflitto), item 8, p. 53.

²³¹ **CARNELUTTI**, Francesco, *Sistema di Diritto Processuale...*, Vol. I, capítulo primeiro (Premesse alla nozione del processo), item 02, p. 07, tradução livre.

²³² **CARNELUTTI**, Francesco. *Teoria Geral...*, § 35 (Interesse), p. 89.

²³³ **CARNELUTTI**, Francesco, *Sistema di Diritto Processuale...*, capítulo primeiro (Premesse alla nozione del processo), item 03, p. 12.

²³⁴ *Ibidem*, loc. cit., tradução livre.

²³⁵ *Ibidem*, item 11, p. 25.

²³⁶ Quando não há específica e prévia solução dada pelo Legislativo é o Judiciário que a constrói deduzindo-a da Constituição.

²³⁷ *Ibidem*, loc. cit.

²³⁸ *Ibidem*, item 12, p. 29, tradução livre.

“exigência da subordinação do interesse alheio ao interesse próprio”, sendo este movimento a chamada “pretensão” (“pretesa”).²³⁹ A pretensão, segundo CARNELUTTI, “é um ato, não um poder; qualquer coisa que o titular do interesse faça, não qualquer coisa que tenha; [é] uma manifestação, não uma superioridade de sua vontade”.²⁴⁰ Esclarece também que a pretensão não é, e nem supõe o direito subjetivo: “é pretensão tanto a pretensão *fundada* quanto a pretensão *infundada*”.²⁴¹ Pode acontecer que diante da pretensão o titular do interesse oposto decida-se pela subordinação, e neste caso há a resolução pacífica do conflito.²⁴² Entretanto, também pode acontecer que o titular do interesse oposto decida resistir, opondo “resistência” (“resistenza”),²⁴³ que tanto pode ser a recusa à subordinação do interesse próprio ao interesse que se faz valer pela pretensão, ou sem expressa contestação ofende o interesse que se faz valer pela pretensão.²⁴⁴ Com a resistência nasce então a “lide” (“lite”): “conflito de interesses qualificado pela uma pretensão de um dos interessados e pela resistência do outro”,²⁴⁵ ou pode ser considerada como o movimento das partes, na qual uma delas pretende e a outra resiste contra a pretensão.²⁴⁶ A lide, como relação jurídica, apresenta um elemento material e o formal, correspondendo ao primeiro o conflito de interesses e ao segundo o de vontades.²⁴⁷

Pois bem, a partir desta ligeira exposição de parcela do admirável sistema “carneluttiano”, é possível vislumbrar com muita nitidez que são inatas ao conceito “carneluttiano” de lide duas idéias fundamentais: 1) há uma relação vertical no plano do direito material entre os litigantes, pois há um interesse protegido e outro subordinado; 2) como seguimento, um dos litigantes terá o seu interesse subordinado ao do seu adversário. Reside aí, nesta ordem de hierarquia que existe entre os interesses conflitantes, o erro principal de PENSOVECCHIO LI BASSI ao querer aplicar o trabalhado conceito de CARNELUTTI ao processo de atribuição.

²³⁹ Ibidem, item 14, p. 40, tradução livre.

²⁴⁰ Ibidem, item 122, p. 346, tradução livre.

²⁴¹ Ibidem, item 122, p. 347, tradução livre.

²⁴² Ibidem, item 14, p. 40, tradução livre.

²⁴³ Ibidem, loc. cit.

²⁴⁴ Ibidem, item 124, p. 350; e item 125, p. 351.

²⁴⁵ Ibidem, item 14, p. 40, tradução livre.

²⁴⁶ Ibidem, item 122, p. 345.

²⁴⁷ Ibidem, loc. cit.

A verdade é que processo brasileiro de atribuição não deve visar o prevalecimento do interesse de um dos conflitantes, mas visar o sumo interesse de toda a sociedade brasileira em preservar o sistema brasileiro de freios e contrapesos, vale dizer, o eventual prevalecimento de um interesse sobre outro deve ser considerado apenas uma possível consequência involuntária de decisão tomada com a preocupação de resguardar o todo, ou em poucas palavras, deve ser considerado uma possibilidade para proteger o sistema de freios e contrapesos.

Se é assim, o julgador competente para processar e julgar o conflito de atribuição na via principal não deve tutelar direitos subjetivos dos conflitantes. Desta forma, não faz sentido que as razões dos conflitantes sejam avaliadas com o único fim de verificar quem supostamente teria o interesse protegido, e igualmente não é sustentável que o julgamento seja proferido nos limites das razões suscitadas pelos conflitantes. Vai sim ao encontro da garantia dos freios e contrapesos que o julgador se ponha sobranceiramente às razões manifestadas pelos conflitantes, apreciando-as com a prudência de quem é competente à augusta função de regulação do equilíbrio de forças entre os centros autônomos de poder do sistema brasileiro político-constitucional, o que lhe permite inclusive julgar contrariando os interesses dos próprios conflitantes caso dê conta de que o atendimento de um ou de outro proporcionará o desequilíbrio das forças políticas, o que torpedearia o sistema brasileiro de freios e contrapesos. **PUBLIUS**²⁴⁸ – calcado na experiência histórica britânica e sob inspiração de **MONTESQUIEU** – ao sustentar um sistema estadunidense de “checks and balances” afirma: “ambition must be made to counteract ambition” (ambição deve ser projetada de forma a conter a ambição).²⁴⁹ Esta fórmula expressa que a liberdade exige “que el ejercicio de la potestad estatal no dependa exclusivamente de la voluntad de una sola y misma autoridad”.²⁵⁰ E o processo de atribuição é justamente instrumento deste sistema de diluição de poder, consistindo desvirtuamento considerá-lo como mero instrumento para satisfazer os interesses dos conflitantes.²⁵¹ Logo, conflito de atribuição não pode ser considerado como lide; além dos conceitos não se encaixarem, isto seria

²⁴⁸ Neste caso ou é James Madison ou Alexander Hamilton.

²⁴⁹ MADISON, James; ou HAMILTON, Alexander. The Structure of the Government Must Furnish The Proper Checks And Balances Between The Differents Departments, n.º 51. Ibidem, no mesmo sítio digital, tradução livre.

²⁵⁰ CARRE DE MALBERG, Raymond. **Teoria General del Estado**. Versión española de José Lión Depetre. México: Fondo de Cultura Economica, 1948, item 282, p. 764.

arruinar o fim de processo de atribuição que tenha como premissa garantir a liberdade do povo.

E quanto à tese de **ALFREDO BUZAI**D, tão decantada pelos mais conspícuos estudiosos? Pedindo licença com a máxima reverência, igualmente não serve para o processo de atribuição.

Em sua tese o Procurador-Geral é colocado como substituto processual da coletividade, ou na ensinança de **FREDERICO MARQUES** como representante da soberania do Estado. Sabendo que a pretensão é a exigência de subordinação do interesse alheio ao interesse próprio, é possível asserir que na tese de **BUZAI**D o Procurador-Geral, representante da coletividade ou do Estado, exige a subordinação do interesse do corpo Legislativo – na hipótese do ato contraditado ser lei – ao interesse da coletividade ou do Estado. Mas este modo de pensar inevitavelmente provoca as mais sérias indagações: não é estranho que todo o interesse da coletividade esteja representado somente pelo Procurador, ou na terminologia de outro grande autor, não é estranho que todo o interesse do Estado esteja somente representado pelo Procurador-Geral? E qual seria exatamente o interesse do corpo Legislativo no sistema político-constitucional do Brasil, se o Procurador-Geral detém o senhorio de todo interesse coletivo? Não é mais desconfortável ainda que sejamos obrigados a partir de uma premissa que supõe compormos uma perfeita unidade a respeito do que pensamos sobre o que seja ou não constitucional? Se realmente fôssemos esta uniformidade mecânica, qual seria a utilidade de controlar a constitucionalidade de uníssona interpretação da Constituição expressada pelos mais diversos elementos sociais e políticos?

A debilidade inaceitável da tese de **ALFREDO BUZAI**D é que ao injetar o conceito de lide no controle de constitucionalidade pela via principal, acaba assumindo que a sociedade seria um corpo absolutamente uniforme, como se o coletivo constituísse bloco inquebrantável. Obviamente esta idéia é antitética aos regimes democráticos modernos por suporem o mínimo de pluralismo social e político e a proteção das minorias. Mas, o que realmente intriga é sua tese ser apenas justificável nos regimes totalitários do ponto de vista ideológico, porque se o ponto de observação for o científico nem mesmo a estes

---

²⁵¹ Cf. subitem n. 26.3.

regimes a tese de BUZAIID faz as honras. Ora, não existe uniformidade social nem mesmo na mais cruenta das ditaduras, e as pavorosas carnificinas levadas adiante pelos regimes autocráticos são as mais vivas provas da existência de muitos interesses antagônicos no seio da sociedade. Também, supondo que o Procurador-Geral fosse realmente substituto processual da coletividade ou do Estado, qual é a explicação que se deveria oferecer na hipótese da ação direta de inconstitucionalidade ser julgada improcedente, prevalecendo o ato do Legislativo? Ou mais diretamente, qual interesse prevaleceu nesta hipótese? Esta pergunta torna-se mais curiosa quando se percebe que na história das ditaduras modernas o interesse do Estado confunde-se com o do próprio ditador, que se coloca como o único legítimo intérprete dos anseios populares. Também se torna mais inquietante se considerarmos a atual pluralidade de legitimação para propositura de ação direta de inconstitucionalidade.²⁵² Enfim, mesmo sabendo que a intenção do grande mestre tenha sido das melhores, não se pode esconder que é um grande erro injetar o conceito “carneluttiano” de lide nos processos voltados ao controle de constitucionalidade pela via principal, sobretudo quando se trata de conflito de atribuição, já que esta visão de Direito Processual não se concilia com o modelo ou o ideal democrático.

Mas a crítica mais contundente que se pode ouvir em favor da inaplicabilidade da lide “carneluttiana” ao processo brasileiro de atribuição, é a voz de nossa própria história constitucional.

Conforme visto na primeira parte do presente estudo, os governos autoritários do Brasil eram incompatíveis com os conflitos de atribuição, pois estes exigem pluralidade de centros-de-força. Não é outra a razão da tendência jurisprudencial nos regimes totalitários do Brasil criar empecilhos para o julgamento de mérito do processo atributivo, e esta tendência traduzia-se em argumentos típicos de processo contencioso,²⁵³ passando o órgão jurisdicional a ser julgador dos interesses dos conflitantes e abandonando o papel de guardião do interesse maior de conservar um sistema de freios e contrapesos. A incisiva influência política sobre o processo de atribuição é incontestável por tudo que se viu na primeira parte deste estudo, e um dos exemplos mais marcantes – embora aqui o conflito fosse questão prejudicial – é o próprio final confrangente do mandado de segurança

---

²⁵² Constituição/1988, art. 103.

²⁵³ Cf. item n. 18.

relacionado ao caso **CAFÉ FILHO**.²⁵⁴ Sendo assim, quando se analisa a história constitucional do Brasil percebe-se que não foi simples coincidência o processo atributivo não ter existido em nossa fase imperial,²⁵⁵ ter sido totalmente anulado no auge do Estado Novo com o caso n.º 1.332,²⁵⁶ e começado a ressuscitar na decadência do regime getulista pelo caso n.º 1.399.²⁵⁷ Renascendo a democracia em 1946, desde o caso n.º 1.483²⁵⁸ até o de n.º 2.266²⁵⁹ o processo atributivo chegou a um cume de grande esplendor; se comparado com os regimes políticos passados do Brasil, e também desconsiderando o inesquecível tropeço do já mencionado caso **CAFÉ FILHO** de 1954. O nascimento do regime militar de 1964, porém, cortou violenta e abruptamente as raízes do processo atributivo brasileiro que se desenvolviam, e o giro autoritário iniciou com o caso de n.º 2.861,²⁶⁰ fortalecendo-se com o de n.º 2.959,²⁶¹ e firmando-se definitivamente com o caso de n.º 5.173 de nosso Presidente **KUBITSCHKE**. Nunca mais o processo de atribuição no Brasil alçou vôo como a ave que vinha de longe, aos poucos, tão bela. Estagnou-se na interpretação obtusa do Superior Tribunal de Justiça cancelada pela apatia de nosso Supremo Tribunal Federal em matéria de conflitos de atribuição.²⁶² Até hoje a jurisprudência relativa aos conflitos de atribuição levados pela via principal vive o influxo do regime político imposto pelos militares. Não é sem razão a advertência de **BOTELHO DE MESQUITA**: “o pior da ditadura, já o disse em outra ocasião, não é o que durante ela se padece; é o que dela se herda”.²⁶³ E o que pode nos salvar desta herança malfazeja? Além do passar do tempo com a lenta oxigenação proporcionada pelas novas gerações, a razão é um poderoso medicamento que está indicando neste estudo o conceito “carneluttiano” de lide ser insustentável para o processo brasileiro de atribuição, bem como a outro qualquer processo brasileiro de controle de constitucionalidade pela via principal.²⁶⁴

---

²⁵⁴ Cf. item n. 12.

²⁵⁵ Cf. itens n. 1, 2, 7, 8, e 17.

²⁵⁶ Cf. item n. 11.

²⁵⁷ *Idem*.

²⁵⁸ *Idem*.

²⁵⁹ Cf. item n. 12.

²⁶⁰ Cf. item n. 13.

²⁶¹ *Idem*.

²⁶² Cf. itens n. 14 e 15.

²⁶³ **BOTELHO DE MESQUITA**, José Ignácio. As novas tendências... In: *Teses, Estudos...*, Vol. 1, item “26”, p. 285.

²⁶⁴ Neste sentido, quanto aos outros processos de controle de constitucionalidade pela via principal, ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de inconstitucionalidade, manifesta-se Gilmar Ferreira

37. Concluindo a respeito do conflito brasileiro de atribuição e o respectivo processo de atribuição, é necessário deixar claro que são idéias distintas, embora dependentes mutuamente.²⁶⁵

Ao ver do estudo, a definição de conflito brasileiro de atribuição é *controvérsia envolvendo centros autônomos de poder a respeito da existência de determinado poder, e que ela seja relevante ao sistema de freios e contrapesos*.

Em cima desta definição é válido realçar o que já foi dito dantes: (1) fala-se em controvérsia porque a dúvida não é lide;²⁶⁶ (2) a controvérsia deve ser relevante para o sistema de freios e contrapesos²⁶⁷ – daí é possível excluir, por exemplo, o conflito de competência;²⁶⁸ (3) envolve centros autônomos de poder, *i.e.*, envolve centros de poder que não possuem superior hierárquico comum (autônomos entre si),²⁶⁹ não importando se estão

---

Mendes: “(...) O Supremo Tribunal Federal ressaltou a *objetividade* desse processo [referindo-se a este controle abstrato], que não conhece partes e outorga ao Tribunal um instrumento político de controle de normas. Desde então, parece pacífico o entendimento sobre a natureza do controle abstrato de normas como *processo objetivo*, para cuja instauração se afigura suficiente a existência de um *interesse público de controle*. A outorga do direito de propositura a diferentes órgãos estatais e a organizações sociais diversas ressalta o *caráter objetivo* do processo do controle abstrato de normas, uma vez que o autor não alega a existência de lesão a direitos, próprios ou alheios, atuando como representante do interesse público. Já sob a vigência da Constituição, teve o Tribunal oportunidade de reiterar essa orientação, reconhecendo que, no controle abstrato de normas, tem-se *processo objetivo*, que não conhece partes, destinado, fundamentalmente, à defesa da Constituição (MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. 4.^a edição. São Paulo: Saraiva, 2004, Título III, Capítulo III, II, 2.2, p. 145 e 146, todos os itálicos no original).

²⁶⁵ Como se pode notar, afastamo-nos um pouco do grande publicista Caio Tácito, sobretudo em vista dele conceituar “conflito de atribuição” em um sentido amplo, referindo-se mais ao processo do que ao conflito em si. Porém, na essência, salvo melhor juízo, nosso estudo não dissente do grande Mestre; até porque assimilamos dele a idéia de não restringir o conflito de atribuição às dúvidas entre Administração Pública e Judiciário: “Em sentido lato, o conflito de atribuição é, assim, o processo de determinação da competência dos Poderes do Estado, quando se firme o dissídio entre dois deles, tanto no sentido positivo, como negativo” (TÁCITO, Caio. *Conflito de atribuições...*, p. 46).

²⁶⁶ Cf. subitem n. 25.4 e item n. 36 e os respectivos subitens.

²⁶⁷ Cf. subitem n. 25.4, item n. 26 e respectivos subitens, e também itens n. 30 e 31.

²⁶⁸ Cf. item n. 27.

²⁶⁹ Cf. subitem n. 25.1 e item n. 31.

constituídos por força de ato solene ou pelo costume;²⁷⁰ (4) não importa, igualmente, que os conflitantes estejam na base da estrutura estatal, pois em nossa história constitucional o Supremo Tribunal jamais exigiu que os órgãos fossem “supremos”, *i.e.*, que estivessem no topo da estrutura estatal;²⁷¹ (5) em questão prejudicial o órgão jurisdicional poderá complementar a constituição de um conflitante para fins de conflito de atribuição, se o caso exigir esta medida especial;²⁷² (6) é acidente nos conflitos de atribuição a existência de afirmações recíprocas positivas ou negativas, sendo próprio dos conflitos que a dúvida surja motivada pela ação ou omissão inconstitucional de um dos centros autônomos de força do Estado brasileiro, e eis a razão de bastar o órgão jurisdicional perscrutar se existe potestade investida em quem se propõe a cometer um ato ou a omitir-se.²⁷³

Ainda tratando de como interpretar o conceito de conflito brasileiro de atribuição, justamente pelo estudo refutar o conceito “carneluttiano” de lide para o processo brasileiro de atribuição, as categorias italianas “menomazione” ou “interferenza”, e “lesione”, não podem ser importadas para o Brasil. **PENSOVECCHIO LI BASSI** faz uso destas categorias constitucionais italianas para comprovar que existem conflitos de atribuição sem que necessariamente haja afirmações recíprocas, positivas ou negativas. Ele também não deixa dúvidas de que referidas categorias constitucionais da Itália estão associadas ao conceito de lide aplicado ao processo italiano de atribuição, e servem para justificar que os “uffici” (terminologia de **PENSOVECCHIO** com significado preciso)²⁷⁴ podem ser também lesionados reflexivamente com “menomazione” ou “interferenza” de suas atribuições, sem que necessariamente outro “ufficio” perpetre lesão direta com invasão ou usurpação de atribuição.²⁷⁵ Além destas categorias constitucionais da Itália estarem associadas ao conceito de lide, o Brasil não precisa delas porque o presente estudo, sem precisar usá-las, conseguiu demonstrar que os conflitos de atribuição não exigem afirmações recíprocas apenas perscrutando a finalidade do processo de atribuição. É que no Direito

---

²⁷⁰ Cf. itens n. 33 e 34.

²⁷¹ Cf. item n. 31.

²⁷² Cf. item n. 35.

²⁷³ Cf. o período do subitem n. 25.4 ao item n. 28.

²⁷⁴ Cf. subitem n. 36.1.

²⁷⁵ Cf. item n. 28.

Constitucional do Brasil as categorias *ação* e *omissão* inconstitucionais são suficientes para explicar o fenômeno dos conflitos brasileiros de atribuição.²⁷⁶

Concluindo, supondo para fins de reflexão a importação das categorias constitucionais italianas para o Brasil, seriam pelo menos dois os grandes inconvenientes: primeiro, inseriria uma terminologia inútil para nosso canal de comunicação, já que a terminologia brasileira, para este caso, mostra-se suficiente para o discurso científico e profissional; segundo porque as referidas categorias constitucionais da Itália não deixam de estar associadas ao conceito “carneluttiano” de lide, contrariando nossa história constitucional.²⁷⁷

O processo brasileiro de atribuição ou atributivo é *instrumento processual cujo fim é o de conservar o sistema brasileiro de freios e contrapesos, ao solucionar conflitos de atribuição como questão principal*. É um processo que determina a atribuição dos Poderes do Estado,²⁷⁸ observando sempre o equilíbrio que deve existir entre os Poderes. Em um regime democrático, este deve ser seu princípio vital.

É importante ressaltar que esta missão de conservar o sistema de freios e contrapesos não está desconsiderando a contínua e ininterrupta evolução da estrutura do Estado brasileiro, isto é, enquanto tal estrutura naturalmente evolui o processo é um instrumento que serve para fiscalizar se esta evolução que visa ajustar-se aos novos tempos não se desajusta do mandamento pétreo de separação do exercício do poder.²⁷⁹ Neste contexto os interesses dos conflitantes só devem ser reconhecidos e protegidos se o julgador entender que tal medida seja salutar para manter vivo e tenaz o equilíbrio de forças políticas dentro do sistema brasileiro político-constitucional. No processo de atribuição não deve o julgador proteger o interesse do conflitante a dano do sistema de freios e contrapesos, e portanto, o julgador pode inclusive contrariar os interesses dos conflitantes se assim estiver

---

²⁷⁶ Cf. período do subitem n. 25.4 ao item n. 27.

²⁷⁷ Cf. item n. 27 e conclusão do item n. 28.

²⁷⁸ TÁCITO, Caio. *Conflito de atribuições...*, p. 46. Consoante já fizemos questão de observar há algumas notas atrás deste mesmo item n. 37, Caio Tácito atribui esta definição à idéia de conflito de atribuição em “sentido lato”, mas julgamos que ela é bem aplicável no contexto de nosso estudo para explicar o processo de atribuição.

²⁷⁹ Constituição/1988, art. 60, parágrafo 4.º, inciso III.

protegendo o sistema brasileiro de “checks and balances”. É nisso que consiste a regulação jurisdicional horizontal da estrutura do Estado brasileiro.

38. Entrando o estudo na seara do equilíbrio federativo, calha lembrar ensinamento de nosso mais alto constitucionalista a respeito do que seja federação: segundo ele, é o “Governo da Província pela Província, num paiz onde a legalidade proclama o Governo da nação pela nação”, e também “o laço de unidade e o typo normal da organização livre da nação na immensidade e diversidade de um território como o nosso [brasileiro]”.²⁸⁰

Compatível com esta formulação, conflito federativo só pode ser *a controvérsia entre esferas da federação a respeito da existência de determinada potestade, e que – não querendo ser redundante – seja relevante para a conservação do sistema federativo.*

Como conseqüente o processo federativo *é instrumento processual cujo fim é o de conservar o pacto federativo, ao solucionar conflitos federativos como questão principal.* Seu fim é manter o equilíbrio de forças entre os entes federativos, não permitindo que a União subjugue indevidamente Estados e Municípios, que os Estados não ameacem a existência da União e dos Municípios, e que estes – os Municípios – possam exercer suas atribuições constitucionais ajustando-se às condições sociais, morais, políticas, antropológicas, religiosas, naturais da região a que pertencerem. Em suma, esta é a regulação vertical da estrutura do Estado brasileiro.

Aprofundando o fim do processo federativo, é preciso ter em mente que o princípio fundamental do federalismo brasileiro é permitir que os vários governos deste país continental pudessem se ajustar a um “meio physico e um meio moral variaveis na mais indefinida das escalas”.²⁸¹ Nesta linha de raciocínio, afirma RUI BARBOSA que “cada circumscrição territorial requer moldes municipaes correspondentes. Uma organização mediocre, observadas as affinidades convenientes entre a sua fôrma e a comunidade local, a que tem de servir, será sempre incomparavelmente mais fructificativa do que o

---

²⁸⁰ BARBOSA, Rui. *Commentarios á Constituição Federal Brasileira...*, Vol. I (Das disposições preliminares, p. 52.

mais excellente dos systemas, se não condisser com as exigências organicas do nucleo humano, a que se vae ajustar. Revela, portanto, que a organização das localidades varie de Provincia a Provincia, diversificando mesmo no seio de cada Provincia, conforme o carater, a civilização, as necessidades, a riqueza de cada região, de cada districto, de cada centro populoso. A um parlamento, á legislatura nacional seria demencia incumbir semelhante descriminação”.²⁸²

Além desta utilidade descentralizadora, ao tratar da “synthese da idéia federativa no Brasil”, em artigo de 17 de junho de 1889 – portanto ainda no contexto monárquico –, **RUI BARBOSA** adverte que àquela altura a reforma federativa representava uma reforma eminentemente conservadora, já que este golpe no parasitário Governo Central da Monarquia esfriaria as tendências centrífugas e desagregadoras dos Estados mais desenvolvidos, e também impediria que estas tendências comesçassem a florescer em Estados que conhecessem o desenvolvimento econômico adiante.²⁸³

RUI BARBOSA também não perdeu a oportunidade de admoestar os federalistas extremados de seu tempo, proferindo lição sobre a importância da União, em discurso de 16 de dezembro de 1890 – portanto, já no contexto republicano. Este discurso contém lição bastante útil e necessária mesmo para as gerações brasileiras que vivem o atual século XXI, pois seus membros costumam nutrir enorme desconfiança contra a União – não sem razão – sobretudo em função dos reflexos de 1964 que, como as incansáveis ondas do mar martelando contra rochedos, não cessam de esculpir nossa política:

“(…)

A luta contra o regimen monarchico inspirou-nos sentimentos, habitos e formulas, que presentemente já não correspondem á realidade, e, por uma educação nova, devemos empenharmo-nos em varrer do espirito. Estamos continuando a falar no Governo central, como se ele fosse o velho monstro de centralização cesarea, contra o qual nos debatíamos sob o Imperio; como se o Governo exprimisse ainda uma criação distincta dos Estados, alheia a elles indifferente á sua sorte, representação de um principio antagonico aos interesses provinciaes. (...).

---

²⁸¹ Ibidem, loc. cit.

²⁸² Ibidem, p. 53 e 54.

A união [brasileira, da Monarquia para a República] deixou de ser a opressão systematizada das localidades pelo centro. Sob o regimen federal, a União não é mais que a substancia organizada dos Estados, a individualidade natural e constituída por elles, desenvolvendo-se pelo equilibrio das forças de todos.

Com esse organismo vivo, subordinado a leis physiologicas, os que põem de uma parte os Estados, da outra a União, estabelecem uma discriminação arbitrária e destruidora. Os Estados são órgãos; a União é o aggregado organico. Os órgãos não podem viver fóra do organismo, assim como o organismo não existe sem os órgãos. Separal-os é matal-os, procedendo como o anatomista, que opera sobre o cadaver, quando a nossa missão organizadora ha-de, pelo contrario, inspirar-se na do biologo, que interpreta a natureza viva. (...) Não vejamos na União uma potencia isolada no centro, mas o resultante das forças associadas disseminando-se equilibradamente até ás extremidades”.²⁸⁴

As anotações de nosso maior constitucionalista autorizam o estudo a dessumir que o processo federativo deve servir para guarnecer a unidade nacional e constitucional cuja soldadura é encarnada pela União. Entretanto, esta manutenção da unidade é uma tarefa complicadíssima, pois não deve prejudicar a margem sacramental de liberdade das unidades federativas, permitindo que elas se desenvolvam e progridam sem que a União agigante-se desmesuradamente escravizando-as, ou intervindo nelas por razões puramente partidárias e eleitorais.²⁸⁵ Por outro lado, a liberdade das unidades federativas não podem

---

²⁸³ Ibidem, p. 54 e 55.

²⁸⁴ Ibidem, p. 70 e 71.

²⁸⁵ Quanto ao último motivo, eleitoral, há um exemplo recente e emblemático no Brasil. Pelo Decreto n.º 5.392 de 10 de março de 2005 a União declarou estado de calamidade pública no setor hospitalar do Sistema Único de Saúde no Município do Rio de Janeiro. Não que as estruturas de saúde cariocas estejam maravilhosas, mas é evidente que subjacente a esta intervenção disfarçada também está uma disputa eleitoral entre o atual Presidente da República e o Prefeito da cidade do Rio de Janeiro, antecipando o ano eleitoral Presidencial de 2.006. Seja como for, o Plenário de nosso Supremo Tribunal Federal por unanimidade concedeu a segurança impetrada pelo Município do Rio de Janeiro contra ato coator do Presidente da República, restabelecendo a administração e gestão, por parte do Município do Rio de Janeiro, dos hospitais municipais Souza Aguiar e Miguel Couto; administração dos servidores municipais lotados nestes dois hospitais municipais; manutenção dos serviços públicos de saúde nestes dois hospitais municipais; bem como vedar à União à pretensão de utilizar os servidores municipais, os bens e serviços contratados pelo município impetrante nos outros quatro hospitais que retornaram à gestão Federal, sem a assunção do respectivo custo (conforme a letra "a", do item V da petição inicial), nos termos dos votos respectivos de cada um dos eminentes Ministros. Cf. o informativo do Supremo Tribunal Federal de 20 de abril de 2005 em:

ignorar os princípios da Constituição Federal e a própria autoridade da União naquilo que ela é legitimamente senhora. Eis o grande drama da regulação jurisdicional federativa ou vertical: equacionar inúmeros interesses e forças conflitantes na rotina diária, para garantir a unidade do país com prosperidade e bem-estar para os cidadãos. Se o Supremo Tribunal, quando provocado, encolhesse e deixasse a União engolir as demais unidades federativas, fatalmente, mais cedo ou mais tarde cairíamos em fratricida disputa, correndo o risco do imenso Brasil transformar-se “numa justaposição de Repúblicas debeis, inconsistentes, desorientadas, entregues á porfia das ambições interiores e exteriores”.²⁸⁶ Se permitisse que sem justa razão constitucional os Estados individualmente ou em alcatéia se rebelassem contra a administração da União, igualmente trilharíamos perigosamente para o negro caminho do esfacelamento e da destruição.²⁸⁷

<<http://www.stf.gov.br/noticias/imprensa/ultimas/ler.asp?CODIGO=131108&tip=UN&param=>>. Acessado em 25 de abril de 2005.

²⁸⁶ BARBOSA, Rui. *Commentarios á Constituição Federal Brasileira...*, Vol. I (Das disposições preliminares), p. 55.

²⁸⁷ Quer dizer, não podemos duvidar da importância da jurisdição constitucional para manter vivo o regime federalista. A propósito, na opinião de Kelsen, “(...) é certamente no Estado federativo que a jurisdição constitucional adquire a mais considerável importância” (KELSEN, Hans. *A jurisdição constitucional [exposição]*. In: KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional [Verfassungs-und Verwaltungsgerichtsbarkeit im Dienste des Bundesstates...]*. Tradução do alemão por Alexandre Krug; do italiano por Eduardo Brandão; do francês por Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 182).

Insiste neste sentido tecendo considerações altamente pertinentes, ainda que se refiram especialmente ao modelo austríaco de controle de constitucionalidade:

“A disciplina dessa descentralização [referindo-se ao federalismo] é o conteúdo essencial da Constituição geral do estado, que determina principalmente que matérias serão regidas por leis centrais e que matérias o serão por leis locais, assim como as matérias que serão de competência exclusiva da União e as que serão de competência exclusiva dos estados federados. A repartição das competências é cerne político da idéia federalista. Isso significa, do ponto de vista técnico, que as Constituições federativas não apenas regulam o processo legislativo e estabelecem certos princípios a propósito do conteúdo das leis – como acontece com as dos Estados unitários – mas também fixam matérias atribuídas à legislação federal e à legislação local. Qualquer violação dos limites assim traçados pela Constituição é uma violação da lei fundamental do Estado federativo; e a proteção desse limite constitucional das competências entre União e estados federados é uma questão política vital, sentida como tal no Estado federativo, no qual a competência dá ensejo a lutas apaixonadas. Mais que em qualquer outra parte, faz-se sentir aqui a necessidade de uma instância objetiva que decida essas lutas de modo pacífico, de um tribunal ao qual esses litígios possam ser levados como problemas de ordem jurídica decididos como tal – isto é, de um tribunal constitucional” (Idem. *Ibidem*, p. 183).

39. Encerrando o quarto capítulo, digno de nota é rememorar lição haurida na primeira parte do estudo a partir de fatos históricos do Brasil: o conflito federativo não exclui o conflito de atribuição, sendo perfeitamente factível a convivência de ambas espécies de conflito em um mesmo fato.²⁸⁸ Este é o chamado *conflito híbrido*, que obriga o processo a tutelar contemporaneamente os sistemas de freios e contrapesos dos Poderes e o federativo. Embora estas regulações se diferenciem quanto à tutela que cabe a elas, ambas possuem como última finalidade garantir a liberdade e o bem-estar do cidadão.²⁸⁹

Na hipótese de conflito híbrido o julgador deve ter cautela e atenção redobradas na apreciação do caso concreto, jamais esquecendo que está em jogo um complexo entrelaçamento das mais diversas forças e interesses sociais e políticos, tanto de ordem horizontal quanto vertical se observados pela estrutura do Estado. Olvidar este nó de interesses e forças é imprudentemente contribuir para que o Estado brasileiro siga a vereda das perdições, e o destino dos brasileiros a do flagelo dos grilhões.

---

²⁸⁸ V. sobretudo o item n. 8 relativo ao período regencial do Brasil, e no item n. 10 especificamente o caso n.º 199 suscitado por Guinle & Cia., no qual Pedro Lessa brilhantemente dissente da maioria do Supremo Tribunal Federal.

²⁸⁹ A propósito, James Madison afirma que o sistema federativo, ao separar o exercício do poder entre União e Estados, acaba sendo uma segunda segurança para os direitos do povo além da separação entre os Poderes: “(...) There are, moreover, two considerations particularly applicable to the federal system of America, which place that system in a very interesting point of view.

First. In a single republic, all the power surrendered by the people is submitted to the administration of a single government; and the usurpations are guarded against by a division of the government into distinct and separate departments. In the compound republic of America, the power surrendered by the people is first divided between two distinct governments, and then the portion allotted to each subdivided among distinct and separate departments. Hence a double security arises to the rights of the people. The different governments will control each other, at the same time that each will be controlled by itself (...)” (MADISON, James. *The Structure of the Government Must Furnish the Proper Checks and Balances Between the Different Departments*, n.º 51. *The Federalist*. In: *Great Books of the Western World*. Vol. 43. Chicago, Londres, Toronto: Encyclopædia Britannica, Inc., 1952, p. 164).

§ 5.º JURISDIÇÃO A SER EXERCIDA NO PROCESSO ATRIBUTIVO: JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA.

SUMÁRIO: 40. Exigência de exercício de jurisdição na modalidade voluntária em virtude da ausência de lide no processo atributivo – 41. Doutrina tradicional de jurisdição voluntária e sua limitação quanto ao objeto do estudo: necessidade de expandir o entendimento sobre jurisdição voluntária para abranger o processo atributivo – 42. Brevíssima exposição sobre a evolução do debate acadêmico em torno da jurisdição constitucional no modelo europeu: 42.1. Argumentos de Carl Schmitt em seu escrito “Der Hüter der Verfassung” (O guardião da Constituição): a jurisdição constitucional vista como função legislativa; 42.2. Resposta de Hans Kelsen em “Wer soll der Hüter der Verfassung sein?” (Quem deve ser o guardião da Constituição?): jurisdição constitucional vista como função jurisdicional; 42.3. Ainda sobre o pensamento de Hans Kelsen: imprecisão sobre a natureza da “jurisdição constitucional”; 42.4. Compreensão de Calamandrei sobre a jurisdição constitucional considerando as teorias “carneluttiana” e “chiovendiana”, e sua filiação ao pensamento de Kelsen; 42.5. Compreensão de Cappelletti coincidente à de Calamandrei, mas rompendo com a resposta “kelseniana”: jurisdição constitucional no seio da jurisdição voluntária; 42.6. Jurisdição voluntária na concepção de Botelho de Mesquita: precisão que permite melhor assentamento da jurisdição constitucional no âmbito da voluntária – 43. Ajuste final entre processo atributivo e jurisdição voluntária: a tutela do interesse objetivo de equilíbrio dos Poderes confiado pelo Parlamento ao Judiciário – 44. Vantagens em compreender a jurisdição voluntária como jurisdição que tutela interesses além dos privados: consequência para a jurisdição constitucional de via principal – 45. O controle de constitucionalidade pela via principal sendo norteado por princípios típicos de processo civil voluntário – 46. Afinidade da pesquisa de Mauro Cappelletti com a corrente alemã que vê como “objetivo” o processo voltado para a solução dos conflitos alemães entre órgãos supremos federais (“Organstreitigkeiten”) – 47. O afastamento entre o ajuste do item n. 43 e a ideologia contida na terminologia “instrumentalidade do processo”.

40. Considerando que no capítulo precedente foi afastada a hipótese do conflito de atribuição ser lide, não há como sustentar no processo atributivo o exercício da jurisdição na modalidade contenciosa.¹ Não há maiores dificuldades em sustentar esta posição no Brasil, pois sua doutrina é amplamente concorde na idéia de que não há lide na jurisdição voluntária.²

¹ “O processo, no qual se exercita a jurisdição voluntária, é tipicamente um processo sem lide” (CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e Processo*. Napoli: Morano, 1958, segunda parte, item “37”, p. 62, tradução livre).

² MARQUES, José Frederico. *Ensaio...*, § 19; LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. *A Administração Pública e a Ordem Jurídica Privada (Jurisdição Voluntária)*. Belo Horizonte: Bernardo Alvares [Editora], 1961, passim; BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio. As novas tendências... In: *Teses, Estudos...*, Vol. 1, item “10”, p. 269 e 270; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel, *Teoria Geral...*, item “80”, p. 155; CARNEIRO, Athos

41. Ainda que esta vasta concordância já não se verifique quando o tema versado é a natureza da jurisdição voluntária, no Brasil é dominante a posição que a reputa “administrativa” por influência do conhecido estudo de JOSÉ FREDERICO MARQUES intitulado, “Ensaio sobre a jurisdição voluntária”.

Segundo FREDERICO MARQUES, “jurisdição voluntária é uma função estatal que se filia ao que ZANOBINI denomina, com muita precisão, de ‘amministrazione pubblica del diritto privato’. (...) Por força de tradição, esse controle administrativo de direitos privados é entregue, em grande parte, ao Poder Judiciário. E como a atividade precípua da magistratura é a função jurisdicional, não passa a jurisdição voluntária, que não é jurisdição, de atividade anômala dos juízes e tribunais”.³⁻⁴ E assim conclui FREDERICO

Gusmão. **Jurisdição e competência**. 13.^a edição. São Paulo: Saraiva, item “37”, p. 43; GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro**. 3.^o Volume. 16.^a edição. São Paulo: Saraiva, 2003, item “67”, p. 271; MARCATO, Antonio Carlos. **Procedimentos Especiais**. 10.^a edição. São Paulo: Atlas, 2004, item “4”, p. 22 e 23; CASTRO FILHO, José Olympio de Castro Filho. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 5.^a edição. Vol. X, art. 1.103 a 1.220. Atualizador José Rubens da Costa. Rio de Janeiro: Forense, 2004, item “2”, comentário ao art. 1.103, p. 27, 28 e 29; SIDOU, Othon J. M.. A controvertida jurisdição voluntária. In: CALMON, Eliana; BULOS, Uadi Lamêgo. **Direito Processual: inovações e perspectivas – Estudos em homenagem ao Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 316; ARRUDA ALVIM, José Manoel de. **Código de Processo Civil Comentado**. Vol. I – art. 1.^o a 6.^o. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975, p. 172; NERY JUNIOR, Nelson. Intervenção do Ministério Público nos Procedimentos Especiais de Jurisdição Voluntária. **Revista de Processo**, n. 46, p. 11 e 12; SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. 1.^o Volume. 20.^a edição. São Paulo: Saraiva, 1998, item “53”, p. 78 a 80; CARDOSO, José Eduardo Martins. A jurisdição voluntária e a coisa julgada. **Justitia**, v. 140, out./dez., 1987, item “2.2”, p. 49; SILVA, Ovídio A. Baptista; GOMES, Fábio. **Teoria Geral do Processo Civil**. 2.^a edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 77 a 79 [texto de Ovídio Baptista]; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Comentário ao art. 1.^o do CPC. In: MARCATO, Antonio Carlos (Coordenador). **Código de Processo Civil Interpretado**. São Paulo: Atlas, 2004, p. 36; PRATA, Edson. **Jurisdição Voluntária**. São Paulo: LEUD, 1979, p. 97 a 109.

³ MARQUES, José Frederico. **Ensaio...**, § 1.^o, p. 15.

⁴ ZANOBINI, Guido. **Corso di Diritto Amministrativo**. Vol. Quinto (Le principali manifestazioni dell'azione amministrativa). Milano: Giuffrè, 1952, Capítulo IV (L'amministrazione pubblica del diritto privato), p. 173: “(...) Noi, adottando altra volta la stessa denominazione, ne restringemmo il significato, dando ad essa un contenuto più rispondente ao concetto di pubblica amministrazione: l' 'amministrazione del diritto privato sarebbe ristretta al solo campo dell'attività amministrativa rivolta a influire, direttamente o indirettamente, sulla costituzione di capacità, di situazioni, di rapporti di diritto privato”.

MARQUES: “a jurisdição voluntária é atividade administrativa, sob o aspecto material, e de caráter judiciário, do ponto de vista subjetivo; (...)”.⁵

Este modo do autor encarar a jurisdição voluntária restringiu sua incidência ao plano de direitos a serem exercidos em um contexto privado – no sentido proposto por **ZANOBINI** –, como deixa bem claro o grande mestre ao listar os casos de jurisdição voluntária ao seu tempo.⁶

Outro estudioso que se destacou no estudo da jurisdição voluntária é **ALFREDO DE ARAÚJO LOPES DA COSTA**, que igualmente compreende a jurisdição voluntária como sendo de natureza administrativa. Em primeiro lugar, **LOPES DA COSTA** faz questão de corrigir a terminologia da definição dada por **GUIDO ZANOBINI**: “quanto à terminologia, seria preferível dizer ‘administração pública de interesse privado’. E assim, entre nós, faz **JOSÉ FREDERICO MARQUES**. Em verdade, administram-se interesses, não direitos”.⁷

Feita esta precisa correção, **LOPES DA COSTA** oferece conceito mais amplo que **FREDERICO MARQUES** do ponto de vista subjetivo,⁸ por não a restringir aos juízes, mas

⁵ MARQUES, José Frederico. *Ensaio...*, § 1.º, p. 16.

⁶ Cf.: *Ibidem*, § 28 (Dos casos de jurisdição voluntária), p. 288 a 305. Em todo o capítulo 28 discrimina e estuda o que entende ser procedimento de jurisdição voluntária, e no último item deste capítulo 28, faz discriminação final sem entrar em detalhes, exatamente nesta ordem: “a) a conciliação prevista e regulada, como fase preliminar das causas de separação litigiosa ou de alimentos, na Lei n.º 968, de 10 de dezembro de 1949; b) a concessão de assistência judiciária (Lei n.º 1.060, de 05 de fevereiro de 1950; c) a sub-rogação de vínculo (Cód. de Proc. Civil, art. 1.112, II); d) o pedido de registro de bem de família (Lei 6.015/73, art. 260 a 265); e) a nomeação de curador especial em atos extrajudiciais prevista no art. 387, do Código Civil; f) o procedimento sobre a posse em nome do nascituro (Cód. Civil, art. 4.º e 462; Cód. de Proc. Civil, art. 877, 878); a notificação prevista no art. 347, do Código de Processo Civil, de 1939; h) o pedido de abertura de assento de nascimento ou de seu registro de filho de brasileiro, ou de brasileiro nascido no estrangeiro (Lei 6.015/73, art. 32, parágrafo 2.º; i) a arrecadação de bens vagos (Cód. de Proc. Civil, art. 1.170 a 1.176)”.

⁷ **LOPES DA COSTA**, Alfredo de Araújo. *A Administração Pública...*, capítulo IV, item “31”, p. 67.

⁸ Afirma **MARQUES**, José Frederico. *Ensaio...*, § 7.º, p. 99: “Hodiernamente, a administração pública dos interesses privados está atribuída: a) a órgãos judiciários; b) a órgãos administrativos dependentes da autoridade judiciária, ou órgãos do foro extrajudicial, conforme linguagem corrente entre os praxistas; a órgãos administrativos não dependentes do poder judiciário. Os atos submetidos à apreciação do poder judiciário, na tutela administrativa dos interesses privados, é que constituem os denominados *atos de jurisdição voluntária*. Os demais, embora se filiem ao mesmo gênero de atos em que parte da jurisdição voluntária se inclui, não podem ter esta denominação, mesmo porque o caráter judiciário dos atos

persiste no âmago da ensinança de ZANOBINI quanto ao plano dos interesses privados: “A chamada jurisdição voluntária abrange pois os atos de administração de interesses privados, qualquer que seja o órgão que o pratique, autoridade administrativa ou autoridade jurisdicional”.⁹

Finalmente, em virtude de seu modo de enxergar a jurisdição voluntária – igualmente como administração dos *interesses privados* –, na segunda parte de seu estudo comenta os procedimentos nos quais entende haver administração pública de interesses privados.¹⁰

As doutrinas de ambos os grandes mestres, a despeito de algumas diferenças, grosso modo representam bem a posição dominante no Brasil. Desta forma, não é preciso muito esforço para notar que a idéia de administração pública dos *interesses privados* impede o presente estudo de enquadrar o processo atributivo no campo da jurisdição voluntária, pois embora a tutela pela via principal do sistema *constitucional* de freios e contrapesos nada tenha a ver com resolução de lide, não é possível encaixá-la convincentemente na idéia de ZANOBINI, desenvolvida no Brasil por FREDERICO MARQUES e LOPES DA COSTA, como sendo administração pública de *interesses privados*.

Outrossim, a compreensão da natureza da jurisdição voluntária dominante no Brasil – como sendo administrativa – contrapõe-se à possibilidade de aplicá-la no âmbito do processo atributivo, pois contrariaria nossa tradição secular de controle *jurisdicional* de constitucionalidade exercido pelo Judiciário.

42. Desta maneira, não há outra saída que não seja rever o próprio conceito da jurisdição voluntária, pois é impossível vincular o exercício da jurisdição contenciosa no âmbito de um processo sem lide. Passa o estudo, portanto, a encarar o desafio de sustentar outra amplitude para a jurisdição voluntária e que explique sua harmonia com o processo

---

administrativos que o juiz pratica atribui à jurisdição voluntária traços específicos, na categoria ampla da tutela administrativa dos direitos privados”.

⁹ LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. *A Administração Pública...*, capítulo IV, item “32”, p. 70. Esta ampliação subjetiva do conceito de Lopes da Costa dá-se em razão da seguinte justificativa: “Se o ato praticado pelo juiz é da mesma natureza que o realizado pela administração, por que lhe dar uma diversa denominação? Não são ambos atos de administração de interesses privados?” (Ibidem, p. 69).

atributivo. Evidentemente será necessário defender natureza diversa da jurisdição voluntária – jurisdicional –, e aditar o conceito dominante para além dos interesses privados.

Considerando que o processo atributivo é de índole constitucional, para que o presente estudo possa prosseguir com esta operação em base sólida, é útil que seja revista a evolução do debate académico em torno da *jurisdição constitucional* concernente ao modelo austríaco, para que tenhamos subsídios suficientes que autorizem o ajuste proposto entre a jurisdição voluntária e o processo atributivo. Ademais, esta revisão será profícua para a terceira parte deste estudo.

42.1. Em virtude do fim da revisão proposta, aqui não há a pretensão e utilidade para expor a extensa polémica **SCHMITT-KELSEN** a respeito de quem deve ser o guardião da Constituição,¹⁰ todavia, há dois específicos argumentos proferidos por **CARL SCHMITT** da mais alta utilidade para refletirmos acerca da *jurisdição constitucional* no modelo austríaco.

Em razão da ideologia de Estado que perfilha, **SCHMITT** além de não aceitar o controle de constitucionalidade sendo exercido por um Tribunal Constitucional, não crê que sua função seja jurisdicional. Justifica esta posição argumentando a ausência de subsunção típica de processo judicial, isto é, de enquadramento do fato concreto a um preceito abstrato:

“La aplicación de una norma a otra norma es algo cualitativamente distinto de la aplicación de una norma a un contenido real, y la subsunción de una ley bajo otra ley (si es que acaso resulta imaginable) es algo esencialmente distinto de la subsunción del contenido concreto regulado, bajo su regla. Si se comprueba la existencia de una

¹⁰ Ibidem, “Parte Especial” do estudo, p. 181 ao 358.

¹¹ Para consultar confiáveis e sucintas fontes sobre o duelo entre Carl Schmitt e Hans Kelsen, cf.: BERCOVICI, Gilberto. Carl Schmitt, o Estado total e o guardião da Constituição. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 01 propondo estudos sobre “Justiça Constitucional”, janeiro-junho, 2003, p. 195 a 201; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto. A guarda da Constituição em Hans Kelsen. Ibidem, p. 203 a 209.

contradicción entre la ley simple y la ley contenida en la Constitución, y se declara inválida la primera, no puede decirse que realizamos una aplicación de la ley formulada en la Constitución a la ley simple, en el mismo sentido en que diríamos que existe aplicación judicial de la ley ao caso concreto. En el primer caso, se comparan las normas unas con otras, y cuando se producen colisiones y contradicciones, que son posibles por causas muy distintas, una de las normas elimina a la otra. En el segundo caso, cuando la ley se aplica judicialmente a un contenido real determinado, se subsume un caso concreto bajo los conceptos generales (y bajo el ‘hecho’ legal)”.¹²

Em seguida, trabalha este pensamento com o seguinte exemplo:

“Cuando un precepto legal de la Constitución establece que las Facultades de Teología serán conservadas (art. 149, ap. 3 RV.), y en oposición a ella determina una simple ley que las Facultades de Teología han de ser suprimidas, la aplicación del precepto legal contenido en la Constitución consistirá en mantener las Facultades de Teología, y la aplicación de la simple ley consistirá en suprimirlas. Esto es indiscutible. En ambos casos nos hallamos frente a la aplicación de una ley a un contenido real, y la decisión se logrará en ambos casos del mismo modo, por subsunción del hecho bajo una ley. Si, por el contrario, se confronta el contenido de una ley con el contenido de otra, se produce una colisión o pugna, y se plantea el problema de cuál de las dos leyes contradictorias debe ser válida; compáranse entre sí reglas generales, pero no se subsume ni se ‘aplica’ una a otra. El fallo de que una u otra de las dos reglas generales debe ser válida no se produce por subsunción concreta de una regla bajo otra. En un caso de tal claridad ¿qué es, pues, lo que ha de subsumirse? Cuando una ley ordena lo contrario de otra, y la pugna entre ambas se decide haciendo que una de las dos prescripciones tenga validez y la otra no, no por ello se subsume la ley no válida bajo la ley válida, ni viceversa. En el ejemplo anteriormente citado, el ‘contenido concreto’ legal de las dos normas contradictorias es el mismo, a saber: las Facultades teológicas. No cabe, pues, decir que las Facultades teológicas implicadas por el precepto constitucional se hayan subsumido bajo las Facultades teológicas de la ley

---

¹² SCHIMTT, Carl. *La defensa de la Constitución [Der Hüter der Verfassung]*. Tradução: Manuel Sanchez Sarto. Segunda Edición. Madrid: Tecnos, 1998, Capítulo I, ítem 3 (La determinación precisa del contenido de un precepto constitucional dudoso en cuanto a su contenido, es, en concreto, materia de la legislación constitucional, no de la Justicia), p. 84 e 85 (Colección Semilla y surco: Serie de Ciencia Política).

simple. Del mismo modo, en la solución de esa pugna tampoco ninguna de las prescripciones contrapuestas se subsume bajo la otra y ‘se aplica a ella’”.¹³

E conclui: “Seria poco procedente decir que se subsume la ‘supresión de una norma’ al ‘mantenimiento de otra’”.¹⁴

Resumindo, como bem esclarece **GILBERTO BERCOVICI**, “a sentença judicial é, para **SCHMITT**, a subsunção do fato à norma, subsunção esta que precisa ser determinada previamente pela lei. Desta forma, o Poder Judiciário não pode estar acima do legislador e da lei. Na sua opinião, uma norma jurídica não pode ser defendida por outra norma jurídica (“Ein Gesetz kann nicht Hüter eines anderen Gesetzes sein”). Esta concepção seria fruto da lógica abstrata do normativismo positivista. Na realidade, o que ocorre é a aplicação da norma a um conteúdo, ou seja, o problema é do conteúdo das normas jurídicas. Como a questão central é a determinação do conteúdo da norma, para **SCHMITT** este problema é da legislação, não da justiça”.¹⁵

Insistindo nesta idéia da subsunção ser ato típico de natureza jurisdicional, **SCHMITT** afirma que “toda instancia que pone fuera de duda y resuelve auténticamente el contenido dudoso de una ley, realiza, de manera efectiva, una misión de legislador. Y si resuelve de modo indudable el contenido dudoso de una ley formulada en la Constitución, procede como legislador constitucional”.¹⁶ Quer dizer, **SCHMITT** sustenta que polêmicas ou controvérsias jurídicas não são da atribuição jurisdicional – curiosamente, como se o juiz fosse “la bouche de la loi”¹⁷ –, e a partir daí acrescenta outro argumento para afastar da função jurisdicional a atribuição do Tribunal Constitucional. Esta conclusão de **SCHMITT** parte do seguinte exemplo:

“Pero aun en otros casos de dudas y divergencias de opinión respecto al problema de si existe una pugna entre la ley formulada en la Constitución y la simple ley, no se trata de

¹³ Ibidem, p. 85 e 86.

¹⁴ Ibidem, p. 86.

¹⁵ BERCOVICI, Gilberto. Carl Schmitt, o Estado total..., p. 195 e 196.

¹⁶ SCHMITT, Carl. La defensa..., p. 89 e 90.

¹⁷ Schmitt não usa esta terminologia de Montesquieu, mas sem dúvida vale-se deste modelo racionalista com a finalidade de diminuir a importância do Judiciário.

subsunciones reales en el sentido de la verdadera Justicia, porque la duda afecta siempre al contenido de la ley formulada en la Constitución. Cuando la ley contenida en la Constitución establece que las Facultades teológicas han de ser conservadas, y una ley simple estatuye que las Academias teológicas han de ser suprimidas, lo único discutible es si las Academias teológicas son Facultades de Teología, y si el objeto a que se refiere la ley simple es el mismo de la ley contenida en la Constitución. Considerado más de cerca, tampoco esto es una subsunción real de la ley simple bajo la ley constitucional, ni es subsunción parecida a las de naturaleza judicial, en virtud de la cual un conjunto de hechos concretos queda situado por debajo de una ley. Más bien cabe preguntar si el hecho que se sitúa bajo la ley simple cae, simultáneamente, bajo la ley formulada en la Constitución. El mismo contenido real se subsume bajo las dos leyes. La subsunción del mismo contenido real bajo la ley establecida en la Constitución es la misma que la referente a la ley simple. La única cuestión es determinar bajo cuál de las dos leyes contrapuestas deba subsumirse el hecho concreto, pero sólo el hecho se subsume, y no la simple ley. De este modo queda claramente demostrado que tales dudas y cuestiones sólo afectan al contenido de la ley establecida en la Constitución, pero no a la subsunción de una ley simple bajo un precepto legal de una simple ley (las Academias teológicas) cae bajo el contenido legal efectivo de la ley establecida en la Constitución (las Facultades teológicas) se refiere a la posibilidad de subsumir un concepto más estricto bajo uno más simple, pero no a la subsunción de un contenido real efectivo bajo una norma imperativa. Sólo en un orden psicológico puede decirse con notoria imprecisión que se subsume (aunque en el caso de la pugna manifiesta entre dos normas, tal afirmación no sería posible, ni aun psicológicamente). *Ahora bien, esta especie de subsunción no es en sentido específico la de la Justicia, sino, en general, la de todas las formas del raciocinio y del pensamiento humano: así, en definitiva resultaría que es también 'Justicia' y 'regulación' quando alguien dice que un caballo no es un asno*".¹⁸

42.2. Em relação a estas duas específicas críticas de **CARL SCHMITT**, eis a interpretação de **HANS KELSEN**:

---

¹⁸ Ibidem, p. 87 e 88, grifado.

“Uma vez que SCHMITT dá um valor tão particular à comprovação de que a assim a chamada jurisdição constitucional não é de fato jurisdição, seria de esperar dele uma definição clara e precisa desse último conceito. Essa expectativa, porém, infelizmente é frustrada. O que ele apresenta como definição de jurisdição é mais do que escasso, e acaba sendo substancialmente um retorno a concepções já há muito reconhecidas como errôneas.

Se reunimos suas observações bastante dispersas sobre essa duvidosa matéria, chegamos por exemplo à seguinte tese: a jurisdição por sua natureza está ligada a normas, isto é, a normas que ‘possibilitam a subsunção de um ato material’ e além disso não são ‘duvidosas nem polêmicas’ em seu conteúdo. Portanto, uma vez que na decisão sobre a constitucionalidade de uma lei nunca se trata da subsunção de um fato material, mas sim, geralmente, de ‘definição do conteúdo de uma lei constitucional duvidosa’, não se estaria aqui diante de jurisdição”.¹⁹

Então Kelsen efetivamente passa a responder a estas duas específicas críticas, iniciando no argumento pelo qual SCHMITT sustenta que não é da função jurisdicional a resolução de controvérsias jurídicas:

“Para começar logo com a segunda qualidade com que a ‘jurisdição’ é aqui caracterizada, só podemos expressar nossa admiração, uma vez que SCHMITT parece crer que os tribunais civis, criminais e administrativos, cuja natureza jurisdicional não coloca em dúvida, teriam aplicado sempre e somente normas cujo conteúdo não era duvidoso nem polêmico, que a controvérsia jurídica a ser decidida por um desses tribunais é sempre uma questão de fato e nunca uma assim-chamada questão de direito, a qual surge apenas quando o conteúdo da norma a ser aplicada for duvidoso e portanto polêmico. Como exemplo de um caso em que não há ‘patente contradição’ entre uma lei constitucional e uma lei ordinária, mas sim ‘dúvida e diferenças de opinião’ sobre ‘se e em que medida existe uma contradição’, nos é apresentado: ‘quando a lei constitucional determina que as faculdades de teologia sejam mantidas e uma lei ordinária dispõe que as academias de teologia sejam suprimidas’. O conteúdo da lei constitucional é evidentemente duvidoso, porque é incerto se por ‘faculdades de teologia’ pode-se compreender também ‘academias

---

¹⁹ Kelsen, Hans. Quem deve ser o guardião da Constituição [Wer soll der Hüter der Verfassung sein?]]. In: Kelsen, Hans. *Jurisdição Constitucional [Verfassungs-und Verwaltungsgerichtsbarkeit im Dienste des Bundesstaates...]*. Tradução do alemão por Alexandre Krug; do italiano por Eduardo Brandão; do francês por Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 253.

de teologia'. Qualquer palavra é supérflua para demonstrar que a jurisprudência dos tribunais ordinários – cujo caráter jurisdicional não pode, nem é nunca posto em dúvida – significa em numerosos casos a definição do conteúdo de uma lei que é, de modo absolutamente idêntico, duvidoso. Quando SCHMITT fala da 'diferença fundamental entre a decisão de um processo e a decisão de dúvidas e diferenças de opinião sobre o conteúdo de uma disposição constitucional', só podemos dizer que a maioria das decisões de processos são decisões de dúvidas e diferenças de opinião sobre o conteúdo de uma disposição legal. E, com efeito, nunca se havia feito uma afirmação sobre a jurisdição que desconhecisse tão completamente a sua essência como a seguinte: 'Toda jurisdição está ligada a normas e cessa quando as próprias normas tornam-se duvidosas e polêmicas em seu conteúdo'. Basta a inversão dessa frase para trazer de volta a verdade simples e por qualquer um visível de que a justiça em geral só começa realmente quando as normas se tornam duvidosas e polêmicas em seu conteúdo, pois do contrário haveria apenas controvérsias sobre fatos, e não propriamente controvérsias *jurídicas*'.²⁰

E conclui este raciocínio tendo como pano de fundo o modelo do Tribunal Constitucional:

"Pode-se duvidar de que seja conveniente confiar a um tribunal independente a definição do conteúdo de uma lei constitucional duvidosa, e por várias razões, pode-se preferir que o governo ou o Parlamento cuidem dessa função. Porém é impossível afirmar que a função de um tribunal constitucional não é jurisdicional quando a norma que deve aplicar tenha conteúdo duvidoso, de modo que sua decisão consista na definição desse conteúdo; porque é impossível afirmar que a incerteza do conteúdo da norma seja, no caso de uma lei constitucional, algo diferente do que acontece no caso de uma lei ordinária".²¹

No que diz respeito ao argumento de SCHMITT sobre a ausência de subsunção típica de processo judicial, afirma Kelsen:

"O outro critério – pelo qual as normas a serem aplicadas pelo judiciário devem possibilitar a subsunção de um fato material – não é, realmente, incorreto; porém tanto mais incorreta é a afirmação de que a decisão sobre a constitucionalidade de uma lei não

²⁰ Idem. Ibidem, p. 253 e 254, em itálico no original.

implica tal subsunção. SCHMITT infelizmente deixa de explicar melhor o que entende por ‘Tatbestand’ [suporte fático]”.²²

Além disso, Kelsen esclarece que não há somente inconstitucionalidade formal, mas que também a Constituição define de algum modo o conteúdo das leis e, portanto, há igualmente a hipótese de inconstitucionalidade material.²³ Com este esclarecimento passa a sustentar a subsunção no controle de constitucionalidade, com entendimento mais amplo acerca do que seria ‘Tatbestand’:

“(…) O *suporte fático* [Tatbestand] que deve ser subsumido à norma constitucional quando da decisão sobre a constitucionalidade de uma lei, não é uma norma – fato e norma são conceitos distintos – mas sim a produção da norma, um verdadeiro suporte fático material, aquele suporte fático que é regulado pela Constituição, pode ser *subsumido* pela Constituição como qualquer outro suporte fático sob qualquer outra norma. Pois um suporte fático só pode ser *subsumido* a uma norma se esta regular esse suporte fático, ou seja, estabelecê-lo como condição ou consequência. Tanto se um tribunal civil decide sobre a validade de um testamento ou contrato ou declara inconstitucional um decreto para não aplicá-lo no caso concreto, ou se um tribunal constitucional qualifica uma lei como inconstitucional, em todos esses casos é o suporte fático da produção de uma norma que é *subsumido* à norma que o regula e que é reconhecido como conforme ou contrário a ela. O tribunal constitucional, por outro lado, reage ao julgamento de inconstitucionalidade de uma lei com o ato que corresponde, como *actus contrarius*, ao suporte fático inconstitucional da produção da norma, isto é, com a anulação da norma inconstitucional,

---

²¹ Idem. Ibidem, p. 254 e 255.

²² Idem. Ibidem, p. 255.

²³ Idem. Ibidem, loc. cit. É interessante notar que a teoria de jurisdição constitucional de Kelsen trabalhava mais sobre a hipótese de inconstitucionalidade formal, pois Kelsen enxergava na jurisdição constitucional um meio para que a maioria não escravizasse a minoria, e dizia ele: “A dominação desta [da maioria] só é suportável se for exercida de modo regular. A forma constitucional especial, que consiste de ordinário em que a reforma da Constituição depende de maioria qualificada, significa que certas questões fundamentais só podem ser solucionadas em acordo com a minoria: a maioria simples, não tem, pelo menos em certas matérias, o direito de impor sua vontade à minoria” (KELSEN, Hans. A jurisdição constitucional [exposição que deu origem à esta publicação em francês: “La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle)]. In: KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional...*, p. 181).

seja apenas – de modo pontual – para o caso concreto, seja – de modo geral – para todos os casos”.²⁴

E conclui:

“(…) Na jurisdição constitucional não se trata – como SCHMITT exige da *teoria normativa* que analisa esta função – de que uma norma deva ‘proteger normativamente a si mesma’, ou que uma lei mais forte deva proteger uma lei mais fraca ou vice-versa, mas simplesmente que uma norma deve ser anulada em sua validade pontual ou geral porque o suporte fático de sua produção está em contradição com a norma que regula tal suporte fático e que está, por isso mesmo, num nível superior”.²⁵

Como se pôde ver, respondendo aos dois específicos argumentos de SCHMITT, Kelsen faz um enorme esforço no sentido de demonstrar que a “jurisdição constitucional” realmente possui natureza jurisdicional, sustentando: primeiro, que a jurisdição exercida pelos tribunais ordinários enfrentam controvérsias jurídicas, e que portanto a existência de “polêmica” ou “dúvida” jurídica de natureza constitucional não descaracteriza a função jurisdicional dos tribunais constitucionais; segundo, que a subsunção acontece na jurisdição constitucional como na jurisdição exercida pelos tribunais ordinários, com a diferença de que no lugar do fato concreto há uma hipótese fática que se tenta enquadrar no preceito constitucional.

42.3. Entretanto, ainda que este trecho da polêmica SCHMITT-KELSEN tenha sinalizado a posição de Kelsen como a de crente na natureza jurisdicional da chamada “jurisdição constitucional”, a verdade é que há uma grande imprecisão na doutrina “kelseniana” a este respeito. Para entendermos melhor esta imprecisão, é importante repassar brevemente a resposta de Kelsen dirigida aos críticos que acusavam o Tribunal Constitucional de violar a separação do exercício de poder, por este imiscuir-se, na visão deles, indevidamente em matéria legislativa.

²⁴ Idem. Ibidem, p. 256 e 257, em itálico no original.

²⁵ Idem. Ibidem, p. 257, em itálico no original.

Em exposição que deu origem a uma publicação francesa de 1928 sobre jurisdição constitucional, **HANS Kelsen** justificou a criação do Tribunal Constitucional. Segundo ele, refletindo da perspectiva do modelo austríaco de controle de constitucionalidade, não poderia ser o Parlamento o juiz da constitucionalidade das leis, pois esta judicatura em causa própria, segundo ele e com toda razão, “seria ingenuidade política”.²⁶⁻²⁷ Com este argumento justifica, então, a criação de outro órgão para o controle de constitucionalidade pela via principal: o Tribunal Constitucional.

Justamente este argumento foi atacado por críticos que viam na criação do Tribunal Constitucional uma violação ao princípio da separação do exercício do poder. E assim respondeu **KELSEN**:

“Ora, anular uma lei é estabelecer uma norma geral, porque a anulação de uma lei tem o mesmo caráter de generalidade que sua elaboração, nada mais sendo, por assim dizer, que a elaboração com sinal negativo e portanto ela própria uma função legislativa. E um tribunal que tenha poder de anular as leis é, por conseguinte, um órgão do poder legislativo. Portanto poder-se-ia interpretar a anulação das leis por uma tribunal tanto como uma repartição do poder legislativo entre dois órgãos, quanto como uma intromissão no poder legislativo. Ora, nesse caso, não se costuma falar de violação do princípio da separação dos poderes, como, por exemplo, quando nas Constituições das monarquias constitucionais a legislação é confiada em princípio ao Parlamento em conjunto com o monarca, mas em certas hipóteses excepcionais o monarca, em conjunto com os ministros, tem o direito de editar decretos que derogam as leis. Levar-nos-ia longe demais examinar aqui os motivos políticos que deram origem a toda essa doutrina da separação dos poderes, embora seja essa a única maneira de evidenciar o verdadeiro sentido desse princípio,

²⁶ **KELSEN**, Hans. A jurisdição constitucional [exposição que deu origem à esta publicação em francês: “La garantie jurisdictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle)”. In: **KELSEN**, Hans. **Jurisdição Constitucional...**, p. 150.

²⁷ A propósito, Aristóteles já advertia que quase sempre se é mau juiz em causa própria (**ARISTÓTELES**. **A Política**, Livro III, Cap. V, § 8).

No mundo de língua inglesa, entre muitos que fizeram a mesma advertência de Kelsen, James Bryce é um deles: “É óbvio, por conseguinte, que a questão no caso de uma lei federal ofender a Constituição deve ser resolvida pelos Tribunais, não somente porque é uma questão de construção legal [interpretação], mas porque não há ninguém mais para resolvê-la. O Congresso não pode, porque é parte interessada. (...) O Presidente

função do equilíbrio constitucional. Para mantê-lo na República democrática, só pode ser levado razoavelmente em conta, dentre esses diferentes significados, aquele que a expressão 'divisão dos poderes' traduz melhor que a de separação, isto é, a idéia da repartição do poder entre diferentes órgãos, não tanto para isolá-los reciprocamente quanto para permitir um controle recíproco de uns sobre os outros. E isso não apenas para garantir a regularidade do funcionamento dos diferentes órgãos. Mas então a instituição da jurisdição constitucional não se acha de forma alguma em contradição com o princípio da separação dos poderes; ao contrário, é uma afirmação dele".²⁸

Em síntese, **KELSEN** sustenta a natureza legislativa da função do Tribunal Constitucional para que pudesse afirmar o respeito à separação do exercício do poder, na medida em que, segundo ele, nada há de errado em ser criado mais um ente estatal exercendo função legislativa, e este fato, segundo ele, confirma a lógica de desconcentrar poder estatal ao exigir a participação de muitos entes para a mesma função.

Mas, mesmo tendo assumido neste estudo a natureza legislativa do Tribunal Constitucional, logo no parágrafo seguinte da mesma exposição, para evitar a interpretação de que o referido Tribunal fosse subordinado ao Parlamento ou ao governo, e também para estabelecer critérios mínimos de sua formação, passa então a justificar que o poder exercido pelo Tribunal seria jurisdicional:

"A questão de saber se o órgão chamado a anular as leis inconstitucionais pode ser um tribunal é, por conseguinte, desprovida de importância.

Sua independência diante do Parlamento como diante do governo é um postulado evidente. Porque precisamente o Parlamento e o governo é que devem ser, como órgãos participantes do processo legislativo, controlados pela jurisdição constitucional. Caberia no máximo examinar se o fato de a anulação das leis ser, ela própria, uma função legislativa, não acarretaria certas consequências particulares no que concerne à composição e à nomeação dessa instância. Mas na realidade não é assim. Porque todas as considerações políticas que dominam a questão da formação do órgão legislativo não entram em linha de conta quando se trata da anulação das leis. É aqui que aparece a distinção entre a

---

não pode, porque ele não é advogado, e ele também pode estar pessoalmente interessado" (BRYCE, James, op. cit., Volume I, capítulo 23 (The Courts and the Constitution), p. 220).

elaboração e a simples anulação das leis. A anulação de uma lei se produz essencialmente como aplicação das normas da Constituição. A livre criação que caracteriza a legislação está aqui quase completamente ausente. *Enquanto o legislador só está preso pela Constituição no que concerne ao seu procedimento – e, de forma totalmente excepcional, no que concerne ao conteúdo das leis que deve editar, e mesmo assim, apenas por princípios ou diretivas gerais –, a atividade do legislador negativo, da jurisdição constitucional, é absolutamente determinada pela Constituição. E é precisamente nisso que sua função se parece com a de qualquer outro tribunal em geral: ela é principalmente a aplicação e somente em pequena medida criação do direito. É, por conseguinte, efetivamente jurisdicional. Portanto os mesmos princípios essenciais que presidem sua constituição são válidos para a organização dos tribunais ou dos órgãos executivos*.²⁹

Em nova reviravolta registrada em sua “Teoria Pura do Direito”, a altura em que tece considerações sobre a “lei inconstitucional”, **KELSEN** fornece outro argumento para que a função de controle de constitucionalidade no modelo austríaco seja de legislador negativo. Em síntese, segundo ele, se a todos fosse cometida a competência para julgar se uma lei é constitucional não haveria uniformidade nas decisões, e as diferenças de julgamento dificultariam a submissão dos cidadãos ao império da lei:

“Se a Constituição conferisse a toda e qualquer pessoa competência para decidir esta questão [questão de constitucionalidade], dificilmente poderia surgir uma lei que vinculasse os súditos do Direito e os órgãos jurídicos”.³⁰

Surge, então, outro argumento que justifica a criação de um órgão distinto do Parlamento que seja capaz de anular as leis inconstitucionais:

“Devendo evitar-se uma tal situação [ausência de consenso sobre a validade das leis], a Constituição apenas pode conferir competência para tal a um determinado órgão jurídico. Um recurso de instância análogo ao processo judicial está excluído quando só existia *um* órgão legislativo central. Então, só ao próprio órgão legislativo ou a um órgão diferente

²⁸ Idem. Ibidem, p. 151 e 152.

²⁹ Idem. Ibidem, p. 153, grifado.

³⁰ **KELSEN**, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução: João Baptista Machado. 6.ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2000, capítulo V, p. 300 e 301.

dele – v.g., ao tribunal que tem de aplicar a lei, ou tão somente a um tribunal especial – pode ser conferida competência para decidir a questão da constitucionalidade de uma lei”.³¹

E mais adiante, tratando especificamente sobre a natureza da função estatal de controle de constitucionalidade das leis, conclui indicando sua natureza legislativa:

“Do que acima ficou dito também resulta que, dentro de uma ordem jurídica não pode haver algo como a nulidade, que uma norma pertencente a uma ordem jurídica não pode ser nula mas apenas pode ser anulável. Mas esta anulabilidade prevista pela ordem jurídica pode ter diferentes graus. Uma norma jurídica em regra somente é anulada com efeitos para futuro, por forma que os efeitos já produzidos que deixa para trás permanecem intocados. Mas também pode ser anulada com efeito retroativo, por forma tal que os efeitos já produzidos que deixa para trás permanecem intocados. Mas também pode ser anulada com efeito retroativo, por forma tal que os efeitos jurídicos que ela deixou para atrás de si sejam destruídos: tal, por exemplo, a anulação de uma lei penal, acompanhada da anulação de todas as decisões judiciais proferidas com base nela; ou de uma lei civil, acompanhada da anulação de todos os negócios jurídicos celebrados e decisões jurisdicionais proferidas com fundamento nessa lei. Porém, a lei foi válida até a sua anulação. Ela não era nula desde o início. Não é, portanto, correto que se afirma quando a decisão anulatória da lei é designada como ‘declaração de nulidade’, quando o órgão que anula a lei declara na sua decisão essa lei como ‘nula desde o início’ (ex tunc). A sua decisão não tem caráter simplesmente declarativo, mas constitutivo. O sentido do ato pelo qual uma norma é destruída, quer dizer, pelo qual sua validade é anulada, é, tal como o sentido de um ato pelo qual uma norma é criada, uma norma^{32, 33}”.

Como é possível notar, quando Kelsen tratou de responder aos dois específicos argumentos de Schmitt mencionados neste estudo, ele claramente aponta para a natureza jurisdicional da jurisdição constitucional. Todavia, ao justificar o Tribunal Constitucional na teoria da separação do exercício do poder, sustenta a natureza legislativa de sua função para afirmar que o Tribunal Constitucional confirma a lógica de diluição de poder na

³¹ Ibidem, p. 301.

³² Ou seja, uma função legislativa.

referida teoria. Mas, com o fim de defender a autonomia do Tribunal Constitucional em relação ao Parlamento e ao governo, e ao tratar dos critérios mínimos de formação do Tribunal Constitucional, **KELSEN** volta a sustentar que a natureza da função exercida pelo Tribunal é “efetivamente jurisdicional” porque seria “principalmente a aplicação e somente em pequena medida criação do direito”, aproximando-se do próprio **SCHMITT** na maneira de encarar o juiz dentro de um modelo inanimado, mas com o diferente intuito de blindar o Tribunal Constitucional, valorizando-o. Porém, quando pensa no problema da eficácia do império da lei na sociedade, **KELSEN** insiste na natureza legislativa do Tribunal Constitucional.

A finalidade de realçarmos as contradições no pensamento “kelseniano” é, sobretudo, destacar que a dificuldade enfrentada hoje em situar com exatidão a jurisdição constitucional de via principal no Direito Processual brasileiro advém deste nó que até hoje não foi perfeitamente desatado. Porém, para render a devida justiça à memória de um dos maiores juristas do século XX, é preciso considerar a hipótese de que este nó é muito mais resultado do período político autoritário vivido por **KELSEN**; embora, é claro, não estivesse ele imune a erros. Da leitura que fizemos de suas obras notamos que **KELSEN** está mais preocupado em proteger a qualquer custo as premissas democráticas que sustentam a teoria do Tribunal Constitucional, do que chegar com precisão à natureza deste Tribunal.

Como quer que seja, a simples consciência de que este nó persiste entre nós é imprescindível para explicarmos a jurisdição constitucional ao longo deste capítulo, situando-a com maior rigor no Direito processual brasileiro.

42.4. Indo por esta linha, para nós, brasileiros, interessam as reflexões de **PIERO CALAMANDREI** a respeito do modelo austríaco de controle de constitucionalidade, na medida em que seu pensamento desenvolve-se sobre teorias processuais italianas tão conhecidas e discutidas no Brasil que sem dúvida foram nacionalizadas.

---

³³ Ibidem, p. 306 e 307, grifado.

Após descrever sucintamente o sistema de controle constitucional norte-americano realçando que é realizado “*inter partes*”,³⁴ CALAMANDREI expõe que no sistema italiano “o juízo sobre aquela questão [questão constitucional] não se desenvolve mais diante de um órgão judiciário, em forma incidental e com eficácia limitada ao caso particular, mas passa, desvinculando-se de cada referência ao caso concreto, à cognição de um órgão constitucional superior, que a examina em termos gerais, como *problema legislativo e não como problema jurisdicional* [“problema legislativo e non come problema giurisdizionale”], e resolve-a com uma decisão que tem a eficácia geral (e não retroativa) de uma lei e não aquela particular de uma sentença”.³⁵

E então pormenoriza seu pensamento:

“Em verdade, quando o controle sobre a constitucionalidade das leis acontece, tendo por ponto de vista o sistema austríaco fundamentalmente adotado na Itália, pela via principal e geral, o órgão que exercita este controle *não é um órgão jurisdicional*: tanto não é porque, como foi observado, ‘as controvérsias submetidas ao exame de constitucionalidade permanecem sempre nas raias políticas’ (1)³⁶ (também uma decisão fundada sobre critérios políticos pode ter, em certos ordenamentos, natureza jurisdicional), mas também porque nenhum dos sintomas que se mostram como típicos da função jurisdicional acham-se neste controle geral de constitucionalidade: nem aquele [sintoma] *carreluttiano* da lide [‘lite’] e sua composição, porque mesmo havendo lide relevante aqui, *inter partes*, no interesse particular discute-se sobre a aplicabilidade da lei a um caso concreto, mas não se discute isto quando no interesse público perscruta-se sobre o significado da lei em termos gerais e abstratos; nem aquele [sintoma] *chiovendiano* da atuação da lei em sua vontade concreta [“*attuazione della legge nelle sue volontà concrete*”], porque aqui o controle da Corte não visa garantir que a legalidade seja respeitada no momento em que a norma abstrata especifica-se e faz-se concreta, mas visa garantir a validade constitucional da lei em um momento anterior [“*ma mira a garantire la*

³⁴ CALAMANDREI, Piero. *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*. Padova: CEDAM, 1950, capítulo III, item 18, p. 57 e 58.

³⁵ *Ibidem*, item 18, p. 59, em itálico no original, tradução livre.

³⁶ Nota 01 do estudo de Piero Calamandrei: Amorth, *La Cost. italiana*, p. 131.

legittimità costituzionale della legge in un momento anteriore”], isto é, antes de sua aplicação ao caso concreto, quando se coloca ainda como um comando geral e abstrato”.³⁷

Com essas considerações, arremata sobre a Corte Constitucional italiana:

“O controle da Corte Constitucional atinge a lei em seu momento normativo, não no seu momento jurisdicional: a Corte não é então, nesta sua atribuição, um órgão judiciário, mas antes, como pensa **KELSEN**, um órgão paralegislativo ou superlegislativo que pelo controle de constitucionalidade pode exercer sobre leis ordinárias, seja somente como garantia de debate público e de motivação, uma espécie de direito de veto, ou melhor um poder legislativo unicamente negativo, isto é, um poder legislativo ab-rogatório”.³⁸

E mais adiante **CALAMANDREI** tenta diminuir eventual espaço para arbitrariedades, quando a Corte Constitucional exercer o controle de constitucionalidade:

“(...) a Corte Constitucional anula a lei não com o escopo de substituí-la com uma consideração politicamente mais conveniente, mas unicamente porque essa consideração está em contraste com uma norma constitucional que deve ser respeitada: isto é, em princípio, por um motivo puramente jurídico. A Corte Constitucional inspira-se no passado, não no futuro como faz o Parlamento: a Corte anula a lei não para permitir ingresso de leis novas, mas para fazer respeitar a lei velha (isto é a norma constitucional)”.³⁹

Pelo menos expressamente **CALAMANDREI** não chega a cometer a mesma contradição de **KELSEN**, mas passa bem perto ao querer justificar a função da Corte Constitucional italiana em “um motivo puramente jurídico”, como se admoestasse seus membros a não cometerem abusos quando exercitassem as atribuições da Corte. Novamente, aqui, a incongruência “kelseniana” reaparece em **CALAMANDREI**, mas tudo indica que aqui é pela desconfiança deste autor em relação à nova Corte Constitucional.

---

³⁷ Ibidem, item 18, p. 59 e 60, em itálico no original, tradução livre.

³⁸ Ibidem, item 18, p. 60, tradução livre.

³⁹ Ibidem, item 18, loc. cit., tradução livre.

Outro ponto importante é notar que a conclusão de CALAMANDREI sobre a natureza da função do controle de constitucionalidade pela via principal e do órgão que a exerce é extremamente conciliável com seu pensamento processual, pois ele define a jurisdição voluntária como “la amministrazione pubblica del diritto privato esercitata da organi giudiziari” (a administração pública do direito privado exercida pelos órgãos judiciários).⁴⁰ Este dado justifica sua coerência em negar a natureza jurisdicional da “jurisdição constitucional” quando notou nela a inexistência de características de jurisdição contenciosa: lide “carneluttiana” e a atuação da vontade concreta da lei “chiovendiana”.

42.5. Cinco anos depois da obra de CALAMANDREI, MAURO CAPPELLETTI publica sua “La Giurisdizione Costituzionale delle Libertà”, tendo ela a finalidade de aprimorar a garantia jurisdicional dos “diritti fondamentali” (direitos fundamentais) ou “diritti di libertà (direitos de liberdade).⁴¹ Ao modificar o foco do estudo da jurisdição constitucional enaltecendo os direitos fundamentais, CAPPELLETTI abriu a oportunidade de sustentar a inaplicabilidade da jurisdição contenciosa para o controle de constitucionalidade pela via principal, sem precisar apelar para a função legislativa.

CAPPELLETTI esclarece que os direitos fundamentais são permeados de valores que transcendem o indivíduo abrangendo toda a sociedade.⁴² Apegando-se a esta idéia inicial, afirma que esta relevância ultra-individual (“rilevanza ‘ultra-individuale’”) dos direitos fundamentais somada ao fato de que estes direitos correspondem a uma obrigação e antes ainda a uma sujeição do Estado ou dos indivíduos que o representam, constituem “um grande obstáculo à criação de uma eficaz (e então *diferenciada* ou seja ajustada à peculiar natureza desses direitos) garantia jurisdicional dos direitos fundamentais, deixando à iniciativa do indivíduo e consistente em um recurso contra os atos lesivos do Estado”.⁴³ E conclui esclarecendo que estes obstáculos aos poucos foram superados, sucedendo então “que a particular natureza do objeto dos direitos fundamentais repercutiu de vários modos

⁴⁰ CALAMANDREI, Piero. La Giurisdizione. In: *Opere Giuridiche* a cura de Mauro Cappelletti. Volume Quarto. Napoli: Morano, 1965, § 23 (giurisdizione volontaria), p. 83 e 84.

⁴¹ CAPPELLETTI, Mauro. *La Giurisdizione Costituzionale delle Libertà*. Ristampa inalterata da Prima edizione (1955). Milano: Giuffrè, 1976, “Premessa”.

⁴² Ibidem, “Premesse”, p. 02.

⁴³ Ibidem, “Premesse”, p. 03, tradução livre, em itálico no original.

sobre a estrutura da relação [jurídica material] e com maior razão nas relações processuais e sobre a natureza e os efeitos dos provimentos que acolhem o recurso contra o ato inconstitucional”.⁴⁴

Em suas “premissas” ainda acena que adiante em seu estudo são vistas as conseqüências procedimentais em virtude da natureza especial dos direitos fundamentais, realçando sobretudo que nos ordenamentos onde os procedimentos de controle de constitucionalidade não admitem estrutura bilateral mas de “parte única” (*rectius*: objetivo), a finalidade do processo não é de composição de lide, mas de sua prevenção,⁴⁵ afirmando já neste ponto, portanto, uma natureza de *jurisdição voluntária* no campo do controle de constitucionalidade, ao que chamou de *jurisdição constitucional das liberdades*.

Ao final do exame do recurso constitucional alemão (“Verfassungsbeschwerde”), aborda com maior profundidade este diferenciado aspecto estrutural da “Justiça Constitucional da Liberdade”. Rememora que este processo não se enquadra entre os clássicos esquemas das doutrinas processuais, e destaca a natureza objetiva do processo, prevalência do princípio inquisitório, os amplos efeitos da decisão no caso de acolhimento do recurso, dentre outras diferenças da jurisdição contenciosa, usando-as para justificar a terminologia que cunhou: “la giurisdizione delle libertà”.⁴⁶

Neste aprofundamento também expõe com maior rigor o objeto do processo constitucional que estuda, explicando que o direito subjetivo fundamental tem por finalidade a proteção do bem “liberdade individual”, realçando que a existência desta proteção também depende da integridade do ordenamento estatal em um dado momento histórico.⁴⁷ “Dada esta natureza do objeto [do processo constitucional]”, esclarece CAPPELLETTI, “parece-me seguro que o direito fundamental, ainda por quem creia poder conceber o Estado como ‘pessoa’, não se pode levantar diretamente *contra o Estado*, precisamente por isto que em relação jurídica do qual este direito é o aspecto positivo não é afirmado a prevalência de um interesse privado ou individual sobre o interesse público ou

---

⁴⁴ Ibidem, “Premesse”, p. 04, tradução livre.

⁴⁵ Ibidem, loc. cit.

⁴⁶ Ibidem, item n. 38, p. 112 e 113.

⁴⁷ Ibidem, item n. 38, p. 114 e 115.

estatal, porém a prevalência de um interesse que é em conjunto (imediatamente) próprio do particular e (mediatamente mas nem por isto menos inderrogável) do Estado, ‘publice interest’. O direito fundamental, se aparece violado, importará então a responsabilidade não do Estado, mas de quem do Estado tenha usurpado o nome do órgão, isto é, que tenha operado contra o Estado porque em sentido contrário aos imperativos supremos essenciais do próprio Estado: o qual não ‘imputa’ a si um igual ato lesivo (e então, ao lado de uma *obrigação* põe também um *ônus* do órgão, ou seja, configura a relação jurídica fundamental contemporaneamente como relação-obrigação e como relação-ônus, consistindo este último na ‘necessitas’ do órgão de ajustar-se ao comando para além de evitar sua própria responsabilidade, evitar a imputabilidade do Estado e também a irregularidade – com efeitos variáveis da nulidade até a anulabilidade, não-aplicação etc. – do ato)”.⁴⁸

Após tratar do objeto específico do recurso constitucional alemão, chega CAPPELLETTI ao ponto desejável deste estudo, refletindo a respeito da natureza da jurisdição exercida no campo da “jurisdição da liberdade”:

“E então, diante de um ato lesivo da liberdade constitucional, teoricamente seria possível conceber dois tipos distintos de jurisdição: uma jurisdição *contenciosa*, com processo de estrutura bilateral, no qual o particular age para fazer aplicar certas sanções contra aquele que poderia chamar-se (e assim é chamado, por exemplo, no processo constitucional mexicano) *autoridade responsável*, a qual fosse convidada em juízo por quem quisesse fazer [o juízo] declará-la responsável por um ato constitucionalmente ilícito e fazer, como conseqüente, [o juízo] condenar, etc.; ou um tipo de jurisdição *voluntária*, sem função de compor um conflito de interesses entre duas ou mais partes, mas, ao contrário, compreendida na finalidade do processo a função de conhecer a irregularidade do ato e de prevenir portanto, de vários modos, aqueles conflitos políticos e sociais (recorde-se o direito de sublevação), a cuja iminente ameaça se reconheceria precisamente no fato que órgãos públicos teriam usado inconstitucionalmente os próprios poderes”.⁴⁹

Com este divisor de águas, CAPPELLETTI posiciona-se pelo exercício da jurisdição na modalidade voluntária no campo da “jurisdição da liberdade”. Segundo ele, o modo

⁴⁸ Ibidem, item n. 38, p. 115 e 116, tradução livre, em itálico no original.

contencioso não se ajusta ao caráter “fundamental” e como consequência infungível e insubstituível do bem que, por meio do direito deduzido em juízo, é garantido ao indivíduo. Vale dizer, **CAPPELLETTI** sustenta que o bem relacionado aos direitos fundamentais – a liberdade – dificilmente poderia ser reafirmado e eficazmente tutelado por meio de provimentos jurisdicionais lançados contra a autoridade do Estado.⁵⁰ Entretanto, não se deve cometer o erro de assumir que a jurisdição contenciosa de nada serve para a defesa dos direitos fundamentais. **CAPPELLETTI** não faz esta afirmação. Ele ensina que na hipótese de violação de direitos fundamentais o processo contencioso tem sua vez na aplicação de sanções penal, administrativa, e civil contra a autoridade do Estado responsável, porém, ressalva que certamente por meio desta modalidade processual o indivíduo não consegue perseguir eficazmente uma direta satisfação do seu “interesse fondamentale” (interesse fundamental),⁵¹ justamente pela sobredita relevância ultra-individual dos direitos fundamentais.

Adotando esta posição **MAURO CAPPELLETTI** esclarece que no processo da “jurisdição da liberdade” não há provimento de condenação com declaração de uma responsabilidade. Diz ele que os provimentos proferidos podem ser classificados entre aqueles “constitutivos necessários” (“costitutivi necessari”), e explica que esta necessidade de participação do juiz constitucional para a modificação jurídica que se pretende pelo processo justifica-se pelas garantias deste juiz.⁵²

E conclui **CAPPELLETTI**: “Sicché potrà dirsi appunto che detti provvedimenti non consistono nell’applicazione di sanzioni, bensì – per parafrasare (senz’accertarla) una vecchia definizione – in una sorta di amministrazione pubblica delle libertà individuali” (De modo que se pode enunciar precisamente que ditos provimentos não consistem na aplicação de sanções, porém – parafraseando (sem acertar) uma velha definição – em um tipo de administração pública das liberdades individuais).⁵³

⁴⁹ Ibidem, item n. 38, p. 116, tradução livre, em itálico no original.

⁵⁰ Ibidem, item n. 38, p. 116 e 117.

⁵¹ Ibidem, item n. 38, p. 117.

⁵² Ibidem, item n. 38, p. 118 e 119.

⁵³ Ibidem, item n. 38, p. 119, tradução livre.

42.6. **MAURO CAPPELLETTI** modificou os limites da jurisdição voluntária pelo menos no importante aspecto dos interesses a serem tutelados. Ele sustenta a idéia de que a jurisdição voluntária seria mais do que administração pública dos interesses privados. Embora não tenha ido tão à fundo em outro aspecto não menos importante, a nosso ver a natureza jurisdicional da jurisdição voluntária passou a ser indiscutível em vista do processo constitucional produzir coisa julgada.

De fato, o modo particular pelo qual **CAPPELLETTI** encarou a jurisdição voluntária para explicar a jurisdição constitucional de via principal não chamou a atenção da doutrina brasileira. A razão para esta indiferença talvez seja porque este grande mestre não tenha dado maiores detalhes sobre como distinguir a jurisdição voluntária da contenciosa ao sugerir que a primeira possui também natureza jurisdicional, e como sistematizar esta sua compreensão em contraste com a função administrativa e, sobretudo, no contexto da jurisdição constitucional, com a função legislativa, limitando-se **CAPPELLETTI** a usar o conceito “carneluttiano” de jurisdição voluntária como atividade de prevenção dos conflitos.

Como quer que seja, **BOTELHO DE MESQUITA** não comunga com a visão brasileira predominante sobre jurisdição voluntária, razão pela qual seguiu caminho distinto em suas reflexões e acabou fertilizando muito o campo da jurisdição constitucional no Brasil, justamente por ter explicado com maior clareza aquilo que **CAPPELLETTI** silenciou.

Para entendermos as reflexões de **BOTELHO DE MESQUITA** é preciso enxergar — ainda que muito superficialmente —, a evolução de seu pensamento ao longo de trinta anos, e por conta desta necessidade voltemos no tempo para o ano de 1973, quando apresentou tese intitulada “Da Ação Civil” para concurso de Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

O entusiasmo da época com a perspectiva de abertura democrática que encerrasse o Regime Militar inspirou o Professor a repensar o direito de ação que, até então, estava pacificado em torno do que **LIEBMAN** havia divulgado entre nós, brasileiros, há então duas

décadas em seu conhecido estudo “O Despacho Saneador e o Julgamento de Mérito”, publicado na Revista Forense de n. 104, em 1945.⁵⁴

BOTELHO DE MESQUITA pretendeu restituir ao Direito sua unidade restaurando a importância da legalidade inerente ao Estado de Direito, recriando, assim, laços entre os Direitos processual e material. Daí a razão pela qual propõe seu conceito de ação como um direito concreto ou um direito a uma sentença de conteúdo determinado, bem como realça a existência de necessária harmonia entre as categorias de Direitos processual e material:

“Podemos, portanto, sucintamente, definir o direito de ação como o *direito à realização da ordem jurídica*, por meio da atividade do Estado. É um direito subjetivo público, dirigido contra o Estado, a quem incumbe o dever de, pela atividade de seus órgãos jurisdicionais, tornar efetiva a ordem prevista na lei.

(...)

E, de fato, o que haverá de considerar, para a compreensão do fenômeno jurídico em sua totalidade, há de ser a ordem jurídica como uma unidade incindível, em face da qual não subsistem isoladamente categorias que se pretendiam não só diversas, mas também independentes, como as de direito subjetivo, ação, processo, jurisdição, obrigação, ou de direito público e privado, material instrumental e assim por diante”.⁵⁵

Sem entrarmos em maiores detalhes, para chegar a este resultado **BOTELHO DE MESQUITA** reviu a evolução da discussão em torno do *direito de ação*, identificando sobretudo tendências históricas e as principais críticas dirigidas pela teoria dominante (direito abstrato de ação) à teoria do direito concreto de ação (“Rechtsschutzanspruch”). Com este material, vinculando a teoria do direito concreto de ação ao modelo do Estado democrático de direito, passou a responder uma a uma a todas as críticas que catalogou da teoria dominante dirigidas contra a teoria concreta, e é justamente desta embate que nasce o esboço de sua teoria concreta, consolidada na terceira e última parte de sua tese.

⁵⁴ BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio. *Da Ação Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975, p. 03. Esta tese foi republicada nas páginas da seguinte coletânea: BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio. *Teses, Estudos e Pareceres de Processo Civil*. V. 1 (temas do volume: Direito de ação; Partes e terceiros; Processo e Política). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 33 e 34.

⁵⁵ BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio. *Da Ação...* In: *Teses, Estudos...*, V. 1, p. 121, 122 e 123, em itálico no original.

Ao longo deste pedregoso caminho, uma das críticas que **BOTELHO DE MESQUITA** enfrentou está no argumento da teoria concreta da ação supostamente apagar a distinção entre as funções jurisdicional e administrativa. Para afastar esta crítica o pesquisador foi obrigado a distinguir a atividade jurisdicional da administrativa, nascendo daí a importância das reflexões de **BOTELHO DE MESQUITA** ao presente estudo.

Nesta linha, no início de sua resposta o autor explica que referida questão está ligada, em primeiro lugar, à distinção entre atividade jurisdicional e atividade administrativa, e em segundo lugar à determinação do objeto do processo.⁵⁶ Em seguida, diz **BOTELHO DE MESQUITA**:

“Não resta dúvida, de que para a teoria do *Rechtsschutzanspruch*, objeto é a afirmação de um direito contra o Estado e que, conseqüentemente, desaparecerá toda a distinção entre função jurisdicional e administrativa, se tornarmos como traço distintivo entre ambas, o fato de o juiz decidir sempre sobre relações jurídicas de que não é parte”.⁵⁷

Estabelecida esta idéia inicial, o autor sustenta que a “atividade jurisdicional tem por finalidade a produção de efeitos de direito (tanto material como processual), ou de fato (redução da realidade à ordem prevista pela norma), que nunca podem ser objeto de uma atividade desenvolvida pelos sujeitos abrangidos pela hipótese prevista na lei, exatamente porque parte do pressuposto de que estes, *em virtude de impedimento legal, estão proibidos de alcançar aquele resultado por seus próprios meios*”.⁵⁸

É justamente naquilo que grifamos que reside a distinção entre jurisdição e administração. Como bem esclarece o autor, a produção de efeitos de direito como de fato pode ser exercida tanto pela administração como pelos particulares,⁵⁹ e, evidentemente, nestas hipóteses não há o referido *impedimento legal* suscitado por **BOTELHO DE MESQUITA**.

---

⁵⁶ Idem. Ibidem, p. 79.

⁵⁷ Idem. Ibidem, p. 79 e 80, em itálico no original.

⁵⁸ Idem. Ibidem, p. 80, grifado.

⁵⁹ Idem. Ibidem, loc. cit.

Assim, segundo o autor, o que distingue a atividade jurisdicional da atividade administrativa “é o fato de que a atividade jurisdicional se destina à produção de efeitos de fato e de direito, cuja realização, pelos sujeitos da relação jurídica de direito material e mediante seus próprios recursos, esteja proibida em lei”.⁶⁰

“Em razão disto”, responde **BOTELHO DE MESQUITA** à referida crítica, “o fato de o *Rechtsschutzanspruch* estabelecer um vínculo jurídico entre o Estado e o autor, relacionando a ação diretamente com os efeitos a serem produzidos pela jurisdição, não implica qualquer apagamento dos limites entre administração e jurisdição, porquanto esses limites não se apóiam sobre o fato de estar sendo exercido um direito contra o Estado, mas sim no caráter complementar desse direito”.⁶¹

Assim – realçando o que interessa ao nosso estudo –, ao enfrentar a mencionada crítica da suposta confusão entre jurisdição e administração em virtude da adoção da teoria concreta da ação, **BOTELHO DE MESQUITA** esclarece que a atribuição da jurisdição reside justamente na proibição dos destinatários das normas jurídicas produzirem efeitos de fato ou de direito pelas próprias mãos. Podendo a Administração Pública exercer a produção dos efeitos pretendidos, ou o próprio particular, não há interesse processual para que a atividade jurisdicional seja movimentada, de maneira que se as atividades administrativa ou do próprio particular forem suficientes para a transformação da realidade à ordem prevista na lei, afasta-se a incidência da atribuição jurisdicional do Estado.

Pouco mais de vinte e cinco anos depois, por acre ironia do destino, estimulado pela sombria perspectiva de *em pleno regime democrático* assistir à destruição do processo civil, lentamente substituído por um processo incivil⁶² em vista das sucessivas reformas processuais iniciadas em meados da década de 1980 com os Juizados Especiais, **BOTELHO DE MESQUITA** reitera sua oposição ao novo conteúdo emprestado ao termo

---

⁶⁰ Idem. Ibidem, loc. cit.

⁶¹ Idem. Ibidem, p. 81.

⁶² Processo incivil: terminologia copiada da Aula Magna do Prof. Titular da FADUSP, José Ignácio Botelho de Mesquita, intitulada “Processo Civil e Processo Incivil”, e ministrada em 01 de junho de 2005 no Salão Nobre da FADUSP, marcando sua despedida formal em virtude de aposentadoria compulsória.

instrumentalidade em artigo intitulado “As novas tendências do direito processual: uma contribuição para seu reexame”.⁶³

Em síntese, apoiado na conhecida constatação de que a jurisdição voluntária tende a ocupar o campo da contenciosa nos regimes políticos fundados em ideologias totalitárias, **BOTELHO DE MESQUITA** deu conta de que as reformas processuais iniciadas na década de 1980 estimulam a absorção, lenta e metódica, da jurisdição contenciosa pela voluntária. Em outras palavras, ele identificou que a maré reformista – ainda viva entre nós – inaugurou um grande movimento de *mutação política* do processo civil brasileiro, pois ao invés de promover as alterações necessárias para o aperfeiçoamento do processo sem alterar seu escopo jurídico (mutação jurídica), as ondas reformistas aos poucos modificam o escopo do processo civil brasileiro para outros que não o jurídico, tais como da pacificação social, justiça social, educação e divulgação do direito no seio do povo, etc.⁶⁴

Este resultado apresentado pelo autor dependeu de uma prévia explicação minuciosa acerca da distinção entre jurisdição contenciosa e jurisdição voluntária, porquanto não seria possível ele sustentar a mutação do processo civil brasileiro para um processo incivil sem que explicasse previamente e precisamente sobre os limites dos campos voluntário e contencioso da jurisdição. É essa contribuição que neste momento é útil para nosso estudo.

BOTELHO DE MESQUITA, tal qual a doutrina tradicional, compreende que a jurisdição voluntária abrange a administração pública de interesses privados, todavia,

⁶³ Publicado originalmente em: *Revista Forense*, n. 361, p. 47.

⁶⁴ A certa altura, manifestou-se deste modo Botelho de Mesquita (Cf. **BOTELHO DE MESQUITA**, José Ignácio. *As novas tendências...* In: *Teses, Estudos...*, Vol. 1, item “43”, p. 294 e 295): “Inconstitucional, porém, não só por isso [referindo-se às reformas por abolirem a jurisdição contenciosa], mas também e principalmente porque o Brasil se define como *Estado democrático de direito*, enquanto que, historicamente, a absorção da jurisdição voluntária sempre esteve vinculada a ideologias totalitárias e constitui uma das características mais relevantes dos estados não democráticos, ainda quando de democráticos se autodenominem. Sirvam de exemplo os casos da extinta República Democrática da Alemanha (RDA) e das democracias populares do leste europeu.

Nesse sentido, mostram-se inconstitucionais as sucessivas mini-reformas que têm alterado o Código de Processo Civil, seja no que concretamente violam os princípios que regem a jurisdição contenciosa, especialmente a garantia do devido processo legal, seja no que emprestam meios para que se instale no direito processual civil a tendência à abolição da jurisdição contenciosa”.

entende também que ela não se limita a isso.⁶⁵ Nossa interpretação é que justamente por esta perspectiva de maior amplitude ele atribuiu à jurisdição voluntária a natureza jurisdicional; conforme será visto, ele atribui à jurisdição voluntária a tutela da hegemonia da Constituição na via principal, por exemplo, e não faria sentido que o controle de constitucionalidade fosse administrativo no seio do Tribunal, quando nossa tradição secular diz que aí o controle é efetivamente jurisdicional.

Vendo, portanto, a chamada jurisdição voluntária contida na função estatal de natureza jurisdicional – e não administrativa –, o autor, em sua exposição, repete sua lição proferida há mais de vinte e cinco anos separando a atividade jurisdicional da atividade administrativa.⁶⁶ Repassada sua velha mas ainda atual lição, passa a lançar luzes, finalmente, sobre a linha que separa a jurisdição voluntária da contenciosa:

“Assim conceituada a jurisdição, nela se inclui tanto a jurisdição contenciosa como a voluntária. Em que se distinguiria uma da outra?

A meu ver, a distinção *reside na natureza do fato que torna necessária a transformação*”.⁶⁷

Dito isso, conforme exige o próprio discurso que desenvolve, apresenta os pormenores de sua compreensão sobre o que é esta “natureza do fato que torna necessária a transformação”, e por aí revela uma marcação muito precisa do campo contencioso:

---

⁶⁵ Idem. Ibidem, p. 266.

⁶⁶ Eis a repetição, vinte e cinco anos depois: “Como se sabe, considero a jurisdição como uma atividade transformadora que objetiva transformar a realidade do direito ou a realidade dos fatos para que passem a comportar-se em conformidade com o previsto abstratamente numa ordem preestabelecida. Só isso, porém, não basta para definir a jurisdição, porque atividades dessa mesma natureza podem igualmente ser exercidas, e o são, mediante atos de administração, tanto pública como privada.

A diferença está em que, na administração pública ou privada, os atos pelos quais a atividade administrativa se exerce são praticados *inter partes*, enquanto que na atividade jurisdicional os atos transformadores são praticados *super partes*. No exercício da função jurisdicional, o Estado intervém como terceiro, colocado acima das partes, e só intervém quando os interessados estejam *impedidos* de produzir a necessária transformação por seus próprios meios, por suas próprias mãos”. (Idem. Ibidem, p. 267, em itálico no original).

⁶⁷ Idem. Ibidem, p. 268, grifado.

“Há casos em que a transformação se torna necessária em virtude da existência de violação ou ameaça de violação de algum direito subjetivo. Nesse caso a transformação é necessária para adequar as relações jurídicas ou as relações de fato ao que se acha abstratamente previsto na ordem *jurídica*. É o campo da jurisdição *contenciosa*”.⁶⁸

E a seguir, marca com o mesmo cuidado o campo voluntário:

“Há casos, porém, em que não ocorreu, ou não ocorreu ainda, a violação ou ameaça de violação a direito algum, mas a transformação se torna necessária para afastar o risco de colisão com interesses públicos de outra ordem igualmente contemplada na Constituição Federal, como sejam a ordem política, a ordem econômico-financeira, a ordem social, aí compreendidos os interesses da família, educação, cultura, assistência social, etc.

Nessa hipótese, não se trata de dar proteção a interesses ou direitos subjetivos violados ou ameaçados de violação, mas sim da defesa de interesses objetivos, a fim de prevenir conflitos entre estes e os interesses subjetivos que serão fatalmente atingidos pela transformação dos fatos ou dos direitos. Este é o campo da jurisdição voluntária”.⁶⁹

Continuando a explicar o campo voluntário, menciona alguns dos interesses objetivos tutelados pela jurisdição voluntária, ao esclarecer que eventualmente pode já ter acontecido alguma forma de lesão a direito subjetivo, e que nesta hipótese “a necessidade de transformação para a produção de determinado efeito jurídico não se vincula à restauração da ordem jurídica no que se refere a esse particular direito subjetivo, mas se deve exclusivamente à necessidade de preservar ou restaurar interesses de outra ordem; interesses públicos, sem dúvida, mas inseridos na ordem política, como os inerentes à soberania nacional, à *tripartição dos poderes*, à hegemonia da Constituição Federal, à inviolabilidade política das liberdades públicas”.⁷⁰

Visto o pensamento de BOTELHO DE MESQUITA, percebe-se a partir da paisagem apresentada que a jurisdição voluntária não fica limitada aos procedimentos especiais previstos no Título II do Livro IV do CPC, mas como bem explicou o notável Professor ela tutela igualmente *outros interesses que não os privados*, e dentre eles, conforme ele

---

⁶⁸ Idem. Ibidem, loc. cit.

⁶⁹ Idem. Ibidem, loc. cit.

próprio disse, o da hegemonia da Constituição, o da separação do exercício do poder do estatal, etc.

Por este surpreendente modo de pensar acabou abrindo portas no campo processual para novas pesquisas e, sem dúvida alguma, uma delas é a *jurisdição constitucional*.⁷¹

A final **BOTELHO DE MESQUITA** enumera particularidades da jurisdição voluntária que a distinguem da contenciosa, todas elas gravadas no Código de Processo Civil, as quais demonstram inequivocamente a oposição entre os dois modos de exercer a jurisdição. São estas as particularidades da *jurisdição voluntária* apontadas pelo autor:

“a) Inexistência de lide e de partes. A iniciativa do processo é atribuída aos interessados ou ao Ministério Público, em conformidade com o disposto na CF, art. 127 e no CPC art. 1.104;

b) Inexistência de contraditório no sentido constitucional (CF art. 5.º, LV), embora observado o princípio dialético (CPC arts. 1.105, 1.106 e 1.108);

c) Observância do princípio inquisitório (CPC art. 1.107);

d) Relevação do critério de legalidade estrita (CPC art. 1.109);

e) Informalidade, celeridade e simplicidade de procedimento;

f) Possibilidade de modificação da sentença (CPC art. 1.111)”⁷²

43. Já a doutrina constitucionalista assim discrimina as particularidades da *jurisdição constitucional* exercida nas ações diretas: (1) o processo desta jurisdição é

---

⁷⁰ Idem. Ibidem, p. 268 e 269, grifado.

⁷¹ A propósito, Botelho de Mesquita menciona Mauro Cappelletti sustentando que o grande mestre italiano soube muito bem explorar a jurisdição voluntária como tutora de outros interesses além dos privados, na medida em que explicou a hegemonia da Constituição pelo exercício da jurisdição voluntária como fiador da constitucionalidade do Direito objetivo. Idem. Ibidem, p. 269, em itálico no original: “É assim que se abre um vasto campo para a jurisdição voluntária, de que a doutrina praticamente não tem cogitado, exceção feita à contribuição trazida por Mauro Cappelletti com sua obra *La giurisdizione costituzionale delle libertà*, na qual qualifica como processos de jurisdição voluntária todos os que se inserem na denominada jurisdição constitucional das liberdades”.

⁷² Idem. Ibidem, p. 269 e 270.

objetivo, sem partes e sem lide;⁷³ (2) embora usualmente utilize o termo *contraditório*, ganha ele um novo sentido no contexto de um processo objetivo;⁷⁴ (3) prevalece o princípio inquisitório, ou nas palavras de CAPPELLETTI prevalece a “ricerca ufficiale della verità”;⁷⁵ (4) releva-se o critério de legalidade estrita, não estando o Supremo Tribunal Federal vinculado à fundamentação jurídica da ação.⁷⁶

O que nos parece inegável, visto este simples cotejo, é que a razão está com CAPPELLETTI e BOTELHO DE MESQUITA ao afirmarem que a jurisdição constitucional do

⁷³ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 114; CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional...**, p. 963; CAPPELLETTI, Mauro. **La Giurisdizione...**, item n. 38, p. 113; CLÈVE, Clemerson Mèrlin. Declaração de inconstitucionalidade de dispositivo normativo em sede de juízo abstrato e efeitos sobre os atos singulares praticados sob sua égide. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, n. 19, p. 286; MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional...**, Título II, Capítulo II, p. 42 e também Título III, Capítulo III, p. 136 e 145; TAVARES, André Ramos. **Tribunal e Jurisdição Constitucional**. Celso Bastos Editor: São Paulo, 1998, capítulo VI, p. 131.

⁷⁴ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade...**, p. 119, embora atribua ao Advogado-Geral da União a função de defesa do texto impugnado; CAPPELLETTI, Mauro. **La Giurisdizione...**, item n. 38, p. 116; CLÈVE, Clemerson Mèrlin. Declaração de inconstitucionalidade..., p. 286 e 287; Gilmar Mendes não fala em “contraditório”, mas “direito de manifestação”: MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional...**, Título II, Capítulo II, p. 42 e 43; TAVARES, André Ramos. **Tribunal e Jurisdição...**, capítulo VI, p. 132.

⁷⁵ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade...**, p. 142 e 143, sobretudo nota “94”; CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional...**, p. 963 e 964, ao tratar do que chama de princípio da instrução; CAPPELLETTI, Mauro. **La Giurisdizione...**, item n. 38, p. 113; MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional...**, Título III, Capítulo III, p. 136, referindo-se ao poder de requisição do relator para mais informações técnicas; VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Da jurisdição constitucional: aspectos inovadores do controle concentrado de constitucionalidade. In: CALMON, Eliana; BULOS, Uadi Lâmmego (Coordenadores). **Direito Processual – inovações e perspectivas: estudos em homenagem ao Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 183 e 184.

⁷⁶ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional...**, p. 964; CLÈVE, Clemerson Mèrlin. Declaração de inconstitucionalidade..., p. 287, em itálico no original: “Por fim, encontra-se o Supremo Tribunal Federal condicionado pelo pedido, mas não pela causa de pedir. Ou seja, não constituindo processo *inquisitivo*, mas sim *processo objetivo*, não pode o STF iniciar *ex officio* o processo. Todavia, não está adstrito à fundamentação jurídica invocada pelo requerente”; MENDES, Gilmar Ferreira. Comentário ao artigo 3.º, I da Lei n.º 9.868 de 10 de novembro de 1999. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle Concentrado de Constitucionalidade – Comentários à Lei n.º 9.868 de 10-11-1999**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 147; TAVARES, André Ramos. **Tribunal e Jurisdição...**, capítulo VI, p. 134; VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Da jurisdição constitucional: aspectos inovadores... In: CALMON, Eliana; BULOS, Uadi Lâmmego (Coordenadores). **Direito Processual...**, p. 183.

modelo europeu corresponde ao exercício de jurisdição voluntária. **KELSEN** jamais passou perto de explicar a jurisdição constitucional do modelo europeu pela jurisdição contenciosa, ainda que se tenha mantido na imprecisão que apontamos. **PIERO CALAMANDREI**, embora tenha persistido na natureza legislativa da jurisdição constitucional típica do modelo europeu, explicou com minúcias que nela não existem a lide “carneluttiana” e a atuação da vontade concreta da lei “chiovendiana”. Caminhando pela linha de raciocínio inaugurada por **CALAMANDREI**, mas rompendo com a posição de **KELSEN**, **CAPPELLETTI** expõe que o modelo clássico do processo contencioso não suporta o fim do processo constitucional do modelo europeu, em vista relevância ultra-individual dos direitos fundamentais. No Brasil, com o propósito de contrapor o modelo do “processo novo” ou do que qualificou de “processo incivil”, **BOTELHO DE MESQUITA** acabou expandindo e sistematizando a via proposta por **CAPPELLETTI**, lançando luzes sobre a jurisdição voluntária, sobretudo quando a encaixou no âmbito da atividade jurisdicional e posteriormente esclareceu a precisa distinção entre ela e a jurisdição contenciosa.

Portanto, esta última contribuição de **BOTELHO DE MESQUITA** coroa uma sucessão de antecedentes, que, reunidas, permitem o ajuste proposto entre jurisdição voluntária e o processo atributivo. Conforme já dito, é fora de dúvida que o conflito de atribuição seja de índole constitucional por dizer respeito ao sistema de freios e contrapesos.⁷⁷ E este fato deixa de ser incompatível com a jurisdição voluntária se for compreendido que ela não se limita a tutelar interesses privados, mas igualmente outros interesses tais quais a separação do exercício do poder, a hegemonia da Constituição Federal, etc. Nesta mesma linha, reputando jurisdicional a natureza da jurisdição voluntária, torna-se totalmente sustentável o controle jurisdicional do sistema de freios e contrapesos pelo processo atributivo.

O ajuste que promovemos entre processo de atribuição e jurisdição voluntária reafirma, igualmente, o que dissemos anteriormente: o processo de atribuição não deve tutelar interesses dos conflitantes, mas tutelar o sumo interesse de toda a sociedade brasileira em preservar o sistema brasileiro de freios e contrapesos.⁷⁸ Quer dizer, a jurisdição voluntária amolda-se perfeitamente à obrigação do órgão julgador tutelar o interesse objetivo do equilíbrio dos Poderes, sem se vincular aos interesses dos

⁷⁷ Cf. item n. 33.

⁷⁸ Cf. subitem n. 36.3 e item n. 37.

interessados. Neste sentido é valiosa a lição de CÂNDIDO DINAMARCO, apoiado em CRISTOFOLINI:

“Quando o juiz é chamado a julgar [na jurisdição voluntária], ele não vai considerar que existem duas pessoas em pé de igualdade com interesses a serem considerados. Na jurisdição voluntária (...) o juiz já parte de uma premissa, com o intuito de proteger os interesses de uma determinada pessoa ou agregado de pessoas (família), naquele processo. O juiz concede ou nega a interdição, não porque aquele filho *mereça* obter a interdição do pai como também o *munus* de curador: não é isso. Para o juiz, a pessoa que requereu a interdição é vista como alguém que se ofereceu a prestar um serviço; vamos aceitar ou não esse oferecimento de serviço? (...) Embora; na prática, a motivação que às vezes leva algumas pessoas a pedir interdição de familiares possa não ser das mais nobres e sim um interesse particular, este não é colocado no processo diante do juiz. Será julgado apenas o interesse do possível doente. E pode até suceder que, reconhecida a incapacidade e decretada a interdição, a curatela seja confiada a outra pessoa e não a quem tomara a iniciativa do processo”.⁷⁹ Em convergência à lição de DINAMARCO vale o exemplo de guarda de menor; no processo de guarda de menor não se julga um suposto direito da mãe de ter a guarda do filho, ou um suposto direito do pai de ter a guarda. O que se está julgando é a melhor solução para o interesse do menor – eis a premissa referida por DINAMARCO –, e portanto, a quem deve incumbir a obrigação da guarda. Se o interesse do menor colidir com a querença de ambos os pais, seu destino não confluirá a nenhum deles. A mesma forma de julgar acontece no conflito de atribuição, conforme já vimos. Não interessa se os órgãos estatais conflitantes hostilizam-se com veemência digna de uma ação contenciosa bem contestada. O que está em jogo não são os interesse deles, mas a preservação do sumo interesse do equilíbrio de forças políticas que deve existir entre os Poderes – novamente, eis a premissa referida por DINAMARCO da qual parte o juiz para exercer a tutela jurisdicional.⁸⁰

---

⁷⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. Tomo I. 5.^a edição. São Paulo: Malheiros, 2002, cap. XII (Procedimentos especiais de jurisdição voluntária), item “175”, p. 398, grifado no original.

⁸⁰ Cf. amplamente nosso item n. 36 e seus subitens, sobretudo o subitem n. 36.3.

44. Uma importante vantagem de reconhecer-se o exercício da jurisdição voluntária a processos que claramente não tutelam direitos subjetivos – como é o caso do processo atributivo –, é podermos explicar com mais segurança os princípios processuais a que devem se sujeitar, diminuindo, portanto, a possibilidade de arbitrariedades estatais no decorrer do processo.

Outra indiscutível vantagem deste modo de enxergar a jurisdição voluntária advém da precisa diferenciação entre atividade administrativa e atividade jurisdicional, e posteriormente entre jurisdição voluntária e contenciosa. Se estas diferenciações forem bem compreendidas dificilmente deixa-se de notar alguma ampliação indevida da administração pública no seio da jurisdição contenciosa. Esta compreensão é um meio bastante eficaz para a vigilância dos movimentos estatais que eventualmente ameacem a liberdade do cidadão, ao tentarem subtrair o juiz do princípio da legalidade em casos que reclamem a tutela de direitos subjetivos. Como se sabe, o juiz só livre quando submetido unicamente à lei,⁸¹ e portanto, esta vantagem não é de se menosprezar.

Ademais, este modo de enxergar a jurisdição voluntária oferece maior amparo para os estudos que envolvam a jurisdição constitucional brasileira exercida nas ações diretas perante nosso Supremo Tribunal Federal. Hoje, no Brasil, a jurisdição constitucional das ações diretas tem sido explorada pela doutrina constitucional como um modo especial de exercer jurisdição, não muito bem situado no Direito processual brasileiro. Esta falta de clareza advém do entendimento de que o Direito Constitucional exigiria um processo que supostamente não encontra paralelo ou nada parecido com o que existe.⁸² A propósito,

⁸¹ “A sujeição do juiz à lei, e apenas à lei, implica para o juiz a liberdade de decidir sem sofrer a opressão de quaisquer outras fontes de poder; é a ausência de impedimento ao cumprimento do dever livremente escolhido” (BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio. O princípio da liberdade jurisdicional. In: *Teses, Estudos...*, Vol. 2, item “1.1”, p. 35). Liebman também admoesta que o juiz só é imparcial se for independente, e para tanto só deve estar sujeito à lei: “Abbiamo visto poco fa, a proposito delle garanzie della magistratura, la cura posta dalla Costituzione per dare ai giudici una posizione indipendente. La norma che dichiara che ‘il giudice è soggetto soltanto alla legge’ significa che nell’esercizio delle sue funzioni egli non dipende da alcun potere superiore, né da vincoli gerarchici, anche nell’ambito dello stesso ordine giudiziario (...)” (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di Diritto Processuale Civile*. Principi. Sesta edizione. Milano: Giuffrè, 2002, Capítulo I, item “3”, “A”, p. 06).

⁸² Este posicionamento da doutrina brasileira encontra sua influência remota em Kelsen, mas, hoje, sem dúvida encontra apoio especialmente na Corte Constitucional alemã. Segundo manifestação do “Bundesverfassungsgericht” em 27 de junho de 1952, “a jurisdição constitucional diferencia-se de outras

nesta linha, quando os especialistas em Direito Constitucional põem-se a definir a jurisdição constitucional, costumam fazer primeiro menção à supremacia da Constituição assinalando que jurisdição constitucional possui o fim de concretizá-la. Depois, passam a descrever as características típicas da jurisdição constitucional exercida nas ações diretas, faltando situar claramente sua posição na ordem processual.

Diante deste quadro, parece ser de grande utilidade aceitar a jurisdição constitucional das ações diretas no seio da jurisdição voluntária, pois esta compreensão supera muito bem a inexatidão da teoria “kelseniana” que da lonjura do passado tem ecoado com força.⁸³ Esta superação é viável em vista das características daquela jurisdição serem compatíveis com os princípios de jurisdição voluntária, e tais princípios certamente podem servir de nítido balizamento para avaliações mais rigorosas do que se pode ou não fazer em matéria de controle de constitucionalidade pela via principal, além de explicarem técnicas interpretativas típicas do Direito Constitucional, tais como a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, declaração de inconstitucionalidade como apelo ao legislador, declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, etc.

45. Nem se diga que a importância do Direito Constitucional seria diminuída pelo simples fato de seu processo ser alocado para o âmbito da jurisdição voluntária, sabidamente regulada em suas diretrizes gerais pelo Código de Processo Civil; uma lei ordinária.

Não nos parece pecado o fato da jurisdição constitucional exercida nas ações diretas possuir princípios gravados no Código de Processo Civil, pois uma lei ordinária é uma interpretação da Constituição dada pelo Congresso Nacional. Como normalmente

---

formas de jurisdição (v. g. da jurisdição civil, penal e administrativa), fundamentalmente, pelo fato de ocupar-se de uma controvérsia jurídica peculiar, que é a controvérsia jurídica de caráter político. Entende-se por controvérsia jurídica de caráter político aquela na qual se discute o direito político e o *Político (das Politische)* em si mesmo é objeto do pronunciamento jurisdicional com base nas normas existentes”. (KIMMINICH, Otto. A jurisdição constitucional e o princípio da divisão dos poderes. Tradução: Anke Schlimm e Gilmar Ferreira Mendes. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 105, jan.-mar., 1990, p. 297).

⁸³ Cf. esta inexatidão quanto à natureza da jurisdição constitucional no item n. 42.3.

menosprezamos esta realidade, isto tem contribuído para que nos aproximemos a passos largos da quinquagésima emenda constitucional em menos de vinte anos de Constituição, fato que denota nossa falta de seriedade em matéria constitucional. Desta forma, desde que o Congresso respeite o teor da Constituição, sobretudo observando eventual restrição de quórum especial quando ela exigir, e que respeite a finalidade da jurisdição constitucional das ações diretas, não parece haver nada de errado em ser esta jurisdição regulada por uma norma infraconstitucional. Ademais, a jurisdição constitucional das ações diretas é *valorizada* ao ser assentada sobre uma base processual sólida, uma vez que seus possíveis limites funcionais são aclarados, e desta maneira, indiscutivelmente há maior proteção contra possíveis desvirtuamentos de sua finalidade.

É preciso não esquecer que a jurisdição voluntária abrange uma grande série de procedimentos voltados para a tutela de muitos interesses, logo, há procedimentos voluntários dos mais distintos tanto pelo aspecto estrutural, como pelo de importância política, social, econômica, familiar, etc. Quer dizer, cada ação voluntária tem um específico papel na ordem nacional. Seria desvario exigir uma emenda constitucional regulamentando o procedimento de cada uma das ações voluntárias, pelo simples fato da separação do exercício do poder, da soberania, da família, da criança, da assistência social, etc., estarem protegidas pela Constituição. Não seria sensato, e não há fundamento jurídico no Direito brasileiro para esta idéia.

Nesta senda, não há nada de depreciativo para o Direito Constitucional em ter os processos de controle de constitucionalidade pela via principal ajustados à jurisdição voluntária, esta regulada em seus aspectos gerais primordialmente pelo Código de Processo Civil.⁸⁴ Esta posição apenas teria o efeito de colocar o processo constitucional em solo firme sem prejuízo de suas peculiaridades.

46. Outro ponto digno de maior esclarecimento é o fato da pesquisa de **MAURO CAPPELLETTI** dizer respeito a uma das competências mais significativas do Tribunal

---

⁸⁴ Decorrencia deste entendimento é que a Lei n.º 9.868 de 10 de novembro de 1999 é formalmente constitucional, ainda que materialmente tenha pontos discutíveis.

Constitucional Federal alemão – o recurso constitucional (“Verfassungsbeschwerde”) –,⁸⁵ e não tratar da competência deste mesmo Tribunal para os conflitos alemães entre órgãos supremos federais (“Organstreitigkeiten”), regulada no art. 93, (1), n. 1 da Lei Fundamental (“Grundgesetz”, GG). Para que se compreenda bem o porquê da utilidade da pesquisa de MAURO CAPPELLETTI para o nosso estudo, importa destacar que existe na Alemanha controvérsia a respeito do fim a que serve o processo voltado para a solução dos aludidos conflitos alemães.

Referida controvérsia vem de longe, da própria constituinte que aprovou a Lei Fundamental de 1949. O texto do referido dispositivo da Lei Fundamental que trata dos conflitos entre órgãos supremos federais, assim dispõe: “(1) O Tribunal Constitucional Federal decide: 1. acerca da interpretação da Lei Fundamental, motivada por conflitos sobre a extensão dos direitos e dos deveres de um órgão federal superior ou de outros interessados, que estão dotados com direitos próprios por meio da Lei Fundamental ou no regimento interno de um órgão federal superior; (...)”.⁸⁶ Este texto é uma solução de compromisso acordada pelos constituintes alemães, que se dividiam basicamente em duas correntes, a saber: (1) ao Tribunal Constitucional alemão caberia resolver o conflito, isto é, tutelar os direitos subjetivos dos conflitantes; (2) deveria restringir-se a interpretar o

⁸⁵ Para se ter uma idéia do significado deste recurso no sistema alemão, Reinhard Günther, em publicação de 1985, afirmou que o recurso constitucional correspondia a 95% de todos os recursos apresentados (GÜNTHER, Reinhard. El Tribunal Constitucional de la Republica Federal de Alemania. *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 12, n. 01, Enero-Abril, 1985, p. 79 (Pontificia Universidad Catolica de Chile).

⁸⁶ No original: “(1) Das Bundesverfassungsgericht entscheidet: 1. über die Auslegung dieses Grundgesetzes aus Anlaß von Streitigkeiten über den Umfang der Rechte und Pflichten eines obersten Bundesorgans oder anderer Beteiligter, die durch dieses Grundgesetz oder in der Geschäftsordnung eines obersten Bundesorgans mit eigenen Rechten ausgestattet sind; (...)”, disponível no sítio digital do Parlamento Federal alemão (“Bundestag”): <http://www.bundestag.de/parlament/gesetze/gg_07_02.pdf>, acesso em 01 de julho de 2005. Usamos a tradução de Luís Afonso Heck na *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, Escola Superior de Direito Constitucional, n. 01 (Justiça Constitucional), jan.-jun., 2003, p. 227. Há tradução inglesa da “Grundgesetz” no sítio digital “German Law Archive”, mantido pela Universidade de Oxford desde 1997 em <<http://www.iuscomp.org/gla/>>, e que assim dispõe em língua inglesa sobre o referido art. 93, (1), n.1: “(1) The Federal Constitutional Court shall rule: 1. on the interpretation of this Basic Law in the event of disputes concerning the extent of the rights and duties of a supreme federal body or of other parties vested with rights of their own by this Basic Law or by the rules of procedure of a supreme federal body; (...)”, acesso em 01 de julho de 2005. Há também uma versão inglesa disponibilizada pelo próprio Parlamento Federal (“Bundestag”), disponível em: <http://www.bundestag.de/htdocs_e/info/030gg.pdf>, acesso em 15 de julho de 2005.

preceito constitucional, isto é, a tutelar o direito objetivo.⁸⁷ Daí o porquê do texto expressar que o Tribunal deve interpretar a Lei Fundamental motivada por conflitos sobre a extensão dos direitos e dos deveres dos órgãos supremos federais conflitantes.

Todavia, o procedimento estabelecido para processar os conflitos alemães entre órgãos supremos federais do § 63 ao 67 na Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal alemão (“Gesetz über das Bundesverfassungsgericht”), indica que se trata de um processo litigioso, com partes ativa e passiva, e que tutela direitos e deveres dos órgãos legitimados para o processo.⁸⁸ Assim, a controvérsia que pelo menos aparentemente havia sido superada pela constituinte alemã, acabou renovada.⁸⁹

⁸⁷ GÓMEZ MONTORO, Angel J.. **El conflicto entre organos constitucionales**. Prólogo: Manuel Aragón. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992 (Colección Estudios Constitucionales), p. 93 a 98.

⁸⁸ Procedimento relacionado à competência do art. 93, (1), n. 1, Lei Fundamental de Bonn e § 13, n. 5 da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal:

“§ 63 [Parte ativa e parte passiva]

Parte ativa e parte passiva somente podem ser: o Presidente da República, o Parlamento, o Conselho, o Governo Federal e as partes desses órgãos que estão dotadas com direitos próprios por meio da Lei Fundamental ou por meio dos Regimentos do Parlamento e do Conselho Federal.

§ 64 [Admissibilidade do pedido]

(1) O pedido só é admissível se a parte ativa faz valer que ela ou o órgão ao qual ela pertence está sendo violada ou posta em perigo diretamente em seus direitos e deveres, a ela atribuídos pela Lei Fundamental, por meio de uma medida ou omissão da parte passiva.

(2) No pedido deve ser indicada a prescrição da Lei Fundamental que está sendo infringida por meio da medida ou omissão objetadas da parte passiva.

(3) O pedido deve ser proposto dentro de seis meses, após a medida ou omissão objetadas haverem-se tornado conhecidas à parte ativa.

(4) Quando esta lei entrar em vigor, na medida em que esse prazo houver expirado, o pedido ainda poderá ser proposto dentro de três meses após a sua entrada em vigor.

§ 65 [Intervenção no procedimento]

(1) Em favor da parte ativa e da parte passiva podem intervir, em qualquer situação do procedimento, outros titulares do pedido, mencionados no § 63, se a decisão também for significativa para o deslinde de suas competências.

(2) O Tribunal Constitucional Federal participa ao Presidente da República, ao Parlamento, ao Conselho e ao Governo Federal a instauração do procedimento.

§ 66 [União e separação dos procedimentos]

O Tribunal Constitucional Federal pode unir procedimentos pendentes e separar procedimentos unidos.

§ 66a [Dispensa do procedimento oral]

No procedimento segundo o § 13, n. 5, em união com o § 2, alínea 3, da Lei de Comissão de Investigação, assim como no procedimento segundo o § 18, alínea 3, da Lei de Comissão de Investigação, também em

GEORG RESS, por exemplo, coloca em dúvida a constitucionalidade do § 64 da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal alemão, pois, segundo ele, órgãos estatais possuem competências e não direitos e obrigações.⁹⁰ Por esta razão, ele afirma que “la idea que los órganos estatales entren en conflicto por derechos y obligaciones, conduce a una especie de *subjetivación de las competencias del Estado*, que no condice con su carácter. Con razón puede entonces uno preguntarse si estos requisitos según el Artículo 64, inciso I, BverfGG de alguna manera son constitucionalmente adecuados”.⁹¹ Assumindo posição contrária, **GILMAR MENDES**, apoiado em **DIETER LORENZ**, afirma que “aqui [referindo-se à competência do art. 93, (1), n.1, GG] tem-se um *lide* em sentido estrito, uma vez que se trata de questão relativa a direitos e obrigações dos órgãos superiores federais”.⁹²

Seja como for, **LUÍS AFONSO HECK** indica que o processo relativo aos conflitos alemães entre órgãos superiores federais possui natureza objetiva consoante entendimento do Tribunal Constitucional Federal, prevalecendo, como propósito do processo, portanto, a

---

união com os §§ 19 e 23, alínea 2, da Lei de Comissão de Investigação, pode o Tribunal Constitucional Federal decidir sem procedimento oral.

§ 67 [Decisão]

Em sua decisão o Tribunal Constitucional Federal constata se a medida ou omissão objetadas da parte passiva infringem uma prescrição da Lei Fundamental. Essa prescrição deve ser indicada. O Tribunal Constitucional Federal pode decidir simultaneamente na parte dispositiva da decisão uma questão jurídica relevante para a interpretação da prescrição da Lei Fundamental, da qual depende a constatação consoante à frase 1ª (tradução de Luís Afonso Heck na *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, Escola Superior de Direito Constitucional, n. 01 (Justiça Constitucional), jan.-jun., 2003, p. 246 e 247). O original pode ser encontrado no sítio oficial do Ministério da Justiça alemão em: <<http://bundesrecht.juris.de/bundesrecht/bverfgg/>>, acesso em 15 de julho de 2005. Há tradução inglesa da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal no sítio digital “German Law Archive”, mantido pela Universidade de Oxford em <<http://www.iuscomp.org/gla/>>, acesso em 01 de julho de 2005.

⁸⁹ Sobre a discordância entre o texto da Lei Fundamental e da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal alemão, cf.: TRUJILLO RINCÓN, María Antonia. *Los conflictos entre organos constitucionales del Estado*. Prólogo: Luis López Guerra. Madrid: Publicaciones del Congreso de los Diputados, 1995, p. 219.

⁹⁰ RESS, Georg. *Control de Constitucionalidad de las leyes en la Republica Federal de Alemania*. **Primer Encuentro Jurídico Argentino – Germano (05 al 08 de abril de 1988)**, Buenos Aires, 1990, p. 141.

⁹¹ Ibidem, loc. cit.

⁹² MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional...*, Título II, Capítulo II, p. 42 e também Título III, Capítulo II, p. 105, em itálico no original.

tutela do equilíbrio de forças entre os órgãos alemães conflitantes.⁹³ Quer dizer, por este ângulo a divergência entre os órgãos autoriza a movimentação da jurisdição constitucional, mas não seria o principal foco do Tribunal Constitucional alemão.⁹⁴

Como se vê, em termos gerais a discussão alemã também envolve a investigação do fim a que se propõe o processo relativo aos conflitos alemães entre órgãos supremos federais. Nosso estudo também enfrentou questão similar relativa ao fim do processo atributivo brasileiro, e chegou a conclusão de que seu fim é conservar o sistema brasileiro de freios e contrapesos, e não o de tutelar direitos afirmados pelos conflitantes.⁹⁵ Desta maneira, grosso modo estamos mais próximos da teoria mista alemã, que acabou colaborando com a solução de compromisso selada na constituinte alemã.⁹⁶

---

⁹³ “A natureza objetiva desse procedimento foi comprovada pelo Tribunal Constitucional Federal: quando ele decide sobre esses direitos e deveres, serve menos ao exercício de direitos subjetivos do que à preservação objetiva do Direito Constitucional (BverfGE 2, 79, (86)), porque corresponde à função especial da jurisdição constitucional desenvolver o Direito Constitucional por meio de decisões e assegurar a paz jurídica para o futuro (BverfGE 1, 351 (359)). Da mesma forma, pela doutrina: ela serve, antes, para conservar o equilíbrio do poder, que caracteriza a Lei Fundamental (ULTSAMER, (nota 110), § 64, RdNr. 6, S. 3) à proteção do funcionamento do processo político objetivo, correspondente às regras do direito de organização estatal para isso postas na Constituição (JEKEWITZ, J. Die stattgebende Entscheidung im verfassungsrechtlichen Organstreitverfahren und ihre Konsequenzen, in: *Recht und Politik*, 1983, S. 153)”. Transcrição de: HECK, Luís Afonso. **O Tribunal Constitucional Federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais – contributo para uma compreensão da Jurisdição Constitucional Federal Alemã**. Porto Alegre: Sergio A. Fabris Editor, 1995, 119 e 120, nota “183”.

⁹⁴ Gómez Montoro, a propósito, menciona decisão judicial de 07 de março de 1953, na qual o Tribunal Constitucional Federal afirma que o art. 93, (1), n. 1 “exige no sólo un motivo concreto para la actividade interpretativa del Tribunal, sino que debe tratarse, además, de um verdadeiro conflicto (*Streitigkeit*) – no de cuestiones dudosas o de meras diferencias de opinión”. Nesta linha conclui o autor, “es por tanto un conflicto jurídico que sólo puede darse entre dos partes que se encuentran en una concreta relación jurídica, lo que no permite que se someta al conocimiento del Tribunal una cuestión abstracta de Derecho Constitucional” (GÓMEZ MONTORO, Angel J.. *El conflicto entre...*, p. 103). Nosso estudo está de acordo com isto, pois somente ação ou omissão indevidas (ou tidas por indevidas) podem justificar a suscitação do conflito de atribuição (cf. nosso item n. 27).

⁹⁵ Cf. subitem n. 26. 3 e item n. 37.

⁹⁶ Entendendo melhor a controvérsia da constituinte alemã: a divisão nesta constituinte referida linhas atrás em nosso texto principal, andava lado a lado de uma viva discussão travada pela doutrina alemã acerca do conceito de “controvérsia constitucional”. Pensovécchio Li Bassi explica que as opiniões doutrinárias alemãs podem ser agrupadas em quatro principais teorias: (1) teoria tradicional, (2) a teoria objetiva, (3) a teoria subjetiva, (4) e a teoria mista. Pela primeira teoria, compreende-se que só existe conflito constitucional entre Governo e Parlamento; pela segunda teoria, formulada sucessivamente por considerar muito restrita a

Portanto, embora o objeto de investigação de MAURO CAPPELLETTI tenha sido o recurso constitucional alemão (“Verfassungsbeschwerde”), o modelo processual voluntário que este autor vislumbrou no recurso constitucional ajusta-se muito bem, primeiro, à corrente alemã que sustenta como sendo “objetivo” o processo de conflitos entre órgãos supremos federais (“Organstreitigkeiten”). E segundo, ajusta-se muito bem às conclusões de nosso estudo a respeito do fim a que serve o processo atributivo brasileiro. É este aspecto convergente que nos autorizou utilizar o estudo de CAPPELLETTI.

Como conseqüente, é imperioso advertir que não é um bom modelo para o Brasil o *texto* do procedimento que regula o processo dos conflitos alemães de órgãos supremos federais, inscrito do § 63 ao 67 na “Gesetz über das Bundesverfassungsgericht”.⁹⁷

---

hipótese tradicional, constitucionais são os conflitos que dizem respeito à interpretação ou aplicação da Constituição, e portanto, haveria outras hipóteses além do conflito Governo-Parlamento; pela terceira teoria não seria “constitucional” qualquer conflito relativo a interpretação ou aplicação da Constituição, quer dizer, não seria constitucional conflitos com qualquer órgão, mas somente aqueles conflitos que surgiriam entre órgãos constitucionais, isto é, entre os órgãos fundamentais do ordenamento ou, em outras palavras, entre os órgãos chamados a atuar a diretiva política da Constituição, portanto, a organização do Estado na Constituição nessa teoria passa a ser o critério qualificador do conflito; a quarta teoria surge criada por aqueles que compreenderam as segunda e terceiras insuficientes, porém, fundindo-as, seus criadores pensaram em resolver o problema da limitação de ambas, assim, seria constitucional o conflito que se desenvolva entre dois ou mais órgãos constitucionais e que tenha por objeto uma ou mais normas constitucionais (PENSOVECCHIO LI BASSI, Antonino, op. cit., capítulo V, § II, item 2, p. 142 a 144; PENSOVECCHIO LI BASSI, Antonino. *Conflitti costituzionali*. In: *Enciclopédia del Diritto*, Milano, Giuffrè, Vol. VIII, Compe-Cong, 1961, p. 999 a 1001). Sem dúvida a solução de compromisso aprovada pela constituinte alemã seguia esta quarta teoria, justamente por ela permitir uma composição política entre os dois grandes grupos.

⁹⁷ A nosso ver, o procedimento alemão relativo à competência do art. 93, (1), n. 1, GG não se ajusta ao processo atributivo brasileiro quando, primeiro, adota o método de enumerar os possíveis conflitantes dentro do sistema constitucional, pelas razões que manifestamos no item n. 31 deste estudo. Segundo, porque trata de partes “ativa” e “passiva”, quando vimos que não é possível sustentar o processo atributivo brasileiro como sendo contencioso, tal qual consta principalmente no item n. 26 e seus subitens, bem como item n. 36 e seus subitens. Não é feliz, igualmente, a idéia de fazer referência a lesão a direito ou dever dos conflitantes, valendo as mesmas indicações dos itens e subitens; a menos que tal referência estivesse consoante o contexto da solução de compromisso da constituinte alemã, pois então a lesão a particular pode até ser alegada como simples forma de iniciar um processo voluntário, sem prejuízo deste manter seu foco principal na preservação do equilíbrio do sistema de freios e contrapesos.

Interessa esclarecer o leitor, mesmo brevemente, que o texto do procedimento alemão em discussão sofre uma profunda influência do constitucionalismo norte-americano, especialmente no que diz respeito ao seu

47. Finalizando este quinto capítulo, mercê de nossa compreensão a respeito da jurisdição voluntária são profícuas algumas palavras para que tal compreensão não seja confundida como reverência à ideologia do “processo novo”.

Devemos atentar para o fato de que a jurisdição voluntária pode ser ampliada por conta da lei proibir a Administração Pública e os particulares de exercerem uma série de atos pelas próprias mãos, exigindo ou a concorrência ou a substituição do poder jurisdicional. Da mesma forma a lei pode fazer exatamente o contrário, como por exemplo, se permitisse que separações consensuais fossem concluídas prescindindo de homologação judicial.⁹⁸ Se é assim, a jurisdição voluntária pode ser ampliada, em tese, sem qualquer modificação do campo jurisdicional contencioso. Este movimento de fronteira entre a atividade administrativa e a atividade de jurisdição voluntária, em princípio, não oferece perigo ao jurisdicionado.⁹⁹

---

federalismo, e daí este tom de processo contencioso no que diz respeito ao procedimento de conflitos alemães de órgãos supremos da Federação. Tudo indica que este texto procedimental alemão é influenciado, primeiro, pelo texto do dispositivo III, seção 2 da Constituição norte-americana, no qual há previsão de competência originária da Suprema Corte quando um Estado for parte no processo, e segundo, pelo modo operacional da jurisdição norte-americana, que não conhece a tradicional dicotomia da Europa continental jurisdição voluntária/jurisdição contenciosa. Esta profunda influência norte-americana foi incorporada a partir do texto da Constituição alemã de 1849 (“Paulskirchenverfassung”), tendo a Assembléia Nacional em Frankfurt aprovado a redação do art. 126, n. 1, relativa a uma das competências da Suprema Corte Imperial, nos seguintes termos: “Sua competência compreende: 1. Controvérsias federais entre o Governo Federal e Governos dos Estados ou entre Governos dos Estados (...)”. A Constituição de Weimar incorporou esta idéia, e partir daí chegou até o presente momento em parte na Lei Fundamental, e muito mais evidente na Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal alemão. Logo, é nítida a existência da influência apontada, e os textos da Alemanha só não são idênticos aos dos Estados Unidos, porque, diferente de alguns países da América Latina do século XIX, a Alemanha não importava o Direito norte-americano mecanicamente, mas “a influência do constitucionalismo americano sobre o constitucionalismo alemão consiste principalmente na adoção de certas idéias fundamentais relacionadas aos conceitos constitucionais e à seletiva recepção de específicos, algumas vezes muito importantes, elementos estruturais que hoje formam o Direito Constitucional alemão”. (Cf. o artigo de STEINBERGER, Helmut. *Historic Influences of American Constitutionalism upon German Constitutional Development: Federalism and Judicial Review*. *Columbia Journal of Transnational Law*, New York, Vol. 36, n. 1-2, 1997, p. 189 a 208. A transcrição foi colhida da p. 189, e a tradução é livre).

⁹⁸ MARQUES, José Frederico. *Ensaio...*, § 22, item “1”, p. 242.

⁹⁹ A menos que no caso concreto este movimento de fronteira revele-se ardil proposto com o verdadeiro fim de burlar algum mandamento constitucional em prejuízo do sistema de direitos e garantias do jurisdicionado.

Para ele, o maior perigo nasce quando reformas legislativas sujeitam o processo tipicamente contencioso a uma mutação política, impondo o método de julgamento de jurisdição voluntária a casos que nitidamente reclamam tutela de direitos subjetivos. Daí a importância de fazer constar expressamente no rol de direitos e garantias fundamentais de nossa Constituição o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional para proteção dos direitos subjetivos: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário *lesão ou ameaça a direito*”.¹⁰⁰

E a teoria processual sustentada pelo presente estudo não se alinha a este maior perigo, pois tem como um inevitável pilar a precisa distinção entre jurisdição voluntária e jurisdição contenciosa, o que vai de encontro com a atual tendência de reduzir o método contencioso ao voluntário, ou considerá-los parecidos, quase fungíveis até certo ponto, divididos por uma dócil fronteira que tem sido obliterada como resultado da antipatia declarada por parcela da doutrina contra os conceitos. No caso do presente estudo nunca propomos a modificação da fronteira existente entre jurisdição voluntária e jurisdição contenciosa, no sentido daquela avançar em prejuízo da última, pois como vimos é historicamente indício do crescimento de tendências autoritárias;¹⁰¹ nunca sustentamos que a jurisdição voluntária possui natureza jurisdicional pelo fato de supostamente ter escopos comuns ao da jurisdição contenciosa.¹⁰²

Nosso esforço sempre foi demonstrar com argumentos fundados em razões históricas do Brasil, em experiências estrangeiras quando compatíveis, e em dogmática jurídica brasileira nos campos processual e material, que, verdadeiramente, o conflito de atribuição não pode ser uma lide e, a partir desta premissa é que se extraiu conseqüente apontando a jurisdição voluntária como campo *natural* do processo atributivo. Ou seja, simplesmente situamos o processo atributivo no campo voluntário por uma nítida afinidade jurídica, sem

¹⁰⁰ Constituição/1988, art. 5.º, XXXV, grifado. Ensina Nelson Nery Junior: “Embora o *destinatário principal* desta norma seja o legislador, o comando constitucional atinge a todos indistintamente, vale dizer, não pode o legislador e ninguém mais impedir que o jurisdicionado vá a juízo deduzir a pretensão” (NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 5.ª edição, 2.ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, capítulo III, seção III, p. 92, em itálico no original (Coleção estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman, V. 21).

¹⁰¹ Cf. subitem n. 42.6; MARQUES, José Frederico. *Ensaio...*, § 20, item “4”, p. 231.

¹⁰² O argumento é outro. Cf. subitem n. 42.6.

diminuir a amplitude natural da jurisdição contenciosa, haja vista que não a privamos em nada daquilo que é próprio de sua atribuição: tutelar direitos subjetivos.

§ 6.º SUMA CONCILIATÓRIA DO PROCESSO ATRIBUTIVO NO SISTEMA JURISDICIONAL BRASILEIRO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.

SUMÁRIO: 48. Controle de constitucionalidade pela via principal na visão de Rui Barbosa – 49. Séria admoestação da história constitucional brasileira: o pecado original da ação direta de inconstitucionalidade pela via principal de 1965 – 50. Aumento da relevância do controle de constitucionalidade pela via principal no sistema constitucional pós-1988 – 51 Acentuado ponto de tensão entre as vias difusa e principal na jurisdição constitucional brasileira; crescente prevalecimento da via principal – 52. Conseqüente desta tensão: necessidade de inserção do processo atributivo no âmbito da via principal sem estimular a destruição da via difusa – 53. Jurisdição constitucional brasileira: seus campos de intersecção com a jurisdição voluntária e jurisdição contenciosa, e a colocação do processo atributivo no campo da jurisdição constitucional exercida no modo voluntário – 54. Pequena apologia ao sistema de controle de constitucionalidade difuso: indicação para os itens posteriores – 55. Relação que deve existir entre o processo atributivo e o controle de constitucionalidade difuso: condição de complementaridade do processo atributivo – 56. Colocação do processo atributivo entre os instrumentos de controle de constitucionalidade pela via principal – 57. Processo de atribuição e reclamação constitucional: fronteira que divide os dois instrumentos processuais – 58. Conclusão da Segunda Parte.

48. “Eu sabia que o remédio judicial contra os atos inconstitucionais, ou ilegais, da autoridade política não se deve pleitear por *ação direta ou principal*. A regra é que ‘os tribunais não podem conhecer da legalidade de tais atos, senão enquanto são chamados a contribuir para a sua execução: *quando o govêrno, ou os particulares o invocam, para obter uma condenação civil ou criminal*. Então, antes de se associar a êles, a justiça é obrigada a examinar o valor do ato, que se pretende em vigor; e, se o acha inquinado de ilegalidade, se o poder administrativo saiu do círculo de suas atribuições, é dever seu abster-se de apoiá-los em seu concurso’. (112)¹ Por êste motivo não me dirigi à justiça federal, dizendo-lhe: ‘Estas demissões, estas reformas são inconstitucionais. Mandai-me cancelar estas reformas, estas exonerações’. Não; em tal leviandade não resvalava eu, por mais ruim aprendiz que me suponha o meu digno antagonista. O que eu requeiro da justiça me não pode negar. Êstes atos do executivo, digo, esbulharam os meus constituintes de uma parte inviolável de seu patrimônio: a posse de um título legal a certas e determinadas prestações do Tesouro. Mas eu não podia articular minha intenção sem esteá-la. E, para esteá-la, é que me foi mister demonstrar a inconstitucionalidade da medida, que subtraiu

¹ Nota 112 do estudo de Rui Barbosa: Thonissen: Op. cit., pág. 332, n. 507.

aos meus clientes essa vantagem. A inconstitucionalidade, portanto, não se aduz como alvo da ação, mas apenas como subsídio à justificação do direito, cuja reivindicação se discute.

(...)

Os tribunais não discutem *in abstracto*, sobre proposições gerais. Não intervêm na elaboração da lei, nem na sua aplicação geral. Não são órgãos consultivos nem para o legislador, nem para a administração. Sabe-se como em 1793 se baldou a tentativa de WASHINGTON, solicitando à Suprema Corte um parecer. (115)² A justiça não é auxiliar dos que decretam a lei, nem dos que a executam. Nem preparadora, nem revisora, nem pode ser: 'Nunca devem os juízes pronunciar-se acerca de uma lei', dizia MADISON, 'senão quando sobre ela se demandar perante eles. *They ought never to give their opinions on a law, until it comes before them*'.(116)³

(...)

Se fôsse lícito levantar a questão de constitucionalidade *principal*, em vez de, incidentalmente, tratar o exame do ato inconstitucional como objeto *imediato* da causa, e intentá-lo solenemente como *meio revogatório* da lei, ou do decreto, que se censura, a questão, ainda que de sua índole o não fôsse, viria a se tornar política, pela sua forma, pela sua direção, pelo seu alcance. Política; porque abriria combate entre os poderes da União, entregando a um a autoridade soberana de cassação sobre os atos dos outros.

(...)

Pelos mesmos motivos resvalaria para a degeneração política o exame judicial dos atos inconstitucionais da administração, ou da legislatura, se os julgados, que os resolvessem, pudessem atacar o decreto, ou a lei, na plenitude de sua tese, concluindo pela anulação formal de suas disposições, ou pela supressão direta delas na generalidade dos seus efeitos. Nesse caso a justiça se transformaria numa instância de cancelamento para as deliberações do Congresso, ou do executivo. Seria a absorção de todos os poderes no judiciário, ou o conflito organizado entre os três".⁴

49. Repassadas lições de RUI BARBOSA não se é de estranhar que o controle genérico de constitucionalidade pela via principal tenha sido inaugurado em pleno Regime

² Nota 115 do estudo de Rui Barbosa: Story, II, § 1.571.

³ Nota 116 do estudo de Rui Barbosa: Cit. por Butler. Em Carson, II, p. 604.

⁴ BARBOSA, Rui, *Os actos inconstitucionaes do Congresso...*, p. 101, 103, 121 e 122, e a última transcrição corresponde à p. 123; em itálico no original.

Militar, por meio da emenda n.º 16 de 26 de novembro de 1965, prescrevendo legitimidade ativa exclusiva para quem era vinculado ao Executivo e demissível “ad nutum”.

É bem verdade que, de acordo com a lembrança de **MOREIRA ALVES**, a intenção oficializada na exposição de motivos desta emenda era “permitir que o STF, numa única decisão, pudesse pôr fim a uma questão constitucional, declarando que um ato normativo federal ou estadual era constitucional ou era inconstitucional, sem a necessidade de se repetir dezenas, centenas, e até milhares de vezes, a mesma decisão no sentido da constitucionalidade ou da inconstitucionalidade de uma norma”. Nesta senda, ressaltou o então eminente Ministro: “E sem a necessidade, também, de quando declarada a norma inconstitucional pelo STF, de se ficar esperando que o Senado da República, por ato também político, ‘suspendesse’ – ou seja, retirasse a vigência daquela norma declarada em último grau de jurisdição e, portanto, pelo STF, como inconstitucional”.⁵

Todavia, a despeito da intenção oficial, é importante rememorar a crescente hostilidade das Forças Revolucionárias de 1964 contra o Legislativo. Como já foi dito,⁶ o ato institucional n.º 02 de 27 de outubro de 1965 – precedente à emenda n.º 16 de 1965 em apenas um mês – inaugurou uma fase de partido único disfarçado. Quer dizer, a oposição existia, mas nunca tinha chance de chegar efetivamente ao poder. É o que nos testemunha o cientista político **WANDERLEY GUILHERME DOS SANTOS** ao expor que em “todas as oportunidades em que o poder de oposição implicava em conquistar poder de governo, quer pela conquista de postos formais de mando, quer pela possibilidade de obstar o exercício do governo e, conseqüentemente, obrigar o governo a negociações, os ordenamentos jurídicos foram alterados ou a oposição destituída de seu mandato representativo pela imposição da vontade de governo que é, no caso, poder de coação”.⁷

⁵ MOREIRA ALVES, José Carlos. Poder Judiciário. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, jan.-mar., 1997, ano 5, n. 18, p. 271. Painel apresentado no dia 24.05.1996 no XVII Congresso Brasileiro de Direito Constitucional.

⁶ Cf. item n. 2.

⁷ SANTOS, Wanderley Guilherme dos. *Poder e política: crônica do autoritarismo brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense-Universitária, 1978, p. 14.

Hélio Bicudo oferece o mesmo testemunho: “é certo que temos eleições diretas para as casas do Legislativo e para os chefes de Executivo em certos casos, mas estas, com os casuísmos impostos a cada instante, com os torniquetes que represam o[u] mesmo impedem a propaganda eleitoral, constituem-se, ainda, no mecanismo hábil para sancionar a vontade dos grupos militares dominantes, preservando o ‘poder’ para a minoria

Conseqüência deste eficiente controle sobre a viva oposição que existia no Legislativo federal é que a ação direta de 1965 tornou-se praticamente ociosa para os revolucionários, limitando-se a simbolizar o temor de **RUI BARBOSA** por abrir formalmente combate aberto entre os Poderes da União, reduzindo o Supremo a um mandatário do Executivo no controle dos atos do Legislativo Federal. A utilidade maior da ação direta de 1965, nesta linha, acabou sendo a de permitir que as Forças Revolucionárias interferissem diretamente na produção legislativa dos Estados.⁸ Conforme vimos no primeiro capítulo, os militares preocupavam-se em passar uma falsa imagem democrática do regime ditatorial,⁹ e sem dúvida a ação direta de 1965 era perfeita para tal propósito, pois ao mesmo tempo em que os revolucionários acolhiam as razões proferidas pelos mais respeitados juristas oficializando-as na “exposição de motivos” da emenda n.º 16 de 1965, acumulavam em seu arsenal mais um possível meio de controlar o Legislativo, se assim fosse necessário. Este último aspecto parece ter sido a causa de **FREDERICO MARQUES** – participante da comissão responsável pela ação direta de 1965 – fazer a seguinte advertência: “Por tratar-se, portanto, de regra excepcional [a declaração de inconstitucionalidade pela via principal], que amplia de tal forma as atribuições jurisdicionais do Poder Judiciário, a ponto de lhe permitir a prática de ato equivalente à revogação da própria lei, – *o seu entendimento não pode ser ampliativo*, porque, então, iria dilatar uma função que não é própria do Judiciário, com indevida invasão nos domínios políticos do Legislativo”.¹⁰

---

insaciável e comprometida com a violência e a corrupção e que não deseja ser chamada às contas” (BICUDO, Hélio. O verdadeiro caminho da democracia. In: SADER, Emir (organizador). **Constituinte e democracia no Brasil hoje**. 3.ª edição. São Paulo: Brasiliense, 1985, p. 179). Após mencionar alguns dos casuísmos – também em relação às votações de emendas constitucionais –, conclui Bicudo: “Essa verdadeira ciranda não aconteceu à toa. Objetivava preservar a vontade do ‘sistema’ [autoritário], nas reformas levadas a efeito pelo Congresso. Quando a maioria era tranqüila, valia a metade mais um, quando deixou de sê-lo, voltou-se aos dois terços” (Ibidem, p. 181).

E não se pode olvidar que a emenda constitucional n.º 01 de 1969 revelou uma profunda desconfiança das Forças Revolucionárias contra o Legislativo (Cf. item n. 2).

⁸ CORRÊA, Oscar Dias. A Missão atual do Supremo Tribunal Federal e a Constituinte. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, V. 160, abril-junho de 1985, p. 10: “Verdade é que a ação do Procurador-Geral da República mais se tem exercido na impugnação de textos de leis estaduais, por provocação de interessados, às quais atende. E, ainda assim, um número relativamente reduzido”

⁹ Cf. item n. 2.

¹⁰ MARQUES, José Frederico. *Questões de processo constitucional...*, p. 139, grifamos.

O contexto ditatorial mostra não se tratar de casuismo o resultado final da conhecida reclamação de n.º 849 de 10 de março de 1971.¹¹ Nela o Movimento Democrático Brasileiro, então oposição ao governo, colocou o Supremo Tribunal Federal em rota de colisão com as Forças Revolucionárias ao sustentar que não caberia ao Procurador-Geral da República julgar conteúdo de representação de inconstitucionalidade determinando seu arquivamento, pois isto usurparia competência do Supremo Tribunal Federal. A idéia, portanto, é que poderia o Procurador-Geral no máximo submeter a representação ao Supremo com parecer contrário; porém, jamais arquivá-la. Na oportunidade o objeto da representação arquivada era o Decreto-lei n.º 1.077 de 26 de janeiro de 1970 cujo conteúdo regulamentava a censura prévia contra tudo que fosse tido como “contrário à moral e aos bons costumes” e pusesse “em risco a segurança nacional”.

Não é difícil de perceber que – por ironia da vida – a minoria parlamentar oprimida ganharia uma poderosíssima arma contra a maioria governista caso o Supremo julgasse procedente a reclamação: este resultado obrigaria o Procurador-Geral da República a encaminhar a representação mesmo que a contragosto. Como era de se esperar esta tese foi sepultada, provando que a representação era instrumento processual à disposição do governo revolucionário,¹² ou no mínimo que jamais poderia ser usada contra ele. Contudo, reluz no corredor da história o lúcido voto vencido do Ministro ADAUTO CARDOSO por reconhecer a usurpação do Procurador-Geral,¹³ sobretudo pelo modo corajoso de reafirmar seu posicionamento quando argüido por seu par, o Ministro LUIZ GALLOTTI.¹⁴

¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **Reclamação n.º 849 – Distrito Federal**. Reclamante: Movimento Democrático Brasileiro. Reclamado: Procurador-Geral da República. Relator: Adalício Nogueira. Julgamento em 10 de março de 1971. Disponível em: <<http://gemini.stf.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d=SJUR&n=-julg&s1=849.NUME.&l=20&u=http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/Jurisp.asp&Sect1=IMAGE&Sect2=THESOFF&Sect3=PLURON&Sect6=SJURN&p=1&r=4&f=G>>. Acesso em 10 de agosto de 2005. Também disponível na *Revista do Trimestral de Jurisprudência*, n. 59, p. 333

¹² Cf. crítica de BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio. O princípio da liberdade... In: *Teses, Estudos...*, V. 2, item “1.6”.

¹³ Disse o Ministro Adauto Cardoso: “Tenho ouvido da parte de alguns dos eminentes membros desta Côrte que exerceram o cargo de Procurador-Geral da República o argumento de autoridade de que sempre consideraram prerrogativa dêste o oferecimento da representação. É de ver-se que defendem com ênfase um ponto de vista assentado não no exercício do cargo de juiz desta Côrte, masno exercício da alta função de chefe do Ministério Público Federal” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Plenário. **Reclamação n.º 849...**, f. 83 e 84 dos autos).

Por tudo isso, pelo menos na história recente do Brasil, é no mínimo extremamente duvidoso que a ação direta de 1965 tenha significado fortalecimento da liberdade do cidadão brasileiro. Faz-se mister, portanto, maior cautela com endeusamentos precipitados do controle de constitucionalidade pela via principal, como se ele fosse a solução mágica para nossas incuráveis degenerações em matéria de Constituição. O próprio Ministro e Professor **MOREIRA ALVES** reconhece que todas as mudanças operadas, dentre elas a ação direta de 1965, não lograram acabar com a “crise” do Supremo Tribunal.¹⁵ Outro aspecto

---

Após esta alfinetada, Adauto Cardoso reconhece no mérito da reclamação um conflito de atribuição entre o Pleno do Supremo e o Procurador-Geral da República, julgando a atribuição em favor do primeiro.

“Por outro lado, Sr. Presidente, a conjuntura em que nos vemos e o papel político do Supremo Tribunal Federal estão a indicar, para minha simplicidade, que o art. 2.º, da L. 4.337, de 1.º-6-64, o que estabeleceu para o Procurador-geral da República foi o dever de apresentar ao S.T.F., em prazo certo, a arguição de inconstitucionalidade formulada por qualquer interessado.

O nobre Dr. Procurador apreciou desde logo a representação, não para encaminhá-la, com parecer desfavorável, como lhe faculta o Regimento, mas para negar-lhe a tramitação marcada na lei e na nossa Carta Interna. Com isso, ele se substituiu ao Tribunal e declarou, êle próprio, a constitucionalidade do DI. 1.077/70” (Idem, f. 84 dos autos).

¹⁴ Luiz Gallotti, ex-Procurador-Geral e então Ministro do Supremo Tribunal, talvez movido pela alfinetada do Ministro Cardoso, arguiu-lhe afirmando, primeiro, que o Regimento Interno do Supremo usava o verbo “poder” e não “dever”, concedendo, segundo ele, uma faculdade ao Procurador-Geral. E para completar seu raciocínio afirmou que a decisão vencedora não prejudicaria o jurisdicionado, pois este poderia ingressar no Judiciário pela via ordinária. Note o leitor que este último argumento de Gallotti é escandalosamente contrário à exposição de motivos da emenda n.º 16 de 1965! De qualquer forma, assim Adauto Cardoso retorquiu-lhe:

“Considero o argumento de V. Exa. com o maior aprêço, mas com melancolia. Tenho a observar-lhe que, de janeiro de 1970 até hoje, não surgiu, e certamente nem surgirá, ninguém, a não ser o Partido Político da Oposição, que a duras penas cumpre seu papel, a não ser êle, que se abalance a argüir a inconstitucionalidade do decreto-lei que estabelece a censura prévia”. (Idem, f. 84 e 85 dos autos. Sem dúvida o eminente Ministro refere-se à falta de coragem e ânimo para alguém, além do MDB, questionar a constitucionalidade do Decreto-lei n.º 1.077 em vista das perseguições perpetradas pelo governo militar).

Mais adiante, ele reitera que a decisão vencedora na reclamação excluiria do Supremo Tribunal Federal a última palavra em matéria de controle de constitucionalidade pela via principal:

“(…) Sinto não participar das suas convicções [do Ministro Luiz Gallotti] e acredito que o Tribunal, deixando de cumprir aquilo que me parece a clara literalidade da L. 4.337, e deixando de atender também à transparente disposição do parágrafo 1.º do art. 174 do Regimento, se esquiva de fazer o que a Constituição lhe atribui e que a L. 4.337 já punha sobre seus ombros, que é julgar a constitucionalidade das leis, ainda quando a representação venha contestada na sua procedência, na sua fundamentação, pelo parecer contrário do Procurador-Geral da República” (Idem, f. 85 dos autos).

¹⁵ MOREIRA ALVES, José Carlos. Poder Judiciário. *Cadernos de Direito Constitucional...*, p. 272.

importante é que o controle pela via principal do sistema constitucional pós-1988 padece, como bem assinalou **BOTELHO DE MESQUITA**, de “pecado original” por derivar de um instituto que no Brasil nasceu vestido de farda, servo das forças revolucionárias,¹⁶ havendo conseqüências práticas por conta deste fato. Por tudo isso não é sem razão que **RUI BARBOSA** acautelou-nos severamente a respeito do espírito nacional: “É verdade que a execução corrige, ou atenua, muitas vezes, a legislação de má nota. Mas, no Brasil, a *lei* se deslegitima, anula e torna *inexistente*, não só pela bastardia da origem, senão ainda pelos horrores da aplicação”.¹⁷

50. Por outra perspectiva, embora nunca possamos perder de vista esta indeclinável admoestação da história constitucional brasileira sobre a origem das ações diretas no Brasil, é preciso reconhecer que o controle de constitucionalidade pela via principal, em um segundo momento, cada vez mais firma-se no sistema constitucional pós-1988. Esta mudança deu-se por dois principais fatores: primeiro, o sistema de controle de via principal deixou de servir totalmente ao governo, embora ainda deixe a desejar; segundo, é natural que seu relevo aumentasse em um país onde existe compulsão incurável para violação das leis em geral, onde quase tudo persiste discutível ainda que haja milhares de decisões em um determinado sentido.

Para ter-se uma idéia da sobredita relevância, um levantamento realizado pelo sítio digital “Consultor Jurídico” e pelo periódico “Exame” aponta que 51% das leis estaduais questionadas junto ao Supremo Tribunal Federal pela via principal foram consideradas inconstitucionais. No âmbito federal o percentual é menor, porém ainda muito alto: 18%. Em São Paulo, por esta mesma forma de controle, o Tribunal de Justiça de São Paulo considerou, segundo a pesquisa, 82% das leis municipais inconstitucionais; nas Minas Gerais o percentual cai, mas persiste altíssimo: 77,4%. Para coroar o desprezo brasileiro contra o que é constitucional, surpreendentemente a pesquisa indica que de setenta e oito ações diretas ajuizadas no Supremo Tribunal Federal contra atos de Tribunais brasileiros,

¹⁶ BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio. O desmantelamento do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade. In: *Teses, Estudos...*, V. 2, p. 258 e 259; BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio. O princípio da liberdade... In: *Teses, Estudos...*, V. 2, item “1.6”.

¹⁷ BARBOSA, Rui. *Oração aos Moços*. Edição popular anotada por Adriano de Gama Kury. 5.^a edição. Casa de Rui Barbosa: Rio de Janeiro, 1999, p. 36, em itálico no original.

quarenta e quatro foram tidos como inconstitucionais, ou seja, um índice assombroso de 56,4%.¹⁸

51. Há, portanto, dois aspectos contrapostos que formam um acentuado ponto de tensão entre a via difusa e a via principal de controle de constitucionalidade, e atualmente não são poucos os autores brasileiros que endeusam exageradamente esta última com o mesmo discurso da exposição de motivos lembrada por MOREIRA ALVES. Eles apostam na diminuição do movimento judicial em virtude da ampla vinculação jurídica que é própria das decisões produzidas por esta via processual. Acusam o sistema difuso brasileiro de *ineficiente e irracional*, porquanto o Judiciário acaba sendo obrigado a decidir milhares de vezes as mesmas questões jurídicas.

Outro argumento que tem justificado o elogio do controle de constitucionalidade pela via principal é o papel do Judiciário na sociedade contemporânea: “O crescimento da *branche* política – o colosso legislativo e o mastodonte da burocracia administrativa – pode ser disciplinada e controlada através de um *terzo gigante* [Judiciário] (...)”.¹⁹ Encontra-se aí uma boa justificativa para armar o Judiciário de controle de constitucionalidade pela via principal, um controle bem mais incisivo que o difuso em razão do Judiciário passar a interferir abertamente no que os clássicos chamam de *questões políticas*.²⁰

¹⁸ JAYME, Thiago Vitale. Estudo faz ranking de “constitucionalidade”. *Valor Econômico* (Valor Online), notícia de 07 de outubro de 2004, edição n.º 1112. Disponível em: <www.valor.com.br/veconomico/?show=imprimir&id=2633809>. Acesso em 06 de novembro de 2004.

¹⁹ CAPPELLETTI, Mauro. Constitucionalismo moderno e o papel do Poder Judiciário na sociedade contemporânea. *Revista de Processo*, n. 60, p. 114.

²⁰ Diz Rui Barbosa: “Numa palavra: *A violação de garantias individuais, perpetrada à sombra de funções políticas, não é imune à ação dos tribunais. A estes compete verificar se a atribuição política, invocada pelo excepcionante, abrange em seus limites a faculdade exercida*” (BARBOSA, Rui, *Os actos inconstitucionaes do Congresso...*, p. 134, em itálico no original). Portanto, segundo Rui Barbosa, “atos políticos do Congresso, ou do executivo, na acepção em que êsse qualificativo traduz exceção à competência da justiça, consideram-se aquêles, a respeito dos quais a lei confiou a matéria à discrição prudencial do poder, e o exercício dela não lesa direitos constitucionais do indivíduo” (Ibidem, loc. cit.).

Pedro Lessa, apoiado em Rui Barbosa e em substanciais fontes do Direito norte-americano, profere a mesma lição nessas palavras: “Para se furtar á competencia do poder judiciario, não basta que uma questão offereça aspectos politicos, ou seja susceptivel de effeitos politicos. É necessario que seja *simplesmente, puramente, meramente politica*.”

Basicamente são estes aspectos que têm estimulado caminhar-mos à tendência cada vez maior de centralizarmos o controle de constitucionalidade em prejuízo do controle difuso. Em vista disso, fato é que vivemos um dilema. De um lado, reconhecemos que os números apontam à utilidade do controle concentrado no Brasil; de outro lado temos a dura advertência de nossa história constitucional recente sobre o berço verdejante das ações diretas, origem que tem refletido em alguns instrumentos que servem muito mais ao governo do que à cidadania.²¹ Daí, naturalmente vem a indagação: como inserir o processo atributivo neste contexto sem contribuir mais ainda para a destruição da via difusa? De algo temos certeza: é necessário que fujamos de dois extremos que nos são indistintamente diabólicos, uma vez que para ajustarmos-nos a um deles ou precisaríamos da conhecida intemperança do povo da Inglaterra para vivermos na dependência de um adamantino controle popular sobre as instituições políticas, ou tentarmos inutilmente ignorar nosso passado e adotarmos o modelo europeu de Tribunal Constitucional para suportarmos um controle de constitucionalidade jurisdicional altamente concentrado.

52. Por isso, a despeito de inevitavelmente colocarmos o processo atributivo ao lado dos processos de via principal, é preciso que esta operação seja realizada sem aumentar a tensão existente entre ela e a via difusa. Sem este cuidado, contribuiremos para o avanço da via principal em prejuízo da via difusa, *o que anularia mais ainda o cidadão como ator principal ou protagonista da perene evolução do Direito Constitucional nos*

Quais são as questões *exclusivamente políticas*? As que se resolvem com *falculdades meramente políticas*, por meio de *poderes exclusivamente políticos*, isto é, que não têm como termos correlativos direitos incarnados nas pessoas, singulares ou colectivas, sobre que *taes poderes se exercem*" (LESSA, Pedro, op. cit., § 16, p. 59, em itálico no original).

Foi esta compreensão jurisdicional trazida dos Estados Unidos que possibilitou o Judiciário brasileiro proteger o direito de ir e vir daqueles que foram perseguidos nos seguidos estados de sítio decretados na República Velha. Cf., por exemplo, no item n. 10 de nosso estudo, transcrição de parte dos fundamentos da decisão do processo de *habeas corpus* n. 1.063 impetrado por Rui Barbosa, no qual o Supremo Tribunal concedeu a segurança afirmando sua competência para interferir em estado de sítio quando houver direitos individuais injustamente violados.

Cf. também: BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *A Theoria das Constituições Rígidas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1934, capítulo VIII (A Região Política e o Poder Judiciário), p. 96 a 117.

²¹ Ação direta de constitucionalidade (ADC) e a mutilada arguição de descumprimento de preceito fundamental. Cf. adiante itens n. 55 e 56.

Tribunais. Não seria responsável de nossa parte, portanto, somente libertar o processo atributivo do cárcere literal a que estava submetido,²² para depois o abandonarmos à própria sorte e à dano do cidadão. Havendo sua libertação, é imperioso orientar o processo atributivo nas veredas de um universo que se lhe abriu. Afora essas justificativas, é o mínimo de gratidão que devemos a **RUI BARBOSA** e aos pares de seu tempo pelos seus incessantes esforços para inaugurar, de fato, o constitucionalismo no Brasil.

53. Compreendida a complexidade da operação a ser levada neste capítulo conciliatório, importa, primeiro, olharmos a questão pelo aspecto do poder jurisdicional.

Sabe-se que a jurisdição constitucional atualmente é exercida em nosso país pelas vias principal e incidental. Em linhas gerais, de acordo com o que vimos²³ a primeira via processual descende do modelo europeu, e tem como objeto o próprio ato tido por inconstitucional, situando-se no âmbito da jurisdição voluntária; e a segunda via, que descende do modelo estadunidense, em geral tem como objeto uma lide, julga o ato tido por inconstitucional como questão prejudicial a ela, e situa-se no âmbito da jurisdição contenciosa.²⁴

Desta forma, grosso modo podemos dizer que existe um primeiro campo de intersecção entre parte da jurisdição constitucional brasileira e parte da jurisdição voluntária, e um segundo campo entre a outra parte da jurisdição constitucional e a jurisdição contenciosa. E em vista do que foi estudado até o capítulo quinto, não há dúvida de que *o processo atributivo situa-se no primeiro campo de intersecção, ou seja, seu campo natural é o da jurisdição voluntária e entre os processos de controle de constitucionalidade pela via principal.*

---

²² Constituição/1988, art. 105, I, g.

²³ Cf. capítulo quinto.

²⁴ Não é o caso do mandado de segurança que, a nosso ver, não está contido no campo da jurisdição contenciosa. Cf. a evolução de pensamento de José Ignácio Botelho de Mesquita: Da propositura da ação de mandado de segurança. *Revista dos Tribunais*, n. 418, p. 19 a 30 (1970); Do mandado de segurança.

54. Identificada a posição do processo atributivo no plano processual, é preciso neste momento que enalteçamos a via difusa com algumas anotações, para não chegarmos a um resultado distorcido, superlativando o processo atributivo em prejuízo dela. É, aqui, portanto, uma estreita apologia ao sistema difuso de controle de constitucionalidade. Nesta linha, atentemos com mais vagar para o dispositivo 52, X da Constituição da República, pois a competência contida nele é útil para algumas reflexões. Referido dispositivo prescreve a atribuição senatorial para “suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”.

A origem do dispositivo transcrito descende de criação da Constituição de 1934, correspondendo exatamente ao seu art. 91, IV,²⁵ e essa criação foi motivada pela necessidade de suprir de algum modo a inexistência entre nós do princípio do “stare decisis”, típico da família “common law”.²⁶ “A inovação da Carta de 1934”, quem afirma é **RONALDO POLETTI**, “permitia dar efeitos *erga omnes* a uma decisão num caso concreto”.²⁷ E porque não atribuíram diretamente ao Supremo Tribunal Federal a suspensão prevista neste dispositivo 91, IV? É que ao tempo da inovação constitucional compreendeu-se que deste modo ferir-se-ia a separação existente entre Judiciário e Legislativo.²⁸

A doutrina dividiu-se *quanto à obrigatoriedade* do exercício desta atribuição senatorial. Basicamente, uma parcela entende ser vinculada a atribuição, e outra discricionária.²⁹

Revista do Advogado, n. 7, out.-dez., 1981, p. 81 a 87; O mandado de segurança: contribuição para seu estudo, **Revista de Processo**, n. 66 (1992), p. 122 a 137.

²⁵ “Compete ao Senado Federal: (...) IV – suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário”.

²⁶ BARBI, Celso Agrícola. **Ação declaratória principal e incidente**. 4.^a edição. Rio de Janeiro: Forense, 1977, parte IV, capítulo II, p. 183 e 184; BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade...**, p. 90; POLETTI, Ronaldo. **Constituições Brasileiras: 1934**. Vol. III. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001, p. 51 (Coleção, Constituições Brasileiras).

²⁷ POLETTI, Ronaldo. **Controle da Constitucionalidade das Leis**. 2.^a edição. Rio de Janeiro: Forense, 2000, item “14”, p. 80.

²⁸ BARBI, Celso Agrícola. **Ação declaratória principal...**, parte IV, capítulo II, p. 184; POLETTI, Ronaldo. **Controle da Constitucionalidade...**, item “14”, p. 80.

²⁹ V. indicações de FERREIRA, Pinto. **Comentários à Constituição brasileira**. V. 2 (art. 22 a 53). São Paulo: Saraiva, 1990, comentário ao art. 52, X, p. 619.

A nosso ver, o Senado Federal *deve* exercer a atribuição, não se esteando a suspensão em um julgamento de conveniência e oportunidade. É que, consoante adverte **GERALDO ATALIBA**, a Constituição estabelece que todos são iguais perante a lei como decorrência do princípio republicano,³⁰⁻³¹ e por este motivo entendemos que a atribuição senatorial deve ser obrigatória para que todos os iguais sejam igualmente tratados pela lei, e os desiguais desigualmente na medida de suas desigualdades. É impossível a uniformização do Direito Constitucional pela via difusa se a atribuição senatorial for tida como discricionária. Assim, a interpretação que a supõe discricionária obviamente torpedeia o princípio republicano. Além disso, inferimos da indagação de **CELSO BASTOS** que se ela fosse discricionária colocaria no lugar do Supremo Tribunal o Senado Federal como último construtor do Direito Constitucional na via difusa.³² Por tudo isso, *data venia*, compreendemos a atribuição do art. 52, X como atividade *vinculada*, cabendo apenas um exame dos requisitos formais que autorizem a suspensão do ato tido como inconstitucional.³³ **ALFREDO BUZAID** está coberto de razão ao afirmar que “concorrendo todos os requisitos legais não pode o Senado recusar a suspensão, ainda sob a alegação de que a lei deva ser mantida por necessária ao bem-estar do povo, ou à defesa do interesse nacional”.³⁴

A prática desautorizou toda a doutrina que afirmava o juízo discricionário do Senado Federal,³⁵ sendo bom o funcionamento da atribuição senatorial apesar da ineficácia manifesta das resoluções. Tal ineficácia desejam combater com a exclusão do Senado

³⁰ ATALIBA, Geraldo. **República...**, capítulo VI (Igualdade e República), p. 158.

³¹ Constituição/1988, art. 1.º c/c *caput* do art. 5.º.

³² “Essa posição esbarra com a seguinte dificuldade: para que entregar a Constituição ao Supremo o julgamento de inconstitucionalidade das leis, se pretende, a seguir, substituir tal pronúncia por uma decisão política do Senado?” (BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. V. 4, tomo I (art. 44 a 69). 2.ª edição. São Paulo: Saraiva, 1999, comentário de Celso Bastos ao art. 52, X, p. 198).

³³ Ibidem, loc. cit.

³⁴ BUZAID, Alfredo. **Da ação direta...**, capítulo VI (Dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade), p. 89.

³⁵ Na prática, a atribuição senatorial em discussão foi exercida pela primeira vez somente vinte e três anos depois da inovação de 1934, precisamente pela Resolução n.º 13 de 07 de julho do ano de 1958, sob a égide da Constituição de 1946. Dada esta largada extemporânea, foram promulgadas as Resoluções n.º 06, 13, 22,

Federal do circuito construtivo do Direito Constitucional na via difusa, nos termos da proposta de emenda constitucional “Roberto Campos”.³⁶

Embora compreendamos que a exclusão do Senado Federal aperfeiçoaria o controle de constitucionalidade no sistema difuso, esta modificação somente seria verdadeiramente útil se tivéssemos enraizado o costume de curvarmo-nos naturalmente diante das decisões judiciais. Sem esse costume, não existe emenda ou milagre que resolva o problema. A propósito, BRYCE comenta o porquê dos norte-americanos, como regra geral, efetivamente respeitarem as decisões judiciais de suas Cortes:

“As relações do poder central federal com os estados, e o tanto de autoridade que possuem o Congresso e o presidente o direito de exercitar, respectivamente, têm sido permanentemente as mais sérias questões da história americana, das quais quase todo problema político não tem escapado. Se elas tivessem sido deixadas para serem decididas

---

23 e 26 no ano de 1959. Entre o final da década de 1950 até meados da década de 1960 a atribuição firmou-se, e a partir da década de 1970 são muito raras as rejeições do Senado Federal.

³⁶ A proposta de emenda constitucional (PEC) n.º 130/1992, apresentada em 22 de setembro de 1992, pretende revogar a atribuição X do art. 52 e colocar em seu lugar a técnica dos precedentes judiciais vinculantes. Teor parcial da proposta do Deputado Roberto Campos:

“Art. 1.º Suprima-se o inciso X do art. 52, renumerando-se os demais.

Art. 2.º Os arts. 102 e 103 da Constituição passam a vigorar com a seguinte redação:

‘Art. 102.

(...)

§ 2.º As decisões definitivas proferidas pelo Supremo Tribunal, nos processos de controle de constitucionalidade de leis e atos normativos e no controle de constitucionalidade por omissão, têm eficácia *erga omnes* e efeito vinculante para os órgãos e agentes públicos.

§ 3.º Lei complementar poderá outorgar a outras decisões do Supremo Tribunal Federal eficácia *erga omnes*, bem como dispor sobre o efeito vinculante dessas decisões para órgãos e agentes públicos

(...)”.

Na justificação da proposta, após reconhecer a solução engenhosa e de compromisso em 1934, sugere que o Senado Federal seja excluído do circuito de controle de constitucionalidade:

“(...) Mas, se à época em que foi introduzido em nosso ordenamento constitucional esse instituto já não se revelava criação das mais avançadas, é certo que se tornou manifestamente obsoleto sob o império da Constituição de 1988. Se se admite que a declaração de inconstitucionalidade proferida no processo de controle abstrato tem eficácia *erga omnes*, como, razoavelmente, justificar que a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no caso concreto deva somente ter eficácia entre as partes. Se se admite possa o Supremo Tribunal Federal suspender liminarmente a eficácia de qualquer ato normativo, inclusive de uma

pelo Congresso, uma parte interessada, ou por quaisquer procedimentos entre Congresso e as legislaturas estaduais, os perigos de um conflito teriam sido extremos, e no lugar de uma guerra civil poderiam ter havido várias. Mas, o respeito universal sentido pela Constituição, um respeito que cresce quanto mais ela envelhece, tem inclinado homens a acatarem a qualquer decisão [judicial] que pareça honesta e logicamente sustentável para revelar o sentido dos termos constitucionais.

(...)

In obeying such a decision they are obeying, not the judges, but the people who enacted the Constitution (Quando obedecem decisão desta natureza [judicial], não estão obedecendo aos juízes, mas ao povo que promulgou a Constituição)".³⁷

Ou seja: é a benfeitoria e sobejada crença geral dos americanos em sua Constituição que faz a consciência do povo dobrar-se diante de uma decisão judicial; a rara desobediência é praticada em situações extremas, nas quais claramente a decisão judicial não pareça, aos olhos do cidadão americano, honesta e logicamente sustentável para revelar o sentido dos termos constitucionais.³⁸

Por isso, a ineficácia das resoluções senatoriais produzidas por conta do inciso X do art. 52 da Constituição tem como causa a própria descrença na Constituição, antes de ser um acinte ao Senado Federal e ao Supremo Tribunal. A ineficácia da via difusa não é, neste passo, um problema filosófico³⁹ ou de técnica jurídica,⁴⁰ mas *notoriamente político* e consubstanciado em um invencível desprezo popular e das autoridades pelo que é

---

emenda constitucional no processo de controle abstrato de normas, por que condicionar a eficácia geral de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle incidental a um ato do Senado Federal? (...)"

³⁷ BRYCE, James, op. cit., Volume I, capítulo 23 (The Courts and the Constitution), p. 228, tradução livre.

³⁸ Algumas emendas americanas podem ser interpretadas como reações contra impopulares decisões proferidas pela Suprema Corte dos Estados Unidos (SAGER, Lawrence G. The Sources and Limits of Legal Authority. In: MORRISON, Alan B. (General Editor), from New York University School of Law. **Fundamentals of American Law**. Oxford: Oxford University Press, 1998, p. 54). Um bom exemplo é a décima quarta emenda americana, cuja "section 1" revoga o precedente "Dred Scott" garantindo proteção legal igualitária ("equal protection of the laws") a qualquer pessoa nascida ou naturalizada nos Estados Unidos (NEUBORNE, Burt. An Overview of the Bill of Rights. Ibidem, capítulo V, item "B", p. 120, nota 145).

³⁹ Ninguém duvida da necessidade de uniformização do Direito Constitucional.

constitucional. Nosso maior inimigo reside em nossos próprios corações. Este art. 52, X da Constituição é típico caso de uma boa lei – ou pelo menos aceitável – sofismada e não observada, e nosso maior constitucionalista advertiu-nos há tempos: “(...) mais vale a lei má, quando *inexecutada*, ou *mal executada* (para o bem), que a boa lei, sofismada e não observada (contra ele)”.⁴¹

A verdade nua e crua é que o sistema difuso brasileiro de controle de constitucionalidade só se tornará racional quando formos racionais! quando a razão despertar neste país o mínimo de respeito pela Constituição. Nesta hipótese o intérprete máximo da Constituição será *naturalmente* visto como o farol que deve guiar nossa vida constitucional, com ou sem a promulgação da emenda “Roberto Campos”. É importante notar, a propósito, que a avalanche de recursos dirigidos aos nossos Tribunais Superiores está profundamente ligada ao desrespeito compulsivo à lei; é o resultado natural e esperado do espírito nacional que é capaz de tornar discutível mesmo o que já foi discutido e decidido milhares de vezes em um mesmo sentido. Por aí se vê que não é surpreendente a constatação que nos revela PAULO BROSSARD em seu franco testemunho: “entre nós”, diz ele, “há tendência a fazer leis, em lugar de obedecer às leis existentes”.⁴²

Enfim; nosso propósito não é desviar o estudo de forma acentuada. Nossa breve reflexão deve ser vista como indicação do posicionamento que adotaremos nos itens posteriores, qual seja: não ampliar a via principal de controle de constitucionalidade com um discurso destrutivo da via difusa. Até porque, a audácia de caminho diverso seria desmentida pela história constitucional do Brasil, já que o processo atributivo não é nossa criação; ele existe muito antes da ação direta de 1965.

55. Com este ponto-de-vista, tratemos da relação que, a nosso ver, deve existir entre o sistema difuso e o processo atributivo. Quando RUI BARBOSA traça a distinção

---

⁴⁰ A prática testemunha que as resoluções senatoriais são produzidas após provocação do Supremo Tribunal Federal, não havendo qualquer lacuna jurídica ou incoerência jurídica capaz de impedir o exercício da atribuição do art. 52, X, da Constituição de 1988.

⁴¹ BARBOSA, Rui. *Oração aos Moços...*, p. 36, em itálico no original.

⁴² BROSSARD, Paulo. Depoimento [na qualidade de Ministro da Justiça]. In: *Arquivos do Ministério da Justiça*. Ano 45, n. 180, julho-dezembro, 1992, p. 70.

fundamental entre o campo político e o campo judiciário, esclarece que o Judiciário resolvia os conflitos entre Poderes do Estado pela via de exceção de controle de constitucionalidade.⁴³ Na linha deste ensinamento de **RUI BARBOSA**, vimos na primeira parte do estudo que desde os primórdios da República Velha os conflitos de atribuição eram solvidos pela via incidental, e é de conhecimento geral que ao longo da história do Brasil foi no sistema difuso que aconteceu a maior parte das grandes batalhas entre os Poderes do Estado, sempre tendo como base a discussão de algum direito afirmado como violado ou na iminência de sê-lo.

Então, por motivo histórico e pela preocupação de manter o cidadão como protagonista da interpretação constitucional, entendemos que o processo atributivo não deve ser interpretado como *prevalecente* em relação ao sistema difuso, e muito menos *substitutivo* deste; mas, deve ser visto como *complementar* ao sistema difuso, não podendo ser compreendido nunca como uma espécie de salvação miraculosa do equilíbrio de forças políticas do Estado brasileiro.⁴⁴

É justo, entretanto, que particularizemos um pouco melhor a alvitada complementaridade do processo atributivo em relação ao sistema difuso de controle de constitucionalidade. A nosso ver ela deve ser interpretada nos seguintes termos: o processo atributivo trabalha em solidariedade com o sistema difuso, sendo útil principalmente às situações da vida nas quais este se mostre de eficiência duvidosa para restaurar a cláusula pétrea encarnada no art. 60, parágrafo 4.º, inciso III da Constituição Federal de 1988. Esta interpretação *está de acordo com a história da jurisprudência que documentamos em*

---

⁴³ “De um lado estão os grandes poderes do Estado, com as suas atribuições determinadas em textos formais. Do outro, os direitos do indivíduo, com as suas garantias expressas em disposições taxativas. Em meio a uma e outra parte, a Constituição, interpretada pela justiça, para evitar entre os direitos e os poderes as colisões possíveis. Quando, portanto, o poder exercido não cabe no texto invocado, quando o interesse ferido por esse poder se apoia num direito prescrito, a oportunidade da intervenção judiciária é incontestável. O assunto será então judicial. Quando não, será político” (BARBOSA, Rui, *Os actos inconstitucionaes do Congresso...*, p. 121).

⁴⁴ Não é tal salvação, pois, além do sistema difuso preexistir à via principal dos conflitos na era republicana, vimos na primeira parte do presente estudo que é o processo atributivo que depende de um regime democrático para sua plena funcionalidade no sistema político-constitucional, e não ele que transforma um regime ditatorial em democrático.

*nosso capítulo precedente,*⁴⁵ e acolhe a já mencionada advertência de **FREDERICO MARQUES**. Desta forma, satisfaz, primeiro, a necessidade de combater em casos especiais “o colosso legislativo e o mastodonte da burocracia administrativa”, e finalmente, dobra-se à séria admoestação de nossa história constitucional sobre a ameaça que pode representar a excessiva concentração do controle de constitucionalidade.

Em suma; nossa compreensão é a de que o processo de atribuição deve trabalhar em prol da hegemonia da Constituição, de forma a complementar ao sistema difuso de controle de constitucionalidade. Seria um grave equívoco exaltar o processo de atribuição com um discurso destrutivo do sistema difuso. Passemos, então, a estudar o relacionamento entre processo atributivo e os demais processos de via principal de controle de constitucionalidade. Para tanto, é válido repassarmos de uma só vez os processos constitucionais típicos da via principal.

56. A ação direta de inconstitucionalidade, ADI, visa atacar em abstrato atos normativos federais e estaduais,⁴⁶ e tem um específico rol de legitimados ativos no art. 103 da Constituição. A ação declaratória de constitucionalidade, ADC, serve para conferir o selo de constitucionalidade aos atos normativos federais,⁴⁷ e por isso é de fundamental utilidade para a União, o que explica a lista diminuta de legitimados para ajuizá-la até a modificação da emenda n.º 45 de 08 de dezembro 2004.⁴⁸ A ação direta de inconstitucionalidade por omissão possui o mesmo rol de legitimados da ADI, e tem por objeto sanar a indevida inércia do Legislativo ou do Executivo no que tange aos seus atos normativos. Na hipótese de procedência a autoridade legislativa é cientificada de sua inércia inconstitucional, e a administrativa é ordenada a cumprir o ato no prazo de trinta dias.⁴⁹ A ação direta interventiva possui como legitimado o Procurador-Geral da República, e é a primeira fase procedimental para que a União exerça intervenção nas hipóteses previstas nos incisos VI e VII do art. 34 da Constituição.⁵⁰ Portanto, esta ação

---

⁴⁵ Cf. capítulo segundo.

⁴⁶ Constituição/1988, art. 102, I, a.

⁴⁷ Constituição/1988, art. 102, I, a.

⁴⁸ Constituição/1988, art. 103; e seu parágrafo 4.º foi revogado pela emenda.

⁴⁹ Constituição/1988, art. 103, parágrafo 2.º.

⁵⁰ Constituição/1988, art. 36, III e IV.

tem como objeto a obtenção de um pronunciamento de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal, que autorize o início da segunda fase procedimental, isto é, a intervenção propriamente dita no caso do Estado da Federação não retroceder diante da solução adotada pela decisão judicial. A arguição de descumprimento de preceito fundamental, ADPF, como bem adverte **LUÍS ROBERTO BARROSO**, possui deficiente regulamentação legal obrigando a jurisprudência a demarcar seus contornos.⁵¹ De qualquer forma, mesmo com a grave desfiguração causada pelos vetos presidenciais, podemos dizer sucintamente que a ADPF acabou transformando-se em uma *extensão subsidiária* das ADI e ADC⁵² — quer dizer, muito mais um instrumento de governo do que de cidadania.⁵³ A ADPF estendeu a possibilidade dessa movimentação no caso de atos municipais e Direito pré-constitucional, e na hipótese de declaração de constitucionalidade estendeu para atos estaduais.⁵⁴

E o processo atributivo? Este, como vimos, possui sua própria e específica hipótese de cabimento cuja singularidade não permite confusão com outros processos da via principal: serve para conservar o sistema brasileiro de freios e contrapesos solucionando controvérsias que envolvam centros autônomos de poder a respeito da existência de determinada potestade. Façamos uma comparação mais próxima.

Em relação às ADI e ADC, o processo atributivo distingue-se fundamentalmente por não se caracterizar como controle de atos, mas da repartição constitucional das atribuições

⁵¹ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade...**, p. 217 a 219, e 265.

⁵² Com razão, a nosso ver, Gilmar Mendes Ferreira: “De certa forma”, diz ele, “a arguição de descumprimento vem completar o sistema de controle de constitucionalidade de perfil relativamente concentrado no Supremo Tribunal Federal, uma vez que as questões que até então não podiam ser apreciadas no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade (ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade), serão objeto de exame no âmbito do novo procedimento” (MENDES, Gilmar Ferreira. **Repertório IOB de Jurisprudência**. Caderno 1 (Tributário, Constitucional e Administrativo), 1.ª Quinzena de Junho de 2001, n.º 11/2001, 1.º de junho, 1/16043, p. 309. Cf. também STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do Direito**. 2.ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2004, Capítulo XII, p. 833 e 834.

⁵³ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade...**, p. 217 e 218.

⁵⁴ Quanto à modalidade de ADPF reconhecida pela doutrina constitucionalista como “incidente”, e que, teoricamente, submeter-se-ia a um julgamento “per saltum”, perdeu sua razão-de-ser pela ignomínia presidencial, pois os legitimados do art. 103 podem ajuizar a ação de forma autônoma

do Estado brasileiro.⁵⁵ Os atos ou omissões inconstitucionais devem ser afirmados pelo autor para justificar o processamento e julgamento do conflito de atribuição.

Quanto à ação direta de inconstitucionalidade por omissão, é verdade que a simples omissão estatal pode autorizar a suscitação de conflito de atribuição na hipótese do suscitante afirmar ameaça contra o sistema de freios e contrapesos.⁵⁶ Tal esfera não se confunde com a da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, pois esta supõe que não haja nenhuma dúvida quanto a quem deve praticar o ato omitido; ao contrário, pois o autor afirma que a omissão de determinada autoridade – legislativa ou administrativa – impede o exercício de seu direito. No caso da ADI por omissão, se se puder falar em dúvida, ela cinge-se à obrigatoriedade atual ou presente da prática de determinado ato, *i.e.*, dúvida quanto ao tempo que o ato deve ser praticado e não quanto a quem deve praticá-lo.

A ação direta interventiva representa uma limitação da autonomia dos Estados e Municípios, e visa garantir a soldadura da federação protegendo a ordem constitucional naquilo que deve ser igualmente aplicável a todos os entes federativos. À evidência, já não há coincidência quanto ao fim do processo de atribuição. Ademais, a ação direta interventiva corresponde à primeira fase procedimental para que a intervenção seja

---

⁵⁵ É a lição de Gustavo Zagrebelsky: “No conceito de conflito não vem em primeiro plano a idéia de controle de constitucionalidade sobre atos ilegítimos. Este poderá ser uma consequência, mas o sentido principal do conflito é a controvérsia a respeito da distribuição constitucional das competências, não naturalmente em abstrato, mas em relação à efetiva atuação dos órgãos e dos sujeitos constitucionais. O juízo sobre conflito essencialmente não diz respeito, portanto, sobre a legitimidade constitucional dos atos, mas sobre a atribuição das competências constitucionais” (*La Giustizia Costituzionale*. Bologna: Il Mulino, 1977, Parte quarta (I conflitti costituzionali), Introduzione, p. 334, tradução livre). Neste mesmo sentido, porém mais sucinta, é a lição de Alessandro Pizzorusso: “Entre as funções que compõem a ‘justiça constitucional’, a atividade pela qual a Corte Constitucional soluciona os conflitos de atribuição entre os Poderes do Estado, e aqueles conflitos entre Estado, Regiões e as Províncias de Bolzano e de Trento, distingue-se sobretudo pelo fato de ser destinada a garantir a observância das normas constitucionais de organização” (PIZZORUSSO, Alessandro. *Conflitto*. In: *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, UTET, Appendice Vol. II, Cog-Dir, 1981, p. 366, item “01”).

⁵⁶ “Ora, se a finalidade do processo é conservar o equilíbrio de forças instituídas em determinado sistema político, é preciso ter em mente que, por exemplo, na hipótese de um ramo negar-se a praticar um ato, a tendência é que esta inércia estimule a ocupação do vazio de exercício de poder por outrem, e daí pode surgir uma dúvida objetiva quanto a quem deve praticar o ato. Isto pode propiciar eventual desequilíbrio ameaçador à liberdade do cidadão, caso a atribuição seja assumida por quem não deveria” (Transcrição do item n. 27 do presente estudo. Cf. capítulo quarto).

realizada em determinadas hipóteses. Não tem a ver com o processo de atribuição, e isto ficará mais claro ainda adiante quando estudarmos a ação atributiva e o processo atributivo.⁵⁷

Por fim, tendo em vista que a “separação dos Poderes” é, indiscutivelmente, preceito fundamental,⁵⁸ em tese este processo de via principal coincide com o processo atributivo. Porém, primeiro, devemos lembrar que a ADPF é uma extensão subsidiária das ADI e ADC, portanto, é dirigida a controle de atos. Segundo, o processo atributivo existe em nosso sistema constitucional muito antes da ADPF, e sua previsão é uma decorrência lógica da cláusula de separação do exercício do poder. Terceiro, devemos igualmente lembrar que a legitimidade ativa do processo atributivo em seu tempo de maior esplendor, sob a Constituição de 1946, era aberta a qualquer cidadão além dos órgãos estatais; diferente da ADPF que devido ao veto presidencial limita-se ao rol do art. 103 da atual Constituição. Por fim, igualmente é válido ter em mente que o ato legislativo que regulamentou a ADPF determina que ela seja *residual* ou *secundária* em relação a qualquer outro meio eficaz para sanar a ameaça ou violação de preceito fundamental,⁵⁹ e assim, mesmo que houvesse alguma coincidência entre ação atributiva e ADPF, pelo atual ordenamento jurídico o Supremo Tribunal Federal jamais poderia deixar de conhecer de ação atributiva julgando que seria apta em seu lugar a ADPF. A importantíssima consequência que se extrai desta última conclusão é que o Supremo não poderia barrar um simples cidadão que suscitasse conflito de atribuição, sob o argumento de que lhe faltaria legitimidade *ad causam* por ser supostamente cabível a ADPF.⁶⁰ Para concluir o cotejo

⁵⁷ Cf. sétimo e oitavo capítulos.

⁵⁸ Pela magna posição que ocupam na Constituição, as cláusulas pétreas são preceitos fundamentais. Cf. BASTOS, Celso Ribeiro; VARGAS, Alexis Galiás de Souza Vargas. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, n. 30, p. 75; BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade...*, p. 222; MENDES, Gilmar Ferreira. *Repertório IOB de Jurisprudência*. Caderno 1 (Tributário, Constitucional e Administrativo), 1.ª Quinzena de Março de 2001, n.º 5/2001, 1.º de março, 1/15734, p. 145; STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional...*, p. 832.

⁵⁹ Lei n.º 9.882 de 03 de dezembro de 1999, art. 4.º, parágrafo 1.º.

⁶⁰ Em verdade, o Supremo Tribunal não poderia valer-se deste argumento nem se supormos, para fins de raciocínio, que a ADPF não fosse residual por disposição legal. Nessas condições imaginemos a seguinte hipótese, perfeitamente factível: um órgão estatal ajuíza ADPF acusando outro órgão estatal de usurpação de atribuição importante para o sistema de freios e contrapesos, e portanto, que se estaria violando preceito fundamental de separação do exercício do poder. Simultaneamente, um cidadão, vítima desta desinteligência entre órgãos suscita este conflito de atribuição ajuizando uma ação atributiva. Aqui, é verdade, tratam-se de

entre a ADPF e o processo atributivo, apenas para suscitarmos maior debate, poder-se-ia supor que a ADPF seria cabível no lugar do processo atributivo, por exemplo, na hipótese do conflito de atribuição fundar-se em Direito pré-constitucional. Porém, a jurisprudência do Supremo Tribunal mostra que não há decisões deixando de conhecer o mérito do processo de conflito de atribuição em razão do caso concreto envolver Direito pré-constitucional: testemunham neste sentido os conflitos n.º 1.720, 1.761, 2.050, 2.266,⁶¹ e o de n. 2.861⁶² – o último julgado sob a égide do regime de 1964.

Podemos concluir que o cabimento do processo atributivo não se confunde com os dos outros processos constitucionais que arrolamos. O processo de atribuição possui vida própria na jurisdição constitucional de via principal, uma vez que seu cabimento está condicionado a uma hipótese individualizada e distinta das demais.

57. Não poderíamos deixar de chamar a atenção para uma reflexão que envolve o processo atributivo e a reclamação constitucional. A razão é que no momento em que tecíamos comentários sobre a reclamação n.º 849 de 1971,⁶³ ficou claro que o Supremo Tribunal Federal enfrentou na via principal um conflito de atribuição do qual era parte, suscitado por meio de reclamação constitucional. Soma-se a esta constatação um fato corrente que a doutrina nos dá conta: reclamações constitucionais propostas contra autoridades administrativas, provocadas pela desobediência administrativa das decisões

---

ações distintas, pois a ADPF é distinta da ação atributiva pelo que foi dito no texto principal. Todavia, considerando que nesta hipótese tanto a procedência da ADPF quanto da ação atributiva implicaria a solução do conflito como questão principal, e considerando também que esta solução valeria para todos, podemos aplicar a regra de concurso subjetivo de ações ou das ações concorrentes por diversidade dos sujeitos ativos; nunca, portanto, a ADPF prejudicaria o processamento da ação atributiva: “acolhida a demanda de um deles, o resultado se estende para todos, e as ações dos outros são absorvidas e extintas justamente porque concorrentes” (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Ações Concorrentes*. In. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre coisa julgada*. Tradução: Alfredo Buzaid e Benvindo Aires; e dos textos posteriores por Ada Pellegrini Grinover. 3.ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 227, tratando do exemplo de sócios que perseguem a nulidade de ato societário).

⁶¹ Cf. item n. 12.

⁶² Cf. item n. 13.

⁶³ Cf. item n. 49.

judiciais.⁶⁴ Pois bem, só que o problema em torno da reclamação e de sua relação com o processo atributivo não pára aí. A emenda constitucional n.º 45 de 08 de dezembro de 2004 inseriu em nosso sistema as súmulas de efeito vinculante,⁶⁵ e em virtude desta novidade estabeleceu a seguinte tarefa ao processo de reclamação no parágrafo 3.º do art. 103-A:

“Do ato administrativo ou da decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá a reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso” (Grifado).

Como se sabe, o objeto da reclamação bifurca-se na preservação da competência do Supremo Tribunal Federal e na garantia da autoridade de suas decisões,⁶⁶ e este objeto decorre do talho jurisprudencial da reclamação no sistema constitucional brasileiro.⁶⁷ Das

⁶⁴ Cf. por todos: MORATO, Leonardo L. **Ação de Reclamação Constitucional**. Dissertação de mestrado defendida na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo: [s. n.], 2004, p. 180 e seguintes.

⁶⁵ Constituição/1988, art. 103-A, inserido pela referida emenda.

⁶⁶ Constituição/1988, art. 102, I, l. Cf. PACHECO, José da Silva. A “Reclamação” no STF e no STJ de acordo com a nova Constituição. **Revista dos Tribunais**, n. 646, p. 23. José da Silva Pacheco e Ada Pellegrini Grinover afirmam que a reclamação deixou de ser monopólio do Supremo Tribunal Federal, dado o art. 105, I, f, sendo que Grinover estende a reclamação a quaisquer Tribunais. Cf.: PACHECO, José da Silva. A “Reclamação”..., p. 23, ao tratar da “quarta fase” da reclamação: “É a fase atual, após a edição da CF de 5.10.88, cujos arts. 102, I, ‘l’ e 105, I, ‘f’, prevêem, expressamente, pela primeira vez, a reclamação no texto constitucional. Desde logo, põe-se saliente a irrelevância da discussão: (...) b) acerca da exclusividade ou não do STF em matéria de reclamação; (...)”; GRINOVER, Ada Pellegrini. A Reclamação para garantia da autoridade das decisões dos Tribunais. **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal**, n. 2, jun.-jul. de 2000, p. 14: “(...) a Constituição Federal deixa claro que não se trata de medida admissível com exclusividade da Suprema Corte, mas de providência de caráter geral, destinada a fazer valer a autoridade de decisões de quaisquer tribunais”.

⁶⁷ Cf. o estudo histórico de José da Silva Pacheco: PACHECO, José da Silva. A “Reclamação” no STF e no STJ de acordo com a nova Constituição. **Revista dos Tribunais**, n. 646, p. 19 a 23. “O Ministro Orozimbo Nonato”, palavras de Silva Pacheco, “por sua vez, manifestou que ‘há um princípio pacífico em Direito: o de que a sentença deve ser cumprida fielmente, pontualmente, estritamente. Mas a sentença é declaração de vontade, de modo que seria impossível esse cumprimento sem a interpretação do julgado. A aplicação fiel deriva de interpretação exata da sentença. ora, nessa interpretação, pode o juiz, sem o propósito de alterar o julgado, interpretar mal o seu conteúdo e, em consequência, executá-la desacertadamente. Não se cuida de desrespeito formal à coisa julgada, mas de aplicação errônea da sentença’. Demonstrou Orozimbo Nonato a

duas hipóteses de cabimento da reclamação é possível deduzir que sua finalidade é preservar a estrutura constitucional do Poder Judiciário, impedindo que seja ela subvertida por órgãos jurisdicionais inferiores que: ou transgridam normas de competência relativas aos órgãos superiores, ou ignorem decisões proferidas por estes. Em suma, a reclamação é um instrumento que contraria uma tendência centrífuga que existe no Poder Judiciário, sendo um dos fiadores da eficácia da posição do Supremo Tribunal no topo da estrutura constitucional do Judiciário.

O processo de atribuição, como se viu, possui finalidade bem diversa: a de conservar a estrutura constitucional do sistema brasileiro de freios e contrapesos, não se limitando à integridade e funcionalidade de um único Poder. Em uma proposição, o processo atributivo é um dos fiadores da eficácia da cláusula de separação do exercício do poder.

Essa distinção – bastante clara da forma como colocamos – de certa forma foi obscurecida pelos casos apontados no início do presente item. São casos que colocam em dúvida quais são os reais limites existentes entre o processo reclamatório e o processo atributivo. Nossa intuição diz que a ampliação da reclamação sendo usada para julgar

---

legitimidade e a necessidade da reclamação para vindicar o fiel cumprimento das decisões do STF e para impedir evidente invasão das fronteiras de sua competência” (Ibidem, p. 21).

O Ministro Celso de Mello, lembrando lição de Frederico Marques, esclarece: “A destinação constitucional da via reclamatória, portanto, além de vincular esse meio processual à preservação da competência global do Supremo Tribunal Federal, prende-se ao objetivo específico de salvaguardar a extensão e os efeitos dos julgados desta Suprema Corte, segundo acentua, em autorizado magistério, JOSÉ FREDERICO MARQUES (Instituições de Direito Processual Civil, vol. IV/393, 2.^a edição, Forense)”. E continua o Ministro, transcrevendo lição de Frederico Marques: “Esse saudoso e eminente jurista, ao justificar a necessidade da reclamação (...), assinala, em tom de grave advertência, a própria razão de ser desse instrumento de defesa da autoridade decisória dos pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal (‘Manual de Direito Processual Civil’, vol.3/199-200, item n. 653, 9.^a edição, 1987, Saraiva): ‘O Supremo Tribunal Federal, sob pena de se comprometerem as elevadas funções que a Constituição lhe conferiu, não pode ter seus julgados desobedecidos (por meios diretos ou oblíquos), ou vulnerada sua competência. Trata-se (...) de medida de Direito Processual Constitucional, porquanto tem como *causa finalis* assegurar os poderes e prerrogativas que ao Supremo Tribunal Federal foram dados pela Constituição da República’”. Cf. em: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **Reclamação n.º 1.770-2**. Reclamante: Estado do Rio Grande do Norte. Reclamado: Juiz de Direito da 1.^a Vara da Fazenda Pública da Comarca de Natal. Relator: Celso de Mello. Julgado em 29 de maio de 2002. DJ de 07 de fevereiro de 2003, p. 26. Transcrição de fl. 331 e 332. Disponível em: <[http://gemini.stf.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d=SJUR&n=-julg&s1=\(1770.NUME.+OU+1770.ACMS.\)&l=20&u=http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/Jurisp.asp&Sect1=IMAGE&Sect2=THESOFF&Sect3=PLURON&Sect6=SJURN&p=1&r=2&f=G](http://gemini.stf.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d=SJUR&n=-julg&s1=(1770.NUME.+OU+1770.ACMS.)&l=20&u=http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/Jurisp.asp&Sect1=IMAGE&Sect2=THESOFF&Sect3=PLURON&Sect6=SJURN&p=1&r=2&f=G)>. Acesso em 25 de agosto de 2005.

conflitos de atribuição possui uma duplicidade de causas: primeira, o desconhecimento do processo atributivo, sobretudo em virtude de sua quase total destruição no regime político instaurado em 1964, oferecendo um campo aberto para a ampliação do uso da reclamatória; segunda, há uma má compreensão a respeito das relações que devem existir entre os Poderes, principalmente entre Judiciário e Executivo, ponto este que foi bem ponderado pelo Ministro **ARI PARGENDLER** do Superior Tribunal de Justiça.⁶⁸

Seja como for, esperamos que nosso estudo sobre conflitos de atribuição ilumine um pouco mais a questão, para que possamos compreender melhor os limites da reclamação constitucional de acordo com sua função no sistema constitucional brasileiro.

58. Este sexto capítulo conciliatório encerra a segunda parte do estudo. Nela traçamos um conceito básico de conflito brasileiro de atribuição, apontamos a espécie de jurisdição compatível ao conflito quando julgado na via principal, e colocamos o processo atributivo ao lado dos processos de via principal com o cuidado de não castigarmos mais ainda a via difusa de controle de constitucionalidade. Desta forma, temos elementos suficientes para iniciarmos o estudo da ação e do processo de conflitos de atribuição.

---

⁶⁸ O Ministro Ari Pargendler, em voto vencido e contrário ao que prevalece na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, proferido na Reclamação de n.º 526, sustentou que “o Tribunal deve fazer cumprir sua decisão por intermédio da presidência do órgão julgador, mediante simples ofício de execução imediata”. E, nesta linha, adverte: “A não ser assim, estar-se-á criando figura anômala, a da reclamação como ação de execução em mandado de segurança, desfigurando, a um só tempo, ambos institutos. (...) A mera repetição de ofícios da Presidência da Seção para o cumprimento do julgado não basta (há vários deles nos autos). O Tribunal deve determinar prática de ato *determinado e possível*, sob pena de perder seu grande capital, que é a *autoridade*. Nada pior para a autoridade de um Tribunal do que o descumprimento das respectivas decisões, que por isso devem ser decisões passíveis de implementação prática”. Cf.: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção. **Reclamação n.º 526-DF (1997/0094011-0)**. Reclamante: Associação dos docentes da Universidade de Brasília - ADUNB. Reclamado: Ministro de Estado da Educação e do Desporto. Relator: Hélio Moismann. Julgado em 09 de setembro de 1998. DJ de 09 de novembro de 1998, p. 02. Disponível também na **Revista do Superior Tribunal de Justiça**, n. 117, p. 105, e no sítio digital do STJ em: <<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=reclama%E7%E3o&processo=526&&b=JUR2&p=true&t=&l=20&i=1>>. Acesso em 25 de agosto de 2005.

TERCEIRA PARTE

**ESTUDO DA AÇÃO ATRIBUTIVA,
ESTUDO DO PROCESSO ATRIBUTIVO,
ENCERRAMENTO E FONTES.**

§ 7.º DA AÇÃO ATRIBUTIVA.

SUMÁRIO: 59. Seguimento natural da jurisdição voluntária: a ação voluntária. Necessidade de explicar a ação voluntária de atribuição – 60. Impossibilidade da ação voluntária de atribuição ser um direito concreto – 61. Impossibilidade da ação voluntária de atribuição ser um direito abstrato puro – 62. Nosso ponto de partida para investigar a ação voluntária: o resultado prometido pelo Estado na jurisdição voluntária – 63. Necessidade de estudo das condições de admissibilidade da ação voluntária atributiva: 63.1. Legitimidade “ad causam”: 63.1.1. Legitimidade “ad causam” na jurisdição contenciosa; incompatibilidade com a jurisdição voluntária; 63.1.2. Do particular (terminologia “interessado legitimado”); 63.1.3. Dos órgãos estatais conflitantes; 63.1.4. Do Ministério Público; 63.1.5. Aspecto “passivo” da legitimação na ação voluntária de atribuição: os “interessados necessários” (terminologia para distinguir da especificada no item n. 63.1.2) e o Ministério Público (art. 1.105, CPC) – 63.2. Interesse processual: 63.2.1. Necessidade de intervenção judicial para evitar injusto dano; 63.2.2. Particularidade do interesse processual na jurisdição voluntária: obstáculo a ser removido advém exclusivamente da lei; 63.2.3. Dos órgãos conflitantes; 63.2.4. Do particular; 63.2.5. Do Ministério Público – 63.3. Não há confusão entre o interesse processual e a legitimidade “ad causam” – 63.4. Possibilidade jurídica do pedido: 63.4.1. Visão geral; 63.4.2. Lição de Botelho de Mesquita; 63.4.3. Possibilidade jurídica do pedido na ação atributiva – 63.5. Inexistência de coisa julgada; 63.6. Inexistência de litispendência – 64. Dos elementos da ação atributiva: 64.1. Interessados; 64.2. Pedido: 64.2.1. Pedido imediato; 64.2.2. Pedido mediato – 64.3. Causa de pedir: 64.3.1. Conteúdo mínimo da causa de pedir remota: 64.3.1.1. Histórico do conflito, descrição dos órgãos na organização estatal, e se necessário a demonstração da relevância da controvérsia para o sistema de freios e contrapesos; 64.3.1.2. Fato constitutivo voluntário; 64.3.1.3. Fato que torna necessário ao órgão conflitante a intervenção judicial; 64.3.1.4. Fato que torna necessário ao particular a intervenção judicial – 64.3.2. Causa de pedir próxima: 64.3.2.1. Distinção entre fundamento jurídico e fundamento legal; 64.3.2.2. Conteúdo do fundamento jurídico – 64.3.3. Aplicação do art. 282, III do Código de Processo Civil à causa de pedir da ação de atribuição; inaplicabilidade do art. 3.º, I da Lei n.º 9.868 de 10 de novembro de 1999 – 65. Condição de procedência da ação voluntária atributiva – 66. Admoestação para boas decisões em matéria de conflito de atribuição: 66.1. Consciência da velha querela entre autoridade e liberdade; 66.2. Compreensão do presente; necessidade dos olhos voltarem-se ao futuro; 66.3. O conflito de atribuição pode denunciar justa evolução da separação do exercício do poder; 66.4. Síntese de Mestre Goffredo – 67. Da ação civil: definição do gênero: 67.1 Da ação civil concreta; 67.2 Da ação civil política; 67.3 Do trabalho em conjunto de ambas em prol da harmonia social; 67.4 Do direito à administração da justiça comum a ambas ações; 67.5 Configuração da ação civil brasileira pós-1988; 67.6 Da possibilidade que se abre para vencermos o pressentimento de L. E. de Bueno Vidigal – 68. Esclarecimento final quanto ao significado do termo *política* na locução *ação política* – 69. Definição da ação de atribuição.

59. Em consonância com nosso posicionamento, fatalmente devemos reconhecer a existência de uma ação de natureza voluntária que corresponde ao exercício da jurisdição na modalidade voluntária. Outrossim, é preciso reconhecer que há uma ação

voluntária que serve especificamente para solver os conflitos de atribuição, *i.e.*, uma *ação voluntária atributiva*.

60. Investigando mais a fundo o conteúdo desta ação, é preciso partir da idéia de que o conflito de atribuição não é uma lide.¹ Portanto, o juiz necessariamente não deve obedecer à regra de congruência entre pedido e decisão final.² Estes aspectos denunciam que a ação voluntária de atribuição certamente não possui natureza concreta, não se trata de um direito concreto, ou, na feliz acepção usada por **BOTELHO DE MESQUITA**, de direito a uma *sentença de conteúdo determinado*,³ uma vez que no exercício da ação concreta, diferentemente da ação voluntária, o controle de qualidade da decisão final é um *juízo de legalidade*.⁴

61. Se não é um direito concreto, o que seria a ação atributiva?

É indispensável termos em mente que o direito de ação do jurisdicionado, mesmo no campo da jurisdição voluntária, não se limita a uma sentença qualquer ou a qualquer resultado, pois a lei processual é clara ao condicionar o resultado final a um juízo de *conveniência e oportunidade*. Logo, o que for inconveniente e inoportuno não pode ser apresentado como solução ao caso concreto. Em outros termos, embora o jurisdicionado não possua direito a uma decisão de conteúdo determinado, ou embora não esteja protegido por um juízo de legalidade, também não está sujeito aos caprichos do julgador, devendo ele decidir da forma que melhor convier à proteção do interesse objetivo em jogo.

Nesta linha, a ação voluntária não pode ser considerada um direito puramente abstrato de agir, pois, ainda que o jurisdicionado tenha direito a um resultado de *conteúdo indeterminado*, tal conteúdo deve ser submetido ao controle de qualidade proporcionado pela modalidade voluntária da jurisdição: um *juízo de conveniência e oportunidade*.⁵ O

---

¹ Cf. capítulo quarto, sobretudo o subitem n. 36.3.

² CPC, art. 128 e 460.

³ BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio. Da Ação Civil.... In: *Teses, Estudos...*, V. 1, § 10, p. 89.

⁴ CPC, art. 126.

⁵ CPC, art. 127 c/c 1.109.

produto final da jurisdição voluntária é uma decisão discricionária, ou o que os clássicos chamam de sentenças *determinativas* ou *dispositivas*.⁶

Atualmente, o direito puramente abstrato de agir em juízo possui inúmeras denominações dadas pela doutrina: direito constitucional de petição,⁷ direito de demandar,⁸ direito à administração da justiça;⁹ direito ao processo;¹⁰ direito de ação constitucional,¹¹ faculdade jurídica,¹² etc. Sem nos atermos à diversidade terminológica, importa registrar a impossibilidade da ação voluntária ser explicada pela ultrapassada teoria da ação como um direito puramente abstrato de agir em juízo.¹³

62. Mas se a ação voluntária não é um direito concreto a uma transformação de fato ou direito para qual o interessado esteja impedido de realizá-la pelas próprias mãos, e nem um simples direito abstrato de agir em juízo, como ela pode ser explicada?

A nosso ver, ao lado da ação concreta – cujo resultado prometido pelo Estado é uma decisão de conteúdo determinado –, há uma ação cuja promessa do Estado é uma decisão

⁶ CALAMANDREI, Piero. La relatività del concetto d'azione. In: *Studi sul processo civile*. Volume Quinto. Padova: Cedam, 1947, item “8”; CARNELUTTI, Francesco, *Sistema di Diritto Processuale...*, Vol. I, item “40”, p. 133 a 136; CHIOVENDA, Giuseppe. *Istituzioni di Diritto Processuale Civile*. Volume I (I concetti fondamentali; La dottrina delle azioni). Napoli: Jovene, 1960, § 8, item “57”.

⁷ COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos do Direito Processual Civil*. Tradução de Rubens Gomes Sousa. São Paulo: Saraiva, 1946, itens “18” e “19”, p. 46 a 48; LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos...*, § 2.º, item “5”.

⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O novo processo civil*. 22.ª edição, 5.ª tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 2002, § 1.º, p. 09; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. Volume II. 2.ª edição. São Paulo: Malheiros, 2002, item “435”, p. 110.

⁹ BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio. Da Ação Civil.... In: *Teses, Estudos...*, V. 1, § 12, item “39”, p. 100.

¹⁰ NEVES, Celso. *Estrutura Fundamental do Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1995, capítulo IV (Elementos da ação), item “85”, p. 117.

¹¹ GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil brasileiro*. 1.º Volume. 13.ª edição. São Paulo: Saraiva, 1998, item “13”, p. 76.

¹² CHIOVENDA, Giuseppe. *Istituzioni di Diritto Processuale...*, Volume I, § 1, item “6”, p. 19.

¹³ Direito abstrato de agir na lição de Degenkolb, referido por Chiovenda: “Queste teorie, che ebbero qualche seguace anche in Italia, fanno capo quale più quale meno alla dottrina del Degenkolb, che fu il primo a

final de *conteúdo indeterminado*, encontrando tal indeterminação limites em um juízo de conveniência e oportunidade. Quer dizer, ao lado da ação concreta há uma ação cujo resultado final é indeterminado quanto à *razão jurídica* a ser aplicada – eis a indeterminação –, mas a exclusão do juízo de legalidade como controle de qualidade da decisão final não deve expor o jurisdicionado ao arbítrio, pois, como dito, tudo que for inconveniente e inoportuno não deve ser proferido como solução do caso.¹⁴

---

definire l'azione (1877) come 'un diritto soggettivo pubblico, spettante a ognuno che in buona fede crede d'aver ragione, per essere sentito in giudizio e costringere l'avversario a entrarvi'" (apud Ibidem, loc. cit.).

¹⁴ Daí a corretíssima lição de Liebman ao dizer que “equidade não é o mesmo que arbítrio do juiz, o qual deve, como juiz de equidade, fazer-se intérprete do senso ético-jurídico difundido na sociedade de seu tempo, que é qualquer coisa como um direito em estado amorfo” (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di Diritto Processuale Civile – Principi...*, item “81” (Giudizio di diritto e giudizio d’equità), p. 163, tradução livre). Segundo Dinamarco, “o juiz aqui não faz um *juízo de direito*, mas um *juízo de equidade* (linguagem bem ao gosto dos juristas italianos), aquela que ele exerce segundo conceitos hauridos de sua cultura, do seu convívio na sociedade e não diretamente das regras preestabelecidas em lei” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil...*, Tomo I, cap. XII (Procedimentos especiais de jurisdição voluntária), item “175”, p. 398). Em suma, ele deve fazer um “trabalho de diagnóstico social” (CALAMANDREI, Piero. Il significato costituzionale delle giurisdizioni di equità... In: *Opere Giuridiche*. Volume terzo..., item “6”, p. 24), e chegar a uma razão jurídica que seja tida como “normal”, “legítima”, e digna da denominação “norma jurídica”.

Segundo Mestre Goffredo, “*normal*, no mundo ético, é a qualidade do procedimento ou do estado não extravagante, não contrário às referidas concepções dominantes; (...). No mundo físico, *normal* é a qualidade do que é considerado conforme com as convicções humanas, no âmbito das Ciências da Natureza. (...) É *normal*, por exemplo, o zelo dos pais pelos filhos; é *anormal*, o abandono dos filhos pelos pais. (...) A *ordem*, também, pode ser *normal* ou *anormal*. (...) Não são normais, por exemplo, as ordens políticas impostas discricionariamente [arbitrariamente], em conflito com o sentimento da coletividade, e com o sistema constitucional almejado pelos representantes do Povo. Notemos, desde já, que tais ordens, sendo discricionárias [arbitrárias] e *anormais*, são *ilegítimas*, como vamos ver. (...) Observemos, finalmente, que o *normal* e o *anormal* não podem ser considerados como qualidades absolutas. O *normal* é *normal* relativamente ao sistema de convicções tido como dominante; mas o *anormal* é, muitas vezes, *normal*, relativamente a um sistema de convicções que hoje ainda não é o sistema dominante, mas que amanhã poderá vir a sê-lo” (TELLES JUNIOR, Goffredo. *Iniciação na Ciência...*, § 5, p. 17 e 18). Ressalta-se daí a importância da liberdade de expressão do pensamento. Mas, com base nessas lições mestre Goffredo continua sua construção: “São *normas*, os mandamentos coadunados com o sistema ético vigente. (...) Mas não são *normas*, os mandamentos isolados, desligados do sistema de convicções vigente numa coletividade, sobre o que é *normal* e o que é *anormal*”. (Ibidem, § 8, p. 21 e 22). “É óbvio que somente são *normas*, no mundo ético, os mandamentos que prescrevem comportamentos *normais*, isto é, comportamentos conforme a *normalidade* ambiente. (...) Não são *normas*, portanto, os mandamentos desligados de uma ordenação, ou contrários ao sistema ético vigente. (...) Tais mandamentos são *imperativos não normativos*. São imperativos sim, mas não são *normas*” (Ibidem, § 9, p. 21). É que “as leis éticas não são *normas* sempre. (...) Em verdade, não são propriamente *normas* as leis éticas não harmonizadas com a ordenação vigente” (Ibidem, § 14, p. 33

63. Sendo o arbítrio estatal vedado é lícito concluir que a jurisdição voluntária não é um poder livre, havendo entre a ação voluntária e certos interesses objetivos um liame teleológico protetivo, *i.e.*, a ação serve para a proteção de interesses objetivos confiados pelo Parlamento ao Judiciário. Por este motivo, inevitavelmente somos obrigados a concluir que o exercício pleno da ação voluntária está submetido a condições de admissibilidade. Tais condições são categorias lógico-jurídicas existentes na doutrina e possivelmente na lei – como é nosso caso –,¹⁵ e quando presentes impõem ao Estado julgar se está ou não obrigado à prestação da atividade jurisdicional em toda sua plenitude. O que nos parece correto, é que só não haveria qualquer condição de admissibilidade se a ação fosse desvinculada de qualquer fim útil, e obviamente ela sempre terá algum, nem que seja servir ao mal, *e.g.*, a determinada ideologia que sustenta violenta ditadura. Nessa linha acompanhamos a lição de CELSO NEVES, quando afirma que as condições da ação podem ser concebidas em função da tutela jurídica pretendida, incluindo a tutela voluntária.¹⁶

Admitindo a existência de condições de admissibilidade da ação voluntária, teoricamente elas poderiam ser julgadas em um único momento processual, porém, pelo caráter genérico devem ser objeto de julgamento preliminar a respeito da viabilidade da efetiva prestação da atividade jurisdicional pleiteada.¹⁷ A presença das condições de

---

e 34). Daí, o motivo pelo qual “a definição completa da NORMA JURÍDICA – da NORMA DE DIREITO – é a seguinte: *IMPERATIVO AUTORIZANTE, HARMONIZADO COM A ORDENAÇÃO ÉTICA VIGENTE*” (Ibidem, § 38, p. 103). Todas essas lições do mestre também podem ser encontradas em: TELLES JUNIOR, Goffredo. **Direito Quântico – Ensaio sobre o fundamento da ordem jurídica**. 7.^a edição. São Paulo: Juarez de Oliveira, p. 196 e seguintes.

¹⁵ ARRUDA ALVIM, José Manoel de. **Manual de Direito Processual Civil**. V. 1 (Parte Geral). 7.^a edição, 2.^a tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, item “122”, p. 408.

¹⁶ “(...) parece-nos que, no plano de nossa disciplina, *as condições da ação* podem ser concebidas em função da *tutela jurídica processual* especificamente pretendida – ou *jurisdicional* [função de conhecimento], ou *jurissatisfativa* [função executiva], ou *juris-acauteladora* [função cautelar], ou *juris-integrativa* [função voluntária] (...)” (NEVES, Celso. **Estrutura Fundamental do Processo...**, capítulo V, item “119”, p. 132, em itálico no original).

¹⁷ Lição de BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio. Da Ação Civil.... In: **Teses, Estudos...**, V. 1, § 13, item “41”, p. 102.

admissibilidade “propicia a possibilidade de julgamento da procedência da ação”, devendo permitir, portanto, “o prosseguimento do processo”.¹⁸

Este modo de proceder facilita o trabalho do julgador ao permitir o progressivo estreitamento da área sobre a qual incidirá o julgamento de mérito;¹⁹ permite economia do erário;²⁰ e também não deixa de esconder o fato de que o Estado só é obrigado a exercer o poder jurisdicional em sua plenitude quando assim a ordem jurídica determinar. Há, portanto, justificativa plena para usarmos no procedimento voluntário a lógica do modelo procedimental brasileiro contencioso.

Todavia, tendo em conta que diferem os controles de qualidade das ações contenciosa e voluntária, seria um grande erro se pura e simplesmente transplantássemos os conteúdos das condições de admissibilidade da ação contenciosa à ação voluntária. Justifica-se, portanto, que a partir deste ponto levemos adiante perscrutação sobre as condições de admissibilidade da ação atributiva.

63.1. Legitimação “ad causam”.

63.1.1. Nosso Código Processual Civil prescreve que “para propor ou contestar ação é necessário ter interesse e *legitimidade*”.²¹ Na lição de CHIOVENDA “*legitimitas ad causam*” é a identidade do autor com a pessoa favorecida pela lei, e do réu com a pessoa obrigada.²² No Brasil a lição de LIEBMAN é mais influente em virtude do prestígio de sua teoria eclética. A legitimação “ad causam”, segundo o ponto-de-vista de sua teoria, “é a pertinência subjetiva da lide nas pessoas do autor e do réu, isto é, o

---

¹⁸ VIDIGAL, Luís Eulálio Bueno. Pressupostos Processuais e Condições da Ação. *Revista de Direito Processual Civil*, vol. 6, 1967, item “8”, p. 10 e final da p. 11.

¹⁹ Lição de Idem. *Ibidem*, loc. cit.

²⁰ Embora a ausência de condição de ação necessariamente não seja acusada *initio litis*, mas pode ser acusada após uma longa tramitação processual.

²¹ CPC, art. 3.º, grifado.

²² CHIOVENDA, Giuseppe. *Istituzioni di Diritto Processuale...*, Volume I, § 3, item “19”, p. 56.

reconhecimento do autor e do réu, por parte da ordem jurídica, como sendo as pessoas facultadas respectivamente a pedir e contestar a providência que é objeto da demanda”.²³

CELSO BARBI ensina, com elevada competência, que a regra legal do art. 3.º de nosso Código de Processo “encontra maior explicação no art. 6.º, segundo o qual ‘ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei’”.²⁴

Um bom exemplo para esmiuçarmos esta ensinança é a da ação reivindicatória.²⁵ Nesta hipótese, é preciso realçar que *ser proprietário ou possuir o título de aquisição é condição de procedência da ação reivindicatória*; isto é, se o juiz concluir que o autor não é o proprietário, seja no início ou no fim do processo, a ação deverá ser julgada *improcedente*, uma vez que esta conclusão reconhece que o autor não possui permissão jurídica (direito subjetivo) para o domínio, justamente o que autorizaria a transformação de fato e de direito requerida por ele. Em vista da qualidade de proprietário dizer respeito ao mérito, como, então, perquirir sobre a legitimidade “ad causam”? Se nos apoiarmos sobre o artigo 6.º do Código de Processo Civil, notaremos que os irmãos do proprietário, os primos do proprietário, os amigos do proprietário, etc., são todos terceiros que não possuem legitimidade para propor a reivindicação. Portanto, o conceito de legitimidade à causa, no caso ativa, está contido no art. 6.º do Código de Processo Civil, relacionado com as idéias de legitimação *ordinária e extraordinária*.²⁶

²³ É a lição de LIEBMAN, Enrico Tullio. O despacho saneador e o julgamento de mérito. *Revista Forense*, n. CIV (104), 1945, p. 224.

²⁴ BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 11.ª edição. Vol. I, art. 1.º ao 153. Atualizadora: Eliana Barbi Botelho. Rio de Janeiro: Forense, 2002, comentário ao art. 3.º, item “35”, p. 37.

²⁵ Exemplo exposto por Botelho de Mesquita, em uma de suas aulas de graduação na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, para explicar o problema da legitimação para a ação.

²⁶ Cf. SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 1.º Volume. 20.ª edição. São Paulo: Saraiva, 1998, item “129” (qualidade para agir), p. 171; MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. Volume II. 3.ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1966, § 62, item “273”, p. 41. Eis, portanto, o acerto de Barbi ao afirmar que o artigo 6.º do Código Processual “esclarece o princípio da legitimidade contido no art. 3.º, no que se refere à legitimidade ativa. Ao negar que alguém possa pleitear, em nome próprio, direito alheio, a lei fixa o princípio afirmativo de que somente o titular do direito pode demandar acerca dele. (...) A esse princípio geral, a lei abria poucas exceções, admitindo que uma pessoa viesse a juízo, em nome próprio, pleitear o direito de terceiro. Essa hipótese recebeu, desde Kohler, o nome

Passando a tratar da legitimação passiva, ela é melhor explicada pela “resistência” de quem se opõe à “pretensão” afirmada. A pretensão, segundo CARNELUTTI, é a exigência de subordinação do interesse alheio ao interesse próprio, e diante dela pode haver como resposta tanto a subordinação quanto a resistência. Neste último caso, ela tanto pode ser a recusa à subordinação do interesse próprio ao interesse que se faz valer pela pretensão, ou sem expressa contestação ofende o interesse que se faz valer pela pretensão.²⁷ Ou seja, a nosso ver, o legitimado passivo é aquele que resiste à subordinação exigida, *é aquele que cria um obstáculo para o autor*. Logo, julgamos certa a lição de AMARAL SANTOS quando afirma que “a legitimação ativa terá o titular do interesse afirmado na pretensão; passiva terá o titular do interesse que se opõe ao afirmado na pretensão”.²⁸

Visto “en passant” o problema da legitimação para a ação, é preciso refletirmos se existe compatibilidade com a ação voluntária de atribuição.

Como vimos, na jurisdição voluntária não há tutela de direitos subjetivos, mas sim de certos interesses objetivos confiados ao Judiciário. Desta forma, colocando em prática a observação de CARNELUTTI,²⁹ é preciso notar que na jurisdição voluntária não há utilidade na idéia de investigar a legitimação por meio de uma lide que não existe, ou que pelo menos seja irrelevante. Sendo assim, na jurisdição voluntária a lei processual deve necessariamente prescrever os legitimados, pois, à falta desta prescrição, em tese qualquer um que tenha uma ligação com o interesse objetivo possui legitimidade à causa. Daí não se pode negar que a legitimidade à causa voluntária seja diferente da legitimidade à causa contenciosa. No caso específico da ação atributiva o interesse objetivo tutelado é o da conservação do sistema brasileiro de freios e contrapesos; sem dúvida uma garantia

---

de *substituição processual*, expressão essa usada também por Chiovenda e pela maioria dos autores modernos (BARBI, Celso Agrícola. *Comentários...*, Vol. I, comentário ao art. 3.º, item “35”, p. 37).

²⁷ CARNELUTTI, Francesco, *Sistema di Diritto Processuale...*, item 124, p. 350; e item 125, p. 351.

²⁸ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas...*, 1.º Volume, item “129” (qualidade para agir), p. 171. Cf. também: MARQUES, José Frederico. *Instituições...*, Volume II, § 62, item “273”, p. 41.

²⁹ Por compreender que não existe lide no processo voluntário, Carnelutti faz a seguinte observação: “(...) Por isso, o problema da ação no processo voluntário é colocado na indeterminação das partes em senso material: enquanto os sujeitos do conflito de interesses de uma lide, isto é os sujeitos da pretensão e da resistência, são determinados, quando não há lide não é possível a individuação deles com precisão; (...)” (CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e Processo*. Napoli: Morano, 1958, sexta parte, item “268”, p. 393, tradução livre).

importante para a liberdade de quem reside no país ou esteja em trânsito nele. Ou seja, há multidões de interessados em todo o país.

63.1.2. No entanto, não se pode olvidar que a profusão de intervenções possa obstruir o andamento do processo de atribuição e dificultar sobremaneira a administração do interesse objetivo. Não se mostra viável, assim, franquear a ação atributiva a qualquer pessoa pelo simples fato dela pertencer a uma daquelas turbas. Desta forma, com relação aos particulares em geral é preciso restringir a ação de atribuição e, um primeiro passo para isso é delimitar a legitimidade para provocar a ação de atribuição *a todo aquele que demonstre ter sua esfera jurídica imediatamente atingida por ação ou omissão estatal, ambas capazes de gerar um conflito de atribuição*; quer dizer, é “interessado legitimado” todo aquele que indique determinado ato estatal atingindo sua esfera jurídica, ou no lugar do ato indique omissão estatal constatada, via de regra, após provocação, a não ser que o próprio tempo de inércia denuncie claramente a omissão.³⁰ Tanto a ação como a omissão devem ter capacidade de gerar um conflito de atribuição.³¹

Conforme se depreende de nosso texto, usamos a terminologia “interessado legitimado” para significar os interessados que possuem legitimidade para demandar e iniciar o processo de atribuição, distinguindo dos interessados em geral, que, como dissemos, não possuem tal legitimação e podem constituir multidões.

---

³⁰ Na verdade este raciocínio encontramos na justificativa do projeto de Lei n.º 4.679 de 1990, cujo fim é regulamentar o mandado de injunção. Este projeto foi apresentado pelo Deputado Cunha Bueno, que nos esclarece ter encampado trabalho do Prof. Botelho de Mesquita destinado à referida regulamentação, e que foi publicado no periódico “O Estado de São Paulo”.

Tendo Botelho de Mesquita tratado o mandado de injunção como processo fora do âmbito contencioso, julgamos correta a adaptação que fizemos de sua lição sobre legitimidade para impetrar o mandado de injunção, localizada no item “3.2” do texto de justificativa do mencionado projeto. Cf. CONGRESSO NACIONAL (Brasil). *Diário do Congresso Nacional*, da terça-feira do dia 17 de abril de 1990, Seção I, item “3.2” da p. 2828. Conteúdo disponível no sítio digital da Câmara dos Deputados: <<http://www.camara.gov.br/>>, acessado em 05 de setembro de 2005.

³¹ Cf. nosso capítulo quarto, sobretudo item n. 37.

A restrição que indicamos ao particular para a legitimação “ativa” é absolutamente aceitável, considerando que já acontecia naturalmente na vida constitucional brasileira.³² Sendo assim, essa restrição mínima além de ser necessária para evitar a profusão indevida de intervenções no processo, é também fiel à jurisprudência do Supremo Tribunal e, na medida do possível segue a sábia recomendação de THOMAS JEFFERSON:

“Se cada indivíduo que compõe a massa participar da autoridade última, o governo estará seguro, porque corromper a massa toda excederá quaisquer recursos particulares de riqueza, e a riqueza pública somente pode ser provida por meio de tributos sobre o povo”.³³

63.1.3. Em relação aos órgãos conflitantes, de acordo com o que expomos no capítulo quarto³⁴ julgamos que a lei não deve especificar os interessados legitimados para demandar a ação de atribuição, a não ser que não deixe de consignar que o rol é exemplificativo. A experiência mostra que o melhor é deixar a cargo do Tribunal a tarefa de reconhecê-los a partir dos casos concretos, até porque, como já foi dito, em uma situação mais extrema o Pretório Excelso pode até mesmo concluir a constituição de determinado órgão por interpretação, desde que observe os limites constitucionais e que existam novas e justas necessidades sociais e políticas.³⁵ Daí também se conclui, obviamente, que não faz sentido algum restringir os conflitos ao plano dos chamados “órgãos supremos” ou “imediatos” do Estado, pois tal restrição tornaria a ação de

---

³² É o caso, por exemplo, da Editora Estado da Bahia S.A., que, ao suscitar conflito de atribuição em 1945, alegou como motivo específico que atingia sua esfera jurídica o fato de estar sendo demandada simultaneamente nos âmbitos administrativo e jurisdicional pelo jornalista Carlos Varjão (cf. item n. 12). Ou o caso de Moisés Werneck, que alegou como violação de sua esfera jurídica o fato de estar sendo despojado de posse permitida pelo Executivo da União, por ordem judicial requerida pelo então Estado da Guanabara (cf. item n. 13). Ou o caso de nosso ilustre ex-Presidente, Juscelino Kubitschek de Oliveira, que se dizia despojado de seu juiz natural pelo fato da Comissão de Investigação assumir os processos no qual era investigado (cf. item n. 13). Curioso é que neste último caso o conflito não foi conhecido pelo Supremo Tribunal em virtude da proibição do ato institucional n.º 05, não tendo a venerável Corte sequer mencionado qualquer problema quanto à legitimidade *ad causam* do suscitante: o que mostra a existência de legitimidade do cidadão para o processo atributivo, mesmo em um período extremamente autoritário.

³³ JEFFERSON, Thomas. *Escritos Políticos...*, capítulo “Participação do povo em todos os ramos do governo”, p. 87 (Clássicos da Democracia).

³⁴ Sobretudo do item n. 29 ao 35.

³⁵ Cf. item n. 35.

atribuição quase que meramente decorativa, além de contrariar totalmente a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – mesmo a que é posterior ao recrudescimento do autoritarismo no regime de 1964.³⁶

Portanto, em relação aos órgãos estatais justifica-se que conste da lei processual regra genérica dizendo que *são legitimados à ação atributiva quaisquer órgãos estatais sujeitos a conflitos de atribuição*. À primeira vista é um texto que diz quase nada, porém, diz muito quando se tem em mente o conceito de conflito de atribuição.³⁷ Tem a virtude, igualmente, de superar a idéia de que só haveria conflitos entre órgãos judiciais e administrativos, rompendo definitivamente nosso sistema com a separação francesa. É propositadamente genérico, de textura aberta, para atribuir ao Tribunal a tarefa construtiva de dizer quem está sujeito a conflitos de atribuição. É preciso que o Tribunal cuide de realizar esta tarefa inspirado na humildade “socrática”, caso contrário haverá uma infantilização da tarefa pública atribuída a ele e continuaremos vítimas de obtusas idéias: como a idéia de que só haveria três Poderes, de que só poderia ocorrer conflitos entre Administração Pública e Judiciário, e de que os conflitos só poderiam ocorrer em matéria estritamente administrativa.³⁸

63.1.4. A legitimidade do Ministério Público para propor a ação atributiva diz respeito a uma primeira hipótese indiscutível: quando ele for o próprio órgão conflitante, ou seja, o “interessado” (na verdade, “interessado legitimado”) do art. 1.104 do Código Processual Civil.

Há uma segunda hipótese possível de cogitação: quando ele for provocador da ação de atribuição sem ostentar qualidade de conflitante.³⁹ A respeito desta última hipótese devemos refletir se ela é válida diante do texto constitucional.

³⁶ Cf. capítulo segundo, e também o item n. 31 do capítulo quarto.

³⁷ Cf. item n. 37.

³⁸ Cf. itens n. 14, e n. 21 a 24.

³⁹ CPC, art. 1.104 c/c art. 81. O texto do art. 1.104 afirma que a demanda voluntária pode ser proposta pelo Ministério Público, além dos interessados: “O procedimento [voluntário] terá início por provocação do interessado ou do Ministério Público, (...)” (grifado).

O art. 127 da Constituição prescreve que o Ministério Público é “essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”. Em vista de ter a missão institucional de defesa da democracia e de ser essencial à atividade jurisdicional, a nosso ver, em tese, a legitimidade para provocar a ação de atribuição é compatível com seu fim institucional mesmo não sendo o conflitante.

Outro ponto importante a respeito da segunda hipótese cogitada é a vedação contida no dispositivo constitucional 129, inciso IX. A nosso ver a vedação não incide no caso, pois em virtude do escopo processual próprio da jurisdição voluntária o Ministério Público deverá suscitar o conflito com vistas à conservação do sistema de freios e contrapesos. Ao exercer a legitimidade que lhe concede o art. 1.104 sem a qualidade de ser conflitante, ele não advoga para entidade pública nenhuma, pois a propositura da ação não se trata nem de representação judicial de qualquer dos conflitantes, e muito menos de consultoria jurídica para qualquer um deles.

Ainda refletindo sobre a legitimidade autorizada pelo art. 1.104, poder-se-ia objetar que ela não é compatível com a ação de atribuição, pois o Ministério Público não só é relevante para o sistema de freios e contrapesos como já deu exemplo inequívoco do que é capaz de fazer quando pretende ampliar seu espaço atributivo.⁴⁰ Em suma, seu interesse próprio dentro do sistema brasileiro de freios e contrapesos turvaria a necessária imparcialidade para provocar a administração judicial deste mesmo sistema. Em nosso entender é preciso reconhecer que o “ser” pode não coincidir com o “dever-ser” insculpido no “caput” do art. 127 da Constituição. No entanto, não enxergamos nisso um argumento que justifique a inaplicabilidade da autorização contida no art. 1.104 do CPC. Se ao exercer a legitimidade do art. 1.104, sem qualidade de conflitante, o órgão do Ministério Público der indicações de que age em interesse próprio – seja por ignorância, ou por má-fé –, o órgão judicial exerce jurisdição na modalidade voluntária, ou seja, não é obrigado a seguir a regra de congruência entre pedido e decisão por não estar submetido ao critério da legalidade estrita. Por este motivo, ainda que não olvidemos ser o Ministério Público uma

---

⁴⁰ É de conhecimento público a luta travada pelo Ministério Público para absorver função do Executivo na investigação de delitos; luta esta que chegou ao ponto do Ministério Público veicular nos meios de comunicação mensagem exaltando transparência para ele e afirmando a obscuridade de ações policiais, com o trocadilho dizendo que não haveria mistério com o Ministério Público.

instituição humana com todos os defeitos que são inerentes a esta condição, a estrutura processual ampara o julgador para administrar judicialmente o interesse que lhe foi confiado sem que seja aprisionado aos termos da petição inicial do órgão ministerial. Portanto, em nosso entender não há justa razão para excluirmos o Ministério Público da provocação da ação de atribuição, até porque, como ressalta CARNELUTTI – com certo exagero, é verdade, mas que não prejudica a validade de sua afirmação – o processo voluntário é o verdadeiro campo de ação do Ministério Público.⁴¹

Concluindo sobre as possíveis atuações do Ministério Público na ação atributiva, ele é interveniente obrigatório quando não a propuser, sob pena de nulidade.⁴² Existe controvérsia quanto à intervenção do Ministério Público nos procedimentos de jurisdição voluntária: se ela é obrigatória em todos os procedimentos ou não.⁴³ A nosso ver é obrigatória em todos,⁴⁴ mas, seja como for, mesmo do ponto-de-vista da interpretação restritiva a intervenção é obrigatória em todas as ações voluntárias que obedeçam ao procedimento geral do Código Processual Civil: portanto, a ação de atribuição está sujeita a ela.⁴⁵

⁴¹ CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e Processo...*, sexta parte, item “272”, p. 398.

⁴² CPC, art. 1.105 c/c art. 84.

⁴³ A respeito da controvérsia, cf.: pela chamada interpretação “restritiva”, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil...*, Tomo I, cap. XIII (Ministério Público e jurisdição voluntária), p. 399 a 406; pela interpretação “declarativa”, NERY JUNIOR, Nelson. *Intervenção do Ministério Público nos Procedimentos Especiais de Jurisdição Voluntária*. *Revista de Processo*, n. 46, p. 11 e 12.

⁴⁴ Sobre tudo pelo que Nery profere na p. 16 (*Ibidem*): “E mais. Quando os artigos, que tratam dos procedimentos de jurisdição voluntária ‘per se’, mencionam a ouvida do Ministério Público, estão especificando apenas o *momento* em que deve ser exarado o parecer do órgão do *parquet*. Não significa deva o Ministério Público intervir somente naqueles casos onde haja, nos artigos reguladores dos procedimentos específicos, menção à sua participação”.

⁴⁵ Sobre a obrigatoriedade da intervenção no procedimento geral, cf. também: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo XVI: art. 1.103 a 1.210. Rio de Janeiro: Forense, 1977, comentário ao artigo 1.105, p. 19 e 20; GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual...*, 3.º Volume, item “68”, p. 273; CASTRO FILHO, José Olympio de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 5.ª edição. Vol. X, art. 1.103 a 1.220. Atualizador: José Rubens da Costa. Rio de Janeiro: Forense, 2004, comentário ao art. 1.105, item “9”, p. 39 e 40; MARCATO, Antonio Carlos. *Procedimentos Especiais*. 10.ª edição. São Paulo: Atlas, 2004, título III, capítulo I, p. 340.

63.1.5. Não obstante cause certo embaraço não usar o termo “legitimidade passiva” quando se quer referir ao elemento subjetivo que consta do pólo passivo da ação, em nosso sentir essa terminologia é infeliz na jurisdição voluntária, porquanto não há lide nela, não há uma polarização entre quem pretende e quem resiste.⁴⁶ Neste exato sentido CARNELUTTI está correto quando diz que na jurisdição voluntária “a parte é uma só”.⁴⁷ Igualmente está correto CHIOVENDA, ao dizer que é característica da jurisdição voluntária “a falta de *duas partes*”,⁴⁸ pois nessa jurisdição não há um bem garantido contra outrem, uma norma de lei a ser atuada contra outrem.⁴⁹ Assim como CAPPELLETTI.⁵⁰ A ausência de duas partes ocorre porque o obstáculo a ser removido na jurisdição voluntária *advém exclusivamente da lei*, diferente da contenciosa que, embora a lei vede a justiça privada, o obstáculo tem como base uma resistência. Por isso a terminologia do Código realmente andou bem ao falar em *interessados* no lugar de *partes*.⁵¹ Todavia, essa substituição ainda não é ideal, já que pode haver turbas de interessados em torno de determinado interesse objetivo, mas poucos deles com legitimidade para figurar no processo. A nosso ver, a terminologia mais adequada – e que já tomamos a liberdade de usar – é “interessados legitimados”.⁵²

O art. 1.105 da lei processual determina a citação de todos os “interessados”, sob pena de nulidade do processo. Estes “interessados” mencionados no art. 1.105 são também “interessados legitimados” para figurarem no processo, não podendo ser confundido com o interessado que não possui legitimação para o processo. Somente para não confundirmos o interessado legitimado que ofereceu a demanda com o interessado legitimado que ingressou no processo pelo ato da citação, e não sendo aconselhável a terminologia típica de processo contencioso – pólo ativo e pólo passivo –, doravante denominaremos os

⁴⁶ Embora haja doutrina abalizardíssima que faz uso desta terminologia: MARCATO, Antonio Carlos. *Procedimentos Especiais...*, título III, capítulo I, p. 339; CASTRO FILHO, José Olympio de. *Comentários...*, Vol. X, art. 1.103 a 1.220, comentário ao art. 1.105, item “8”, p. 38.

⁴⁷ CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e Processo...*, sexta parte, item “268”, p. 392.

⁴⁸ CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di Diritto Processuale Civile – Le azione. Il processo di cognizione*. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1965, § 14 *bis*, I (Esame della distinzione), p. 317, grifado no original.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 316.

⁵⁰ Cf. item n. 42.5.

⁵¹ CPC, art. 1.104.

⁵² Cf. nossos subitens n. 63.1.1 e 63.1.2.

interessados legitimados a serem citados de “interessados necessários”.⁵³ Não é uma nomenclatura brilhante, reconhecemos, porque pode passar a falsa impressão de que o interessado demandante não seria necessário para o processo. Seja como for, se nosso interlocutor não se deixar levar por esta possível significação, ela servirá ao propósito de evitar confusões terminológicas.

Ainda tratando do art. 1.105 da lei processual, em relação ao Ministério Público faltou obediência à boa técnica processual. A nosso ver ele deve ser *intimado*, e não citado, por ser interveniente obrigatório e trabalhar na qualidade de fiscal da lei.⁵⁴ Portanto, sem prejuízo de nulidade processual na hipótese dele não ser intimado,⁵⁵ sua atuação deve limitar-se a estes termos.⁵⁶ O Ministério Público só deve ser citado quando for conflitante.

De acordo com essas reflexões, quando o particular propuser ação de atribuição deverá requerer a citação dos órgãos cujos limites de atribuições serão apreciados pelo órgão jurisdicional – os órgãos conflitantes. Estes são interessados necessários. Se o Ministério Público não for conflitante, deverá ser intimado.

Quando a ação de atribuição for proposta por um dos órgãos conflitantes, o proponente deverá requerer a citação do outro órgão conflitante. Nesta hipótese, em nosso entender a lei processual não deve determinar a citação de particular que reuniria os requisitos para a ação, pois basta o ato estatal atingir e simultaneamente prejudicar uma multidão – o que não é difícil – para tornar esta obrigação irrealizável. Aqui, igualmente, se o Ministério Público não for conflitante deverá ser intimado sob pena de nulidade do processo.

Quando a ação de atribuição for proposta pelo Ministério Público sem possuir a qualidade de conflitante, deverá requerer a citação dos órgãos conflitantes, já que estes terão seus limites atributivos apreciados pelo órgão jurisdicional.

---

⁵³ Cf. subitem n. 72.5, sobre litisconsórcio voluntário.

⁵⁴ Neste sentido, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil...*, Tomo I, cap. XII (Procedimentos especiais de jurisdição voluntária), item “169”, p. 391; CASTRO FILHO; José Olympio de. *Comentários...*, Vol. X, art. 1.103 a 1.220, comentário ao art. 1.105, item “9”, p. 40; MARCATO, Antonio Carlos. *Procedimentos Especiais...*, título III, capítulo I, item “193.2”, p. 340.

⁵⁵ CPC, art. 1.105 c/c 84 e 246.

63.2. Interesse processual.

63.2.1. Enxergamos como ponto nuclear que justifica a jurisdição, seja ela contenciosa ou voluntária, o fato do jurisdicionado estar *impedido* de realizar determinada transformação pelas próprias mãos.⁵⁷ A jurisdição, desta forma, surge como atividade que tem por fim vencer o impedimento existente e realizar a transformação necessária.⁵⁸ Logo, o interesse processual que autoriza e justifica a movimentação da jurisdição é a *necessidade* do jurisdicionado remover o obstáculo para obter a transformação desejada, *não tendo ele condições de removê-lo por outro meio*.⁵⁹ Logo, com toda propriedade afirma ARRUDA ALVIM que o interesse processual é dirigido à supressão de obstáculo.⁶⁰

Porém, autorizada doutrina inclui no conceito de interesse processual, ao lado da necessidade, a *adequação*.⁶¹ “Assim”, o ensinamento é de CALMON DE PASSOS, “tanto carece de ação, por falta de interesse processual, quem aciona a dívida ainda não exigível (falta de interesse-necessidade), como o autor que ajuíze um processo de execução para

---

⁵⁶ CPC, art. 83.

⁵⁷ Lição de Botelho de Mesquita. Cf. nosso item n. 42.6. No mesmo sentido, cf. GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual...**, 3.º Volume, item “67”, p. 269 e 270.

⁵⁸ Lição de Botelho de Mesquita. Cf. nosso item n. 42.6.

⁵⁹ ARRUDA ALVIM, José Manoel de. **Manual...**, V. 1, item “122”, p. 412; GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual...**, 1.º Volume, item “14.2”, p. 80; SANTOS, SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas...**, 1.º volume, item “129” (qualidade para agir), p. 171.

⁶⁰ ARRUDA ALVIM, José Manoel de. **Manual...**, V. 1, item “122”, p. 410.

⁶¹ ARMELIN, Donaldo. **Legitimidade para agir no Direito Processual brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, p. 59; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada. Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral...**, item “158”, p. 259; GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual...**, 1.º Volume, item “14.2”, p. 81; GRINOVER, Ada Pellegrini. **As Condições da Ação Penal (Uma tentativa de revisão)**. São Paulo: José Bushatsky, 1977, p. 88 a 96; JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Curso de Direito Processual Civil**. 41.ª edição. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2004, item “53”, p. 56; LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manuale di Diritto Processuale Civile – Principi**. Sesta edizione, a cura di Vittorio Colesanti, Elena Merlin, Edoardo F. Ricci. Milano: Giuffrè, 2002, item “74” (Le condizioni dell’azione), p. 143; MARQUES, José Frederico. **Instituições...**, Volume II, § 62, item “272”, p. 40 e 41.

obter a tutela de uma pretensão suscetível apenas de ser posta como objeto de um processo de conhecimento (falta de interesse-adequação)".⁶²

Definir se o interesse processual é composto somente pela *necessidade*, ou se é pelo binômio *necessidade-adequação* é quase uma discussão nominal, pois nenhuma das propostas afastam-se da idéia central de necessidade de intervenção judicial para que o autor não sofra um "injusto dano";⁶³ apenas que a segunda detalhou mais a atuação *necessária* do Estado. O que não nos parece aceitável de modo algum é a idéia de *utilidade* como elemento do interesse processual, ou um de seus elementos,⁶⁴ pois a necessidade é suficiente para explicar o interesse de agir.⁶⁵

63.2.2. Essas reflexões são aplicáveis à jurisdição voluntária, porém, é preciso realçar importante particularidade relativa à ela, que inclusive já foi dita anteriormente;⁶⁶ o impedimento a ser removido na jurisdição voluntária difere do impedimento típico da jurisdição contenciosa. Este aspecto não escapou de VICENTE GRECO:

"O interesse processual, a necessidade que, na jurisdição contenciosa, decorre da sistemática geral de que ninguém pode fazer justiça pelas próprias mãos, na jurisdição voluntária decorre de lei, que impede a prática do ato sem intervenção ou autorização judicial".⁶⁷

⁶² CALMON DE PASSOS, J. J. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 9.^a edição. Vol. III, art. 270 a 331. Rio de Janeiro: Forense, 2004, comentário ao art. 295, item "35.4", p. 255.

⁶³ É o interesse processual na lição de CHIOVENDA, Giuseppe. *Istituzioni di Diritto Processuale...*, Volume I, § 6, item "41", p. 158.

⁶⁴ LIEBMAN, Enrico Tullio. O despacho saneador..., p. 224; cf. a vasta pesquisa de FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. *Condições da Ação – enfoque sobre o interesse de agir no processo civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000 (Coleção estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman, V. 43), p. 87 a 122, e sua posição admitindo a utilidade como fundamento do interesse.

⁶⁵ A propósito, confira o Código Civil separando benfeitorias *úteis* de *necessárias* (CC, art. 96). A ensinança de Barbi passa perto disso: "tudo que é necessário é útil, mas nem tudo que é útil é necessário" (BARBI, Celso Agrícola. *Comentários...*, Vol. I, comentário ao art. 3.º, item "24", p. 26).

⁶⁶ Cf. item n. 42.6 para exposição completa da doutrina de Botelho de Mesquita. Já mencionamos esta distinção também no item n. 63.1.5.

⁶⁷ GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual...*, 3.º Volume, item "67", p. 270.

Ou seja, tanto o impedimento da jurisdição contenciosa quanto da jurisdição voluntária decorrem da lei. Mas, enquanto no campo contencioso o impedimento passa obrigatoriamente pela “resistência” referida por CARNELUTTI,⁶⁸ no campo voluntário ele advém exclusivamente de proibição legal; este é o obstáculo que interessa ao jurisdicionado remover no campo voluntário. Esta idéia é imprescindível para entendermos o interesse processual dos órgãos conflitantes na ação de atribuição.

63.2.3. Sabendo dessa particularidade, em relação aos órgãos estatais o interesse processual voluntário na ação de atribuição consiste no órgão estatal conflitante depender de intervenção judicial *não* para afastar um injusto dano a direito subjetivo, *mas sim* uma dúvida quanto aos limites de sua atuação estatal. A necessidade de intervenção judicial não tem nada a ver com a resistência “carneluttiana”, mas advém da hipótese dos conflitantes não possuírem um superior hierárquico em comum. É importante ter em mente, igualmente, que o interesse processual nasce juntamente com a ação ou omissão estatal que faz nascer o conflito, pois a ação declaratória não visa eliminar a simples existência genérica de insegurança, cuja origem é a própria liberdade do Estado na apreciação de provas, ou no julgamento do processo. Visa eliminar uma insegurança *definida pelo seu agravamento*, quer dizer, deve haver um fato que agrave a genérica insegurança.⁶⁹ Em nosso caso o agravamento advém de ato ou omissão capaz de colocar em dúvida os reais limites existentes no sistema brasileiro de repartição de atribuições. É exatamente a incerteza “objetiva” e “atual” referida por CHIOVENDA.⁷⁰

⁶⁸ Sobre a lide “carneluttiana”, cf. nosso item n. 36.3.

⁶⁹ Cf. BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio. Da Ação Civil.... In: *Teses, Estudos...*, V. 1, § 16, item “48”, p. 111.

⁷⁰ CHIOVENDA, Giuseppe. *Istituzioni di Diritto Processuale...*, Volume I, § 9, item “65”, p. 196. No mesmo sentido, exigindo situação concreta que autorize a tutela declaratória: BARBI, Celso Agrícola. *Ação Declaratória Principal e Incidente*. 4.ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1977, parte primeira, p. 85 e 86; BUZAID, Alfredo. *A Ação Declaratória no Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1943, cap. IX (O interesse de agir), p. 155 a 159 (Coleção de Estudos de Direito Processual Civil); LOPES, João Baptista. *Ação Declaratória*. 5.ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, (Coleção estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman, V. 10), item “3.4.3.3”, p. 59.

Logo, para aferir interesse processual à ação de atribuição, o julgador deve indagar se há ação ou omissão estatal capaz de agravar dúvida quanto aos limites da repartição constitucional de atribuições, e se o conflito envolve dois ou mais órgãos autônomos entre si, pois não há interesse processual se o conflito puder ser resolvido por superior hierárquico.

63.2.4. Para o particular a situação é diferente, pois além dele não possuir atribuição, o presente item é continuação de um movimento de limitação da atuação do particular na ação de atribuição, iniciado em item precedente, para evitar profusão de intervenções.⁷¹ Com este intuito, entendemos que nasce para o particular a necessidade de movimentar a ação voluntária de atribuição quando ele depender de intervenção judicial para afastar injusta ameaça ou lesão contra direito subjetivo, desde que a ameaça ou lesão decorra de conflito de atribuição. Logo, neste caso, para aferir interesse processual para a ação de atribuição, o julgador deve, primeiro, indagar se há ação ou omissão estatal capaz de agravar dúvida quanto aos limites da repartição constitucional de atribuições, segundo, que o conflito envolva dois ou mais órgãos autônomos entre si, e terceiro que haja ameaça ou a presença de injusto dano ao suscitante do conflito. Preenchidos os três requisitos, há incerteza objetiva, atual, e lesiva; logo, há necessidade de intervenção judicial para evitar injusto dano.

É preciso deixar claro, a despeito da obviedade, que o conflito de atribuição também obriga o particular a recorrer ao Judiciário (ou pela via principal, ou incidental) na medida em que não está investido de poder para solver o conflito e afastar o injusto dano que pode sofrer ou já esteja sofrendo. Ora, se os conflitantes não resolverem o impasse caberá ao Judiciário resolvê-lo. O Ministro **OROSIMBO NONATO** acentuou bem este aspecto no conflito de atribuição n.º 1.399, ao afirmar que na via principal a competência para solução dos conflitos de atribuição era do Supremo Tribunal Federal “por força do sistema político que não deixa questão sem solução”.⁷² Somado a isso a cláusula da “separação dos Poderes” não só está prevista em nossa Constituição,⁷³ como foi petrificada,⁷⁴ e também a

⁷¹ O item é o n. 62.1.2, que se refere à legitimidade “ad causam” do particular.

⁷² Cf. item n. 35, e também o n. 11.

⁷³ Constituição/1988, art. 2.º.

⁷⁴ Constituição/1988, art. 60, parágrafo 4.º, inciso III.

solução de 1891 consta da Constituição de 1988, cujo texto prescreve caber ao Supremo Tribunal Federal, “precipualemente, a guarda da Constituição”.⁷⁵

A propósito, nem se diga que há erro em falar de “ameaça ou violação de direito” ou “injusto dano” no âmbito da jurisdição voluntária, porque, conforme ensina autorizada doutrina, a violação de direito de cidadão ou a simples ameaça pode servir para *iniciar a movimentação da jurisdição voluntária*, mas, nem por isso o processo voluntário passará a tutelar imediatamente o direito subjetivo violado ou ameaçado – cuja tarefa é do processo contencioso –, e sim cuidará de prevenir lesão ou restaurar um *interesse objetivo* lesado.⁷⁶

Desta forma, sinteticamente podemos dizer que há interesse processual à ação atributiva:

a) para o órgão estatal conflitante, quando dependa de intervenção judicial para afastar não um injusto dano, mas uma dúvida quanto aos limites de sua atuação estatal, nascida a partir de ação ou omissão de outro órgão com quem não possua superior hierárquico comum;

b) para o particular, também quando existir ato ou omissão estatal capaz de gerar conflito entre dois órgãos, devendo ambos não possuírem superior hierárquico comum, e acrescido a esses dois requisitos deve haver necessidade de intervenção judicial para afastar ameaça ou lesão a direito decorrente da ação ou omissão estatal que gerou o conflito de atribuição.

63.2.5. Nesta linha, para o Ministério Público o interesse processual segue sempre a regra aplicável aos órgãos estatais, seja quando ele exercer a legitimação concedida pelo art. 1.104 do CPC sem possuir qualidade de conflitante, seja quando estiver na qualidade de órgão conflitante (interessado legitimado). Naturalmente que na primeira

---

⁷⁵ Constituição/1988, art. 102, “caput”.

⁷⁶ Cf. lição de Mauro Cappelletti no item n. 42.5; BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio. As novas tendências... In: *Teses, Estudos...*, V. 1, itens “8” e “9”, p. 268 e 269. Ora, se a *ratio essendi* da jurisdição voluntária é evitar que lesão a interesses objetivos prejudiquem interesses subjetivos, não há porque impedir o estímulo proveniente de interesses subjetivos.

hipótese ele descreverá um conflito do qual não faz parte, porém, deverá apontar a necessidade de intervenção judicial para solucionar *dúvida* quanto aos limites das atribuições dos conflitantes.

63.3. Em virtude dos conteúdos que atribuímos à legitimidade “ad causam” e ao interesse processual, evidentemente que se houver o interesse processual para o particular há, igualmente, a legitimidade “ad causam”. Todavia, isso não quer dizer que se confunda o interesse processual com a legitimidade “ad causam”, uma vez que muitos atos ou omissões capazes de causarem conflitos de atribuição podem atingir diretamente a esfera jurídica do particular sem que, no entanto, cause-lhe prejuízo – podendo até mesmo beneficiá-lo. Nesta hipótese haveria legitimidade “ad causam” sem o interesse para agir.

Com relação aos órgãos estatais, também não é possível que se confunda o interesse processual com a legitimidade “ad causam”. Basta notar que um conflito de atribuição pode ser solvido pelos próprios conflitantes, cessando o interesse processual à ação de atribuição. Nem por isso eles deixam de ser legitimados à ação de atribuição, já que continuam sujeitos a conflitos de atribuição.⁷⁷

63.4. Possibilidade jurídica do pedido.

63.4.1. No Brasil o costume é explicar a condição de *possibilidade jurídica do pedido* como “possibilidade para o juiz, na ordem jurídica à qual pertence, de pronunciar a espécie de decisão pedida pelo autor”.⁷⁸ Calcado nessa idéia, AMARAL SANTOS ensina que “o pedido deverá consistir numa pretensão que, em abstrato, seja tutelada pelo direito objetivo, isto é, admitida a providência jurisdicional solicitada pelo

---

⁷⁷ Para chegarmos a estas conclusões foram-nos úteis as reflexões de Donaldo Armelin em *Legitimidade para agir...*, p. 106 a 110, e também de Ada Pellegrini Grinover em sua obra *As Condições da Ação Penal...*, p. 48 e 49.

⁷⁸ LIEBMAN, Enrico Tullio. O despacho saneador..., p. 223.

autor”.⁷⁹ Ou seja, “tal como expreso”, a observação é de **MONIZ DE ARAGÃO**, “o conceito retrata a corrente de pensamento segundo a qual somente será viável, se o autor puder mostrar de antemão que o Direito Positivo contém uma providência que, em tese, o ampara”.⁸⁰ Exemplo clássico de impossibilidade jurídica do pedido era o requerimento de divórcio antes da emenda constitucional de 1977.⁸¹ Outro exemplo muito invocado pela doutrina como impossibilidade jurídica do pedido é a cobrança de dívida de jogo ou aposta, em virtude do art. 814 do Código Civil não reconhecer vínculo obrigacional nesta hipótese.⁸²

MONIZ DE ARAGÃO contesta a explicação inicial sobre possibilidade jurídica do pedido em virtude do juiz brasileiro estar autorizado a preencher lacunas,⁸³ o que torna pelo menos discutível o critério inicial proposto. Desta forma, ele explica que a possibilidade jurídica do pedido, a seu ver, seria a inexistência de vedação legal no ordenamento para determinada transformação desejada pelo jurisdicionado.⁸⁴

Seja como for, abaladíssima doutrina afastou-se da lição de **LIEBMAN** afirmando que a impossibilidade jurídica do pedido é “das mais evidentes espécies de improcedência”, ou seja, um julgamento de mérito.⁸⁵ Realmente, quando se lê a firme argumentação de **CALMON DE PASSOS** com os exemplos do usucapião e da dívida de jogo,

⁷⁹ SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas...**, 1.º Volume, item “127”, p. 170.

⁸⁰ **MONIZ DE ARAGÃO**, Egas D. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 10.ª edição. Vol. II, art. 154 a 269. Rio de Janeiro: Forense, 2005, comentário ao art. 267, item “521”, p. 434.

⁸¹ **LIEBMAN**, Enrico Tullio. O despacho saneador..., p. 223.

⁸² Cf., por todos, **CINTRA**, Antonio Carlos de Araújo; **GRINOVER**, Ada. Pellegrini; **DINAMARCO**, Cândido Rangel. **Teoria Geral...**, item “158”, p. 258.

⁸³ **MONIZ DE ARAGÃO**, Egas D. **Comentários...**, comentário ao art. 267, item “521”, p. 434 a 436.

⁸⁴ “A possibilidade jurídica, portanto, não deve ser conceituada, como se tem feito, com vistas à existência de uma previsão no ordenamento jurídico, que torne o pedido viável em tese, mas, isto sim, com vistas à inexistência, no ordenamento jurídico, de uma previsão que o torne inviável. Se a lei contiver um tal veto, será caso de impossibilidade jurídica do pedido; faltarão uma das condições de ação” (Ibidem, item “521”, p. 439).

⁸⁵ Cf., por todos, o grande Professor **CALMON DE PASSOS**, J. J. **Comentários...**, comentário ao art. 295, item “35.1.6”, p. 245: “Quando não se obtém determinado bem da vida por motivo de os fatos postos como fundamento do pedido desautorizarem, em termos de direito, o que jurisdicionalmente se postula, nossa pretensão *improcede*, vale dizer, a sentença deve concluir pela rejeição do pedido. (...) Pode-se, de logo, concluir, por igual, pela improcedência, quando o tipo de pedido formulado pelo autor é desconhecido pelo ordenamento jurídico a que se reporta” (Cf. item “35.1.6”, p. 245 e 246).

não há como discordar dele.⁸⁶ Todavia, se é verdade que seu estudo mudou o panorama da possibilidade jurídica do pedido, também não é menos verdade – pedindo *venia* ao ilustre Professor – que sua contribuição não logrou afastar o embaraço vivido pela doutrina processualista para explicar a possibilidade jurídica do pedido, uma vez que “de lege lata” ela é condição de ação, e não mérito.⁸⁷ Desta forma, a grande serventia de sua crítica foi realçar a tibieza de duas idéias: a primeira é a que tenta explicar a possibilidade jurídica do pedido como a exigência do pedido estar amparado, em abstrato, pela ordem jurídica, e a segunda como inexistência de expressa vedação legal no ordenamento.

63.4.2. **BOTELHO DE MESQUITA**, em suas aulas de graduação na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, afastou-se da doutrina ao expor seu modo de ver a possibilidade jurídica do pedido. Segundo esclarecimento dele, a possibilidade jurídica do pedido deve ser analisada isolando-se o “petitum”, isto é, o observador deve abstrair a “causa petendi” e indagar se o “petitum” é possível à luz do ordenamento jurídico. Se o pensamento do observador seguir esta ordem, o exemplo da cobrança de dívida de jogo ou aposta deixa de ser impossibilidade jurídica do pedido, pois ao isolarmos o pedido, abstraindo a causa de pedir (motivo pelo qual é requerida a cobrança), o pedido é perfeitamente possível: condenatório de quantia líquida e certa. Por este método, o clássico exemplo do pedido de divórcio – antes da emenda constitucional n.º 09 de 28 de julho de 1977 – resiste como impossibilidade jurídica do pedido, pois ao isolarmos o pedido com a abstração da causa de pedir (motivo pelo qual é requerido o divórcio), o pedido é impossível naquele tempo: dissolução de vínculo matrimonial. Outro exemplo interessante é de autor de execução, na vigência do Código de 1939, pleitear declaração de insolvência do devedor tal qual está disciplinada no Código de 1973.⁸⁸ Ao isolarmos o pedido, abstraindo a causa de pedir (motivo pelo qual é requerida a declaração de insolvência), o pedido de declaração de insolvência, juridicamente, é totalmente impossível, pois sob o Código de 1939 o concurso de credores era incidente de execução

⁸⁶ V. seu valioso artigo: Em torno das condições da ação – a possibilidade jurídica do pedido. *Revista de Direito Processual Civil*, vol. 4, 1964, p. 57 a 66.

⁸⁷ CPC, 267, VI.

⁸⁸ Exemplo de BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio. Da Ação Civil.... In: *Teses, Estudos...*, V. 1, § 13, p. 104, nota “8”.

individual, não existindo ele como ação principal e autônoma.⁸⁹ Vejamos outro exemplo retirado dos estudos de VICENTE GRECO:

“Cabe observar que a rejeição da ação por falta de possibilidade jurídica deve limitar-se às hipóteses claramente vedadas, não sendo o caso de se impedir a ação quando o fundamento for injurídico, pois, se o direito não protege determinado interesse, isto significa que a ação deve ser julgada *improcedente* e não o autor carecedor da ação. Assim, por exemplo, se alguém pede o despejo, em contrato de locação residencial, por motivo não elencado na Lei de Inquilinato e isto for, afinal, verificado, o juiz deverá julgar a ação improcedente e não o autor carecedor da ação. Isto porque o pedido era juridicamente possível (despejo) mas seu fundamento não está amparado em lei”.⁹⁰

Embora a idéia de possibilidade jurídica do pedido de VICENTE GRECO não coincida exatamente com o método ensinado por BOTELHO DE MESQUITA, seu exemplo é de grande valia à compreensão da condição de ação que estudamos. Ao isolarmos o pedido deste último exemplo abstraindo a causa de pedir (o motivo pelo qual é requerido o despejo), notamos que o pedido é juridicamente possível: desconstituição do vínculo locatício. Com efeito, VICENTE GRECO está correto ao afirmar que é caso de improcedência. Para fins de raciocínio podemos ir mais longe neste exemplo, preenchendo o dado genérico “motivo não elencado na Lei do Inquilinato”, supondo que o despejo seja requerido com fundamento na admoestação do horóscopo do locador. À luz do Direito brasileiro, por mais absurdo que seja requerer despejo em função do vaticínio dos astros, o caso é rigorosamente de improcedência da ação, pois ao isolarmos o pedido, juridicamente ele é absolutamente possível: desconstituição do vínculo locatício.

Nosso exemplo adrede absurdo é uma demonstração de que a possibilidade jurídica do pedido nada tem a ver, como postula parte da doutrina, com uma “triagem de demandas evidentemente descabidas”, ou “totalmente absurdas”, ou “desprovidas de um mínimo de consistência e credibilidade”. A tal ação de despejo fundada na razão dos astros é tudo isso e talvez mais, porém, é inapelavelmente caso de improcedência.

---

⁸⁹ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas...*, 3.º Volume, 1999, item “980”, p. 420 a 422.

⁹⁰ GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual...*, 1.º Volume, item “14.3”, p. 86.

A nosso ver, o erro da doutrina processual para explicar a possibilidade jurídica do pedido, no fundo, advém do modo equivocado de como tem sido focalizado o problema. Corretamente a doutrina processual tem partido do histórico de LIEBMAN ter substituído a primeira condição da ação de CHIOVENDA⁹¹ pela possibilidade jurídica do pedido, para conseguir atender à sua teoria de ação.⁹² Porém, mesmo sabendo disso, incorretamente ela continua a considerar a “causa petendi” na aferição da possibilidade jurídica do pedido, o que inevitavelmente cai na condição “chiovendiana”: seja de forma dissimulada, como inexistência de vedação legal no ordenamento, ou de forma direta como julgamento de mérito. Com todo o respeito, a primeira posição é totalmente equivocada, pois como bem demonstrou CALMON DE PASSOS aí há julgamento de mérito. Porém, como dito, a explicação de Mestre CALMON também não satisfaz o texto do Código Processual Civil.

BOTELHO DE MESQUITA só conseguiu sair do encalacramento da doutrina processual por ter mirado seus olhos exclusivamente no *pedido*. Não se mostra útil, portanto, aferir a possibilidade jurídica do pedido valendo-se da causa de pedir.⁹³

Por isso, *data venia*, compreendemos que a melhor definição da condição de ação “possibilidade jurídica do pedido” parece ser, na verdade, sua própria denominação interpretada literalmente. Ou seja, o conteúdo desta condição de ação não deve envolver a

---

⁹¹ “(...) 1) la esistenza di una volontà di legge che garantisca ad alcuno un bene obbligando il convenuto ad una prestazione; (...)” (CHIOVENDA, Giuseppe. *Istituzioni di Diritto Processuale...*, Volume I, § 3, item “19”, p. 56).

⁹² BARBI, Celso Agrícola. *Ação Declaratória Principal e Incidente...*, p. 74: “Liebman, em sua teoria sobre a natureza da ação, considera como *condições de ação*, isto é, da decisão sobre o mérito, a *possibilidade jurídica do pedido*, o *interesse de agir* e a *legitimação*. Substituiu, assim, o primeiro elemento da classificação de Chiovenda, para atender às exigências de seu sistema”; GUIMARÃES, Luiz Machado. Carência de ação. In: *Estudos de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Jurídica e Universitária, 1969, p. 101 e 102: “Os que, como Chiovenda, conceituam a ação como um direito *concreto* – o direito de quem tem razão – incluem entre as condições da ação a existência em hipótese do direito subjetivo pleiteado. Mas, os que afirmam a abstração do direito de ação devem, para serem lógicos, substituir aquele requisito por outro, que seja menos substancial, que possa existir, quer venha a ação a ser julgada procedente, quer não. Este outro requisito é o da *possibilidade jurídica*, que se define como a possibilidade para o juiz, na ordem a qual pertence, de pronunciar a espécie de decisão pedida pelo autor”.

⁹³ Neste sentido, concordando com o exemplo sobre dívida de jogo, a certa altura a Professora Ada Pellegrini Grinover afirma em seu estudo: “(...) Mas discordamos da doutrina quanto à negativa pelo Estado, em virtude de peculiaridades da *causa petendi* (como é o caso da dívida de jogo). Aqui, a matéria é de mérito e não diz respeito ao exercício da ação” (GRINOVER, Ada Pellegrini. *As Condições da Ação Penal...*, p. 48 e 49).

causa de pedir, mas somente uma análise do pedido. O mais curioso é que se observarmos a antiga proposição de **LIEBMAN** pelo prisma conceitual de **BOTELHO DE MESQUITA**, ela se torna praticamente impecável, pois **LIEBMAN** fala em “possibilidade para o juiz, na ordem jurídica à qual pertence, de pronunciar *a espécie de decisão pedida pelo autor*”,⁹⁴ e não “de pronunciar *procedência em tese do pedido do autor*”. Portanto, no sentido em que explicamos, a possibilidade jurídica do pedido pode ser entendida como “a existência, na lei processual, da espécie de atividade jurisdicional pretendida pelo autor”.⁹⁵

HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, apoiado em **ALLORIO**, verificou o equívoco da impossibilidade jurídica do pedido constituir-se na ausência de amparo no direito material positivo, e ensaiou uma construção teórica que a certa altura de seu desenvolvimento passou perto da idéia de **BOTELHO DE MESQUITA**. Ele sugeriu a restrição da possibilidade jurídica do pedido ao seu aspecto processual, afirmando que ela deve ser localizada no pedido imediato. Isso evidentemente levaria o eminente Professor a concluir que é juridicamente possível o exemplo tradicional da dívida de jogo. Todavia, ele concluiu pela impossibilidade jurídica do pedido. É que embora ele afirme que a possibilidade jurídica está localizada no *pedido imediato*, ele explica em seguida que tal localização define-se por haver, ou não, permissão do direito positivo a que se instaure relação processual em torno de pretensão do autor.⁹⁶ Considera, portanto, o exame da “causa petendi”.

Como quer que seja, a *primeira vantagem* do ponto-de-vista de **BOTELHO DE MESQUITA** é escapar completamente da pertinente crítica de **MONIZ DE ARAGÃO**.

A *segunda vantagem* é apartar com a devida precisão o *mérito* da condição de admissibilidade de ação *possibilidade jurídica do pedido*. Desta forma, ele acolhe a lúcida crítica de **CALMON DE PASSOS** dirigida aos “liebmanianos”, porém, sem prejudicar a inteligibilidade dos inequívocos termos do artigo 267, VI do Código Processual Civil.

A *terceira vantagem* é que o método proposto pelo Professor **MESQUITA** é muito simples, sendo de fácil manejo no foro. Esta simplicidade, todavia, não prejudica a precisão conceitual que é necessária para conter as arbitrariedades estatais.

⁹⁴ Grifado.

⁹⁵ **BOTELHO DE MESQUITA**, José Ignácio. Da Ação Civil.... In: *Teses, Estudos...*, V. 1, § 13, p. 104.

Expomos, criticamente, a discussão que gira em torno da *possibilidade jurídica do pedido*. O que nosso estudo deve julgar neste momento é se esta discussão, desenvolvida no plano da jurisdição contenciosa, é compatível com a ação voluntária de atribuição.

63.4.3. No caso da ação atributiva, se abstrairmos a causa de pedir (motivo pelo qual é requerida a solução do conflito), veremos que o pedido inicial é para declarar a qual órgão estatal é atribuída a prática de determinado ato. Ora, há tempos doutrina e jurisprudência do Brasil aceitam que o objeto da ação declaratória não se limita a uma relação jurídica, ou à verificação da autenticidade ou de falsidade de documento;⁹⁷ isso sem contar que antes mesmo da ação direta genérica de 1965 já existia a ação de atribuição. Logo, é inegável a existência de providência jurisdicional voltada à solução de conflito de atribuição, sendo juridicamente possível o pedido declaratório para solucionar dúvida quanto à repartição constitucional de atribuições.

Desse raciocínio surge uma *quarta vantagem* do modo pelo qual BOTELHO DE MESQUITA enxerga a possibilidade jurídica do pedido: ele não se limitou a somente eliminar sua grave nebulosidade no âmbito da ação contenciosa, mas tornou-a inteligível e útil também no âmbito da ação voluntária.⁹⁸

63.5. Cuidando de outra condição de ação, tradicionalmente a doutrina coloca a coisa julgada como *pressuposto processual negativo* para validade do processo. A nosso ver a existência de coisa julgada não impede a validade da relação jurídica

---

⁹⁶ JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Curso de Direito...*, item “53”, p. 53 e 54.

⁹⁷ Cf. BUZAID, Alfredo. *Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade...*; BARBI, Celso Agrícola. *Ação Declaratória Principal e Incidente...*, parte quarta.

⁹⁸ São de difícil compatibilização com a jurisdição voluntária as concepções de possibilidade jurídica como exigência do pedido estar amparado, em abstrato, pela ordem jurídica, ou como inexistência de expressa vedação legal no sistema. Para quem julga que não há mérito no campo da jurisdição voluntária, a possibilidade jurídica do pedido passa a ser absolutamente inexplicável ou inútil se entendida como julgamento de mérito. Para nós, que entendemos haver julgamento de mérito na jurisdição voluntária, a concepção da possibilidade jurídica do pedido como mérito gera o mesmo problema que acontece na jurisdição contenciosa: confunde-se condição de ação com o mérito.

processual, constituindo, na verdade, excludente da obrigação estatal de exercer atividade jurisdicional a favor do autor.⁹⁹

Seja como for, de uma forma ou de outra é necessário justificar cientificamente o porquê de falar-se em coisa julgada no âmbito da jurisdição voluntária, uma vez que no Brasil tem prevalecido a idéia de que não há produção de coisa julgada material no âmbito dela, e como conseqüente a decisão voluntária transitada em julgado não estaria sujeita à ação rescisória.¹⁰⁰

Esta justificativa acompanhada de detalhamento mais técnico é mais apropriada ao capítulo seguinte.¹⁰¹ Aqui, limitamo-nos a dizer que haveria pouca utilidade na existência de uma ação direta que não fosse capaz de produzir coisa julgada material – a maior prova são as ações diretas pós-1988. Tal incapacidade privar-nos-ia da indiscutibilidade da conclusão da decisão judicial,¹⁰² e “a fortiori” de qualquer discussão ou tentativa de ampliação do rendimento do processo alterando os limites subjetivos da coisa julgada. Ficariamos também privados da imutabilidade, que na jurisdição voluntária em regra só pode ser superada no caso de ocorrerem circunstâncias supervenientes que justifiquem a modificação da decisão.¹⁰³

A ausência de coisa julgada material não faz sentido, inclusive, em vista do sistema republicano do qual decorre o princípio da igualdade de todos perante a lei.¹⁰⁴ De que valeria decisão, na via principal, sobre repartição de atribuições constitucionais, se os

---

⁹⁹ É a lição de BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio. Da Ação Civil.... In: *Teses, Estudos...*, V. I, § 13, p. 104.

A Professora Ada Pellegrini também não vê a coisa julgada como pressuposto processual negativo: “Mas, em nosso entender”, diz ela, “estes outros requisitos não podem ubicar-se entre os pressupostos processuais, por respeitarem ou ao teor da pronúncia do mérito, ou ao exercício do direito de ação. Assim, a coisa julgada, a perempção e a litispendência são atinentes ao direito de ação (...)” (GRINOVER, Ada Pellegrini. *As Condições da Ação Penal...*, p. 23 e 24).

¹⁰⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 11.^a edição. Vol. V, art. 476 a 565. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 110 e 111, e nota 24; MARQUES, José Frederico. *Ensaio...*, § 29, p. 312, apoiado em Jorge Americano e Bueno Vidigal.

¹⁰¹ Cf. item n. 71.12.

¹⁰² CPC, art. 467.

¹⁰³ CPC, art. 1.111; cf. nosso subitem n. 71.12.

¹⁰⁴ ATALIBA, Geraldo. *República...*, capítulo VI (Igualdade e República), p. 158.

órgãos inferiores pudessem divergir livremente ao apreciarem questão incidental de idêntico teor à questão principal decidida? A ação de atribuição seria anti-republicana e antieconômica, devido ao efeito prático da repartição estatal de atribuições diferir entre os cidadãos, a depender do entendimento de cada julgador.

Não podemos menosprezar o fato de que a segurança jurídica, como esclarece **BANDEIRA DE MELLO**, é “da essência do próprio Direito, notadamente de um Estado Democrático de Direito, de tal sorte que faz parte do sistema constitucional como um todo. (...) Esta ‘segurança jurídica’ coincide com uma das mais profundas aspirações do Homem: a da segurança em si mesma, a da certeza possível em relação ao que o cerca, sendo esta uma busca permanente do ser humano”.¹⁰⁵

63.6. Saindo da “inexistência de coisa julgada” e indo a outra condição de admissibilidade da ação, conforme esclarece **ARRUDA ALVIM** “o termo litispendência é usado fundamentalmente em dois sentidos, o primeiro mais amplo do que o segundo, a saber: 1.º) entende-se, no sentido amplo, litispendência como sendo *processo, em ato, produzindo todos os efeitos*; 2.º) no sentido mais restrito, entende-se por *litispendência, meramente, um dos efeitos produzidos pelo processo*, no sentido de um primeiro processo *inibir um segundo cuja lide seja idêntica*, levando o segundo à sua extinção, sem julgamento de mérito (...)”.¹⁰⁶ São os sentidos positivo e negativo, respectivamente.¹⁰⁷

Quando estabelecemos que outra condição de admissibilidade da ação de atribuição é a “inexistência de litispendência” estamos fazendo referência ao segundo sentido (o negativo).¹⁰⁸

¹⁰⁵ **BANDEIRA DE MELLO**, Celso Antônio. *Curso...*, Parte I, Capítulo II, p. 112 e 113.

¹⁰⁶ **ARRUDA ALVIM**, José Manoel de. *Manual...*, V. 1, item “106”, p. 362, grifado no original.

¹⁰⁷ **MONIZ DE ARAGÃO**, Egas D. *Comentários...*, comentário ao art. 267, item “516”, p. 429.

¹⁰⁸ Entendem a litispendência como condição de ação: **BOTELHO DE MESQUITA**, José Ignácio. *Da Ação Civil...* In: *Teses, Estudos...*, V. 1, § 13, p. 104; **GRINOVER**, Ada Pellegrini. *As Condições da Ação Penal...*, p. 23 e 24.

Nossa proposta não é estudar a litispendência na jurisdição voluntária, mas é preciso algumas reflexões para estabelecermos pelo menos uma linha de raciocínio que explique a presente condição de ação na ação atributiva.

Referindo-se ao sentido negativo de litispendência, o Código de Processo Civil prescreve que ela se verifica “quando se reproduz ação anteriormente ajuizada”.¹⁰⁹ Se ocorrer a litispendência, a lei processual brasileira prevê a extinção do segundo processo sem julgamento de mérito;¹¹⁰ extinção que se justifica por economia processual e para evitar conflito entre decisões transitadas em julgado.¹¹¹

Nas ações diretas da Lei n.º 9.868 de 10 de novembro de 1999, nosso Supremo Tribunal Federal aplica a regra da tríplice identidade para concluir a respeito da ocorrência litispendência, conforme se depreende da Reclamação n.º 1.782.¹¹² Nela o Supremo deixou de extingui-la sem julgamento de mérito por não reconhecer a plena identidade entre ela e as ações diretas de inconstitucionalidade n.º 2235 e 2330, além de não reconhecer litispendência entre essas duas.¹¹³

A nosso ver é plenamente correto o posicionamento do Supremo Tribunal Federal em usar a litispendência, em seu sentido negativo, na jurisdição constitucional – que, como vimos, nada mais é do que *jurisdição voluntária* voltada à tutela da hegemonia da Constituição. É que segundo a lição lapidar de CHIOVENDA, o problema da identificação

¹⁰⁹ CPC, art. 301, parágrafo 1.º.

¹¹⁰ CPC, art. 267, V.

¹¹¹ COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos do Direito Processual...*, item “35”, p. 80.

¹¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **Reclamação n.º 1.782-6 – Amapá**. Reclamante: Governador do Estado do Amapá. Reclamado: Assembleia Legislativa do Estado do Amapá. Relatora: Ellen Gracie. Julgamento em 21 de fevereiro de 2001. DJ de 28 de novembro de 2003. Disponível em: <[http://gemini.stf.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d=SJUR&n=-jul&s1=\(1782.NUME.+OU+1782.ACMS.\)&l=20&u=http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/Jurisp.asp&Sect1=IMAGE&Sect2=THESOFF&Sect3=PLURON&Sect6=SJURN&p=1&r=3&f=G](http://gemini.stf.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d=SJUR&n=-jul&s1=(1782.NUME.+OU+1782.ACMS.)&l=20&u=http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/Jurisp.asp&Sect1=IMAGE&Sect2=THESOFF&Sect3=PLURON&Sect6=SJURN&p=1&r=3&f=G)>. Acesso em 20 de outubro de 2005.

¹¹³ Proferiu em seu voto a Ministra Relatora: “Afasto a alegação de litispendência em relação à ADIn n. 2.330-AP, Rel. Min. Nelson Jobim, pois o objeto da declaração de inconstitucionalidade naquele feito é a legislação superveniente aos dispositivos que tiveram sua eficácia suspensa pela decisão na ADIn n. 2.235-AP”. Ou seja, a Ministra Relatora reconheceu que os dispositivos impugnados nas ações diretas eram distintos, logo, os fatos constitutivos de ambas não se confundem.

das ações “diz respeito às ações em exercício; e uma vez que a ação se exercita com a demanda, identificação da ação significa *identificação das demandas*”.¹¹⁴

Por essa razão, aliás, não podemos compactuar com LUDMILA LAVOCAT CARVALHO, pois ela afirma que “nos processos ditos especiais [ela faz referência aos processos das ações diretas], sendo aberta a causa de pedir, ainda que os fundamentos invocados pelos requerentes das ações sejam diversos, há litispendência se as partes e o pedido forem iguais”.¹¹⁵ Quer dizer, na opinião dela se duas ações – com mesmas partes e pedidos – atacam a mesma lei A , mas uma invocando o fundamento α e a outra o fundamento β , haveria litispendência.

Com todo o respeito, pensamos que aí não há litispendência pelo simples fato da ampla contingência do resultado final da demanda devido à “causa de pedir aberta”.¹¹⁶ Em nosso entender o que a doutrina constitucionalista chama de “causa de pedir aberta” não afasta a rigorosa aplicação do art. 301, parágrafo 1.º do Código Processual Civil. Basta que observemos com rigor a lição de CHIOVENDA. E o Supremo Tribunal Federal parece ter compreendido bem sua lição, pois já decidiu que a petição inicial de uma ação direta, para ser apta, deve expor com precisão o fato constitutivo da causa de pedir.¹¹⁷ Ou seja, a ampla

¹¹⁴ CHIOVENDA, Giuseppe. *Istituzioni di Diritto Processuale...*, Volume I, § 14, item “108”, p. 305, tradução livre, itálico no original.

¹¹⁵ CARVALHO, Ludmila Lavocat Galvão Vieira de. *A Causa Petendi Aberta na Ação Direta de Inconstitucionalidade e na Ação Declaratória de Constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal*. Dissertação de mestrado defendida na Universidade de São Paulo. São Paulo: [s. n.], 2002, item “3.6”, p. 31.

¹¹⁶ Sobre o que a unanimidade da doutrina e a jurisprudência do Supremo entende por causa de pedir “aberta”, confira nossas fontes do item n. 43, e também: CARVALHO, Ludmila Lavocat Galvão Vieira de. *A Causa Petendi Aberta na Ação Direta...*, item “3.1”, p. 89: “A *causa petendi* aberta na ação direta de inconstitucionalidade e na ação declaratória de constitucionalidade consiste na possibilidade de o Supremo Tribunal Federal apreciar e julgar a apontada inconstitucionalidade ou constitucionalidade de lei ou ato normativo diante de todos os dispositivos insertos na Constituição Federal. Não fica, destarte, a Suprema Corte vinculada aos fundamentos invocados pelo requerente na petição inicial (...). Sua cognição é livre e ampla, abrangendo todo o texto constitucional”. Concordamos plenamente com a abertura da causa de pedir – que decorre do critério de julgamento de conveniência e oportunidade – porém, não nos termos expendidos pela unanimidade da doutrina e da jurisprudência do Supremo, conforme explicamos no subitem 63.3.3.

¹¹⁷ Conforme nossa explicação do subitem 63.3.3, a unanimidade da doutrina constitucional e a jurisprudência do Supremo confundem “fundamento jurídico” com as normas constitucionais apontadas como violadas. Como quer que seja, eis o teor da ementa: “Ação direta de inconstitucionalidade. Inépcia da inicial. - É necessário, em ação direta de inconstitucionalidade, que venham expostos os fundamentos

contingência do resultado final da ação – devido à “causa de pedir aberta”, que equivale à possibilidade de julgamento discricionário – não impede a identificação das ações diretas quando estiverem sendo exercidas. Nesta linha, é totalmente possível a aplicação do art. 301, parágrafo primeiro do Código de Processo Civil às ações diretas da Lei n.º 9.868/1999, e como conseqüente do art. 267, V do mesmo diploma.

É bem verdade, entretanto, que necessariamente a litispendência não precisa ser eliminada com a simples extinção do segundo processo. Em seu “ensaio” que mais se aproxima de um “tratado”, ARRUDA ALVIM expõe sobre outros meios de eliminação de litispendência além da simples extinção do segundo processo, e um deles que nos importa é a *fusão*. Na fusão a atividade do segundo processo seria aproveitada até o momento em que fosse reconhecida a litispendência. ARRUDA ALVIM, fundando-se no processo penal italiano, afirma que a fusão é recomendável como método de eliminação de litispendência quando viger em matéria probatória o princípio inquisitório.¹¹⁸

Em virtude desta última afirmação do eminente Professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, refletimos sobre a possibilidade de uso da fusão na jurisdição voluntária como método de eliminação de litispendência.

Sendo a jurisdição voluntária praticamente virgem quando estudada como poder jurisdicional, não há opiniões a este respeito. Em nosso entender, tendo em vista que vigora o princípio da legalidade em relação ao procedimento voluntário – diferentemente do mérito voluntário –, em primeiro lugar a fusão dependeria de lei expressa que permitisse esta forma de eliminação de litispendência. Sem lei nesse sentido, persiste o

---

jurídicos do pedido com relação as normas impugnadas, não sendo de admitir-se alegação genérica de inconstitucionalidade sem qualquer demonstração razoável, nem ataque a quase duas dezenas de medidas provisórias em sua totalidade com alegações por amostragem. Ação direta de inconstitucionalidade que não se conhece” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. ADI n.º 259 – DF. Requerente: Partido dos Trabalhadores. Requerido: Presidente da República. Relator: Moreira Alves. Julgamento em 11 de março de 1991. DJ de 19 de fevereiro de 2003. Disponível em: <[http://gemini.stf.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d=SJUR&n=-jul&s1=\(259.NUME.+OU+259.ACMS.\)&l=20&u=http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/Jurisp.asp&Sect1=IMAGE&Sect2=THESOFF&Sect3=PLURON&Sect6=SJURN&p=1&r=4&f=G](http://gemini.stf.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d=SJUR&n=-jul&s1=(259.NUME.+OU+259.ACMS.)&l=20&u=http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/Jurisp.asp&Sect1=IMAGE&Sect2=THESOFF&Sect3=PLURON&Sect6=SJURN&p=1&r=4&f=G)>. Acesso em 20 de outubro de 2005).

¹¹⁸ ARRUDA ALVIM, José Manoel de. *Ensaio sobre a litispendência no Direito Processual Civil*. Vol. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, parte quinta, p. 16 a 19.

método vigente de eliminação de litispendência: o da simples extinção do segundo processo.

De qualquer forma, não nos parece nem um pouco convincente que “de iure condendo” a fusão trouxesse algum benefício ao Direito Processual Civil brasileiro, mesmo no campo probatório da jurisdição voluntária. Não é crível que freqüentemente o primeiro processo fique atrás de um segundo processo em sua marcha, e ainda mais a ponto do segundo produzir provas úteis ao primeiro – sobretudo se ambos estiverem no mesmo juízo. A raridade desse fenômeno – desconsiderando a raridade da própria litispendência – não justifica qualquer alteração legislativa que adote a fusão como eliminação de litispendência no campo voluntário. Mas, o que tornaria ainda mais detestável essa reforma legislativa além de sua inutilidade, é a enorme brecha que abriria à chicana processual, pois certamente haveria quem tentasse driblar a preclusão ocorrida no primeiro processo pelo segundo. Aliás, é o próprio Professor ARRUDA ALVIM quem diz que “o problema da duplicidade de litispendência, sobre causa idêntica, dificilmente está longe da deslealdade processual”.¹¹⁹

Portanto, de tudo que expusemos entendemos que “de lege lata” a litispendência, no sentido negativo, é totalmente aplicável ao campo da jurisdição voluntária, e na sua ocorrência a lei processual determina a extinção do segundo processo sem julgamento de mérito. Em vista disso, faz-se mister a condição de ação “inexistência de litispendência” à ação atributiva.

64. Encerrado o estudo das condições de admissibilidade da ação, é preciso estudarmos seus elementos identificadores. É que a identificação da ação é indispensável à aplicação prática dos impedimentos de coisa julgada e litispendência, sem falar de outras aplicações no curso do processo, tais como: conexão de causas, continência, estabilização da demanda, etc.

---

¹¹⁹ Ibidem, parte quinta, p. 19.

Como se sabe, para que se identifique a ação é necessário investigar minuciosamente seus elementos essenciais.¹²⁰ Reza nossa lei processual que “uma ação é idêntica à outra quando tem as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido”.¹²¹ São esses três elementos – o elemento subjetivo (interessados) e os objetivos (pedido e causa de pedir) – que serão estudados neste ponto.

64.1. Tendo em vista que a identificação da ação diz respeito à ação em exercício,¹²² para fins de identificação da ação os interessados são todos os que integram a relação jurídica processual da ação de atribuição.

64.2. Quanto ao pedido, a doutrina processual costuma dividi-lo em dois planos: *imediato e mediato*.¹²³

64.2.1. O imediato, sem dúvida, é uma providência jurisdicional de natureza *declaratória*. Somente a certeza oficial do Estado pode colocar um fim no conflito de atribuição.

É verdade que a providência jurisdicional declaratória pretendida na ação de atribuição não tem o efeito ablativo de excluir a hipótese de *efeitos secundários* serem agregados à decisão final.¹²⁴ De qualquer forma, para fins de identificação da ação de atribuição é o efeito primário ou principal que é relevante, ainda que seja útil conhecer o efeito secundário em virtude dele fazer cessar o interesse processual nas ações que tenham como questão principal a invalidação do ato ou omissão inconstitucional.

¹²⁰ ARRUDA ALVIM, José Manoel de. *Ensaio sobre a litispendência...*, parte sexta, p. 65.

¹²¹ CPC, art. 301, parágrafo 2.º.

¹²² Cf. lição de Chiovenda no item n. 63.6.

¹²³ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O novo processo civil*. 22.ª edição, 5.ª tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 2002, § 1.º, p. 10; CALMON DE PASSOS, J. J. *Comentários...*, comentário ao art. 286, item “25”, p. 202; CHIOVENDA, Giuseppe. *Istituzioni di Diritto Processuale...*, Volume I, § 1, item “9”, p. 27; GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual...*, 1.º Volume, item “15”, p. 90; LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di Diritto Processuale Civile – Principi...*, item “87” (Identificazioni delle azioni), p. 179.

¹²⁴ Cf. item n. 73.2.

64.2.2. O objeto mediato é explicado pela doutrina como o bem jurídico que o autor pretende obter mediante intervenção judicial. Esse ponto-de-vista não nos parece tão compatível com a jurisdição voluntária, já que a ação voluntária não visa proteger o interesse de um dos sujeitos do processo, mas o interesse objetivo que foi confiado pelo Parlamento ao Judiciário.

É preciso considerar as conseqüências absurdas a que podemos chegar se tomarmos o objeto mediato como aquilo que ele, o demandante, visa obter na ação de atribuição. Distorção enorme que obteremos é colocar a invalidação de ato inconstitucional no lugar da questão principal da ação de atribuição. É o caso de conflito de atribuição no qual um dos conflitantes produz vários atos de legitimidade duvidosa. Determinado cidadão pode suscitar esse conflito de atribuição visando que seja solucionado em sentido que produza efeito secundário¹²⁵ apto a invalidar pelo menos um dos atos que atinge especificamente sua esfera jurídica. Julgado no sentido que não desejava, a solução do conflito não implica a invalidação dos atos hostilizados. Se é verdade que ao variar qualquer dos objetos da ação – imediato e mediato – não se trata da mesma ação,¹²⁶ nada impediria que o mesmo cidadão suscitasse o mesmo conflito afirmando visar invalidar um outro ato, mas, astutamente, considerando a generalidade do efeito secundário de invalidação dos atos ilegítimos, na verdade teria como intenção atingir o ato que lhe acoima.

Este exemplo mostra com clareza que o objeto mediato da ação de atribuição não pode ser o que ele, o demandante, pretende obter com a solução do conflito, pois este modo de ver a questão obrigar-nos-ia a admitir que a questão principal não é tutelar a repartição constitucional de atribuições, mas sim o interesse próprio do demandante – caminharíamos da jurisdição voluntária para a contenciosa.

---

¹²⁵ Idem.

¹²⁶ CALMON DE PASSOS, J. J. *Comentários...*, comentário ao art. 301, item “44.5”, p. 296; CHIOVENDA, Giuseppe. *Istituzioni di Diritto Processuale...*, Volume I, § 14, item “110”, p. 308 e 309; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada. Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral...*, item “160”, p. 263.

Tal exemplo também nos levaria a resultados mais absurdos se nos enveredássemos a prestar atenção naquilo que o conflitante – o órgão estatal – quer obter com a intervenção judicial, a começar pela deturpação da própria atuação estatal que necessariamente está presa a fins públicos – seja o poder vinculado ou discricionário –, não sendo legítimos os desejos de quem encarna o órgão estatal que não coincidam com esses fins públicos.

Portanto, ainda que nossas reflexões mereçam melhor análise dos doutos, entendemos que *o objeto mediato nas ações voluntárias deve corresponder ao interesse objetivo a ser tutelado*, sob pena de pensarmos a ação voluntária como se fosse contenciosa. Nesta linha, o objeto mediato da ação de atribuição deve ser a conservação do sistema de freios e contrapesos, ou da “separação dos Poderes”.

Não havendo mais o que dizer sobre o pedido, passaremos a cuidar da *causa petendi*.

64.3. Julgamos procedente a admoestação de CHIOVENDA, ao afirmar que a causa de pedir é o elemento mais delicado a ser examinado.¹²⁷ É que neste elemento reside uma das maiores controvérsias do Direito Processual Civil, além dele ser essencial à boa compreensão do pedido, à análise da jurisdição (a chamada “competência” internacional), da competência, das condições de ação, etc.

Como nosso propósito não é estudar a causa de pedir em si, nem especialmente a famosa controvérsia entre as teorias da substanciação e da individualização,¹²⁸ mas tentar indicar o conteúdo da causa de pedir na ação de atribuição, é prudente que nossa reflexão parta (1) considerando o disposto no art. 282, III do Código Processual Civil, (2) considerando a definição de conflito de atribuição a que chegamos, e (3) também considerando as condições de admissibilidade da ação de atribuição.

¹²⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. *Istituzioni di Diritto Processuale...*, Volume I, § 14, item “111”, p. 309.

¹²⁸ A respeito da controvérsia, cf.: BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio. A “causa petendi” nas ações reivindicatórias. In: *Teses, Estudos...*, V. 1, p. 138 a 155; CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A causa petendi no processo civil*. 2.^a edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001 (Coleção estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman, V. 27), itens “3.9” e “3.10”.

O inciso III do art. 282 do Código de Processo Civil aponta a necessidade de que esteja contida na petição inicial a exposição dos fatos (causa de pedir *remota*) e fundamentos jurídicos (causa de pedir *próxima*). Daí o motivo pelo qual podemos dizer, muito sucintamente, que a *causa petendi* constitui-se do fato ou do conjunto de fatos a que o autor atribui a produção do efeito jurídico por ele visado.¹²⁹

64.3.1. Neste momento trataremos da causa de pedir *remota*. Definimos conflito de atribuição como *controvérsia envolvendo centros autônomos de poder a respeito da existência de determinada potestade, que seja relevante ao sistema de freios e contrapesos*.¹³⁰ Chegamos a este resultado pelas seguintes idéias: (1) fala-se em controvérsia porque a dúvida não é lide; (2) a controvérsia deve ser relevante para o sistema de freios e contrapesos — daí é possível excluir, por exemplo, o conflito de competência; (3) envolve centros autônomos de poder, *i.e.*, envolve centros de poder que não possuem superior hierárquico comum (autônomos entre si), não importando se estão constituídos por força de ato solene ou pelo costume; (4) não importa, igualmente, que os conflitantes estejam na base da estrutura estatal, pois em nossa história constitucional o Supremo Tribunal jamais exigiu que os órgãos fossem “supremos”, *i.e.*, que estivessem no topo da estrutura estatal; (5) em questão prejudicial o órgão jurisdicional poderá complementar a constituição de um conflitante para fins de conflito de atribuição, se o caso exigir esta medida especial; (6) é acidente nos conflitos de atribuição a existência de afirmações recíprocas positivas ou negativas, sendo próprio dos conflitos que a dúvida surja motivada pela ação ou omissão inconstitucional de um dos centros autônomos de força do Estado brasileiro, e eis a razão de bastar o órgão jurisdicional perscrutar se existe potestade investida em quem se propõe a cometer um ato ou a omitir-se.

64.3.1.1. Nessa linha, dois aspectos devem existir obrigatoriamente na causa de pedir remota da ação de atribuição: (1) o histórico do conflito ressaltando o ato ou a omissão que ensejou a dúvida de atribuição, sem que obrigatoriamente haja descrição de afirmação ou negação recíproca de atribuição; (2) a

¹²⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O novo processo...*, § 1.º, p. 15.

¹³⁰ Cf. item n. 37.

descrição dos conflitantes na organização estatal com o fim de, primeiro, demonstrar que são constituídos pela ordem jurídica, e segundo, revelar a impossibilidade do caso ser solucionado por superior hierárquico; (3) e eventualmente, a demonstração de que a controvérsia é relevante para o sistema de freios e contrapesos, caso os dois primeiros requisitos não sejam suficientes para evidenciar com clareza a relevância.

Na hipótese dos órgãos conflitantes não estarem formalmente constituídos pela lei, ou a lei não afirmar expressamente a autonomia que inviabilize a resolução do conflito pelo critério da hierarquia, a inicial deve expor as razões pelas quais seria justificável que o órgão julgador, ao resolver esta questão prejudicial, reconhecesse essas qualidades.

Entendemos que não é obrigatório constar da petição inicial quais são as normas de atribuição que incidem no caso concreto, até porque o conflito pode nascer justamente pela falta de norma legal expressa, decorrendo somente da genérica cláusula constitucional de “separação dos Poderes”.

Cremos que este é o mínimo necessário para que haja um fato constitutivo que obrigue a intervenção judicial na solução do conflito de atribuição. No campo contencioso costuma-se chamar a este conjunto de fatos, em geral, de *fato constitutivo* ou *essencial*,¹³¹ e pode ser definido como “pressuposto inafastável da existência do direito submetido à apreciação judicial”,¹³² sendo esta fórmula genérica aplicável à ação declaratória negativa.¹³³

64.3.1.2. Em vista da jurisdição voluntária não tutelar direitos subjetivos, a nosso ver o fato constitutivo possui um significado um pouco diverso: é determinado fato ou conjunto de fatos que obriga a intervenção judicial na tutela de

¹³¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O novo processo...*, § 1.º, p. 14; BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio. A “causa petendi” nas... In: *Teses, Estudos...*, V. 1, passim; CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A causa petendi...*, item “4.4.2”, p. 153.

¹³² É a definição de CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A causa petendi...*, item “4.4.2”, p. 153.

¹³³ Pois, “nas ações de conteúdo negativo (ações declaratórias negativas) a causa de pedir é representada pela afirmação da inexistência tanto da relação jurídica como do fato *que poderia se constituir fundamento da*

interesse objetivo. Para diferenciarmos do campo da ação contenciosa, podemos chamá-lo de *fato constitutivo voluntário*.

64.3.1.3. Na causa de pedir remota deve estar contido, igualmente, o interesse processual.¹³⁴ É possível deduzir o interesse processual dos órgãos estatais conflitantes a partir daqueles dois aspectos, em vista do que expendemos sobre o conteúdo do interesse processual para os órgãos estatais.¹³⁵

64.3.1.4. Na causa de pedir de ação de atribuição proposta por particular o interesse processual igualmente deflui dos dois aspectos referidos, porém, deve ser acrescido a eles o injusto dano que ameaça ou viola sua esfera jurídica.¹³⁶

64.3.2. Depois de vermos o conteúdo da causa de pedir remota, a partir deste ponto passamos a tratar da causa de pedir *próxima*, ou dos *fundamentos jurídicos* mencionados no art. 282, III do Código Processual Civil.

64.3.2.1. Inicialmente é válido registrar que fundamento jurídico não se confunde com fundamento legal.¹³⁷ O primeiro constitui o efeito jurídico

---

ação de conteúdo positivo do adversário" (CALMON DE PASSOS, J. J. **Comentários...**, comentário ao art. 282, item "20.3", p. 193, grifado).

¹³⁴ CHIOVENDA, Giuseppe. **Istituzioni di Diritto Processuale...**, Volume I, § 14, item "111", p. 310; BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio. A "causa petendi" nas ações... In: **Teses, Estudos...**, p. 196; Idem. Conteúdo da causa de pedir. In: **Teses, Estudos...**, V. 1, p. 171; CALMON DE PASSOS, J. J. **Comentários...**, comentário ao art. 282, item "20.3", p. 193; CRUZ E TUCCI, José Rogério. A *causa petendi*..., item "4.7", p. 173 a 175.

¹³⁵ Cf. item n. 63.2.3.

¹³⁶ Cf. item n. 63.2.4.

¹³⁷ ARRUDA ALVIM, José Manoel de. **Manual...**, V. 1, item "139", p. 455; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **O novo processo...**, § 1.º, p. 17; BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio. A "causa petendi" nas ações reivindicatórias. In: **Teses, Estudos...**, V. 1, p. 154; CHIOVENDA, Giuseppe. **Istituzioni di Diritto Processuale...**, Volume I, § 14, item "111", p. 310; CRUZ E TUCCI, José Rogério. A *causa petendi*..., item "4.4.3", p. 155; GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual...**, 1.º Volume, item "15", p. 92; LIEBMAN,

atribuído ao fato, é de indicação indispensável,¹³⁸ e integra a *causa petendi* (ou seja, está sujeita à estabilização da demanda).¹³⁹ O segundo é a simples indicação do artigo de lei aplicável, excepcionalmente é de indicação obrigatória,¹⁴⁰ e não integra a *causa petendi*, podendo ser livremente modificada – embora haja exceção.¹⁴¹

64.3.2.2. Se o fundamento jurídico é a repercussão jurídica atribuída à causa de pedir remota, qual será a repercussão jurídica atribuída à causa de pedir remota da ação de atribuição?

Tomando-se em conta o conteúdo mínimo da causa de pedir remota, é fácil perceber que o demandante *ou* pretende que dada atribuição seja confirmada para si – no caso de ter-lhe sido indevidamente usurpada –, *ou* pretende que dada atribuição seja confirmada a outro órgão que indevidamente se nega a exercê-la. Em síntese, o demandante pretende que o julgador confirme qual é a verdadeira repartição constitucional de atribuições entre os Poderes – quem deve e não deve praticar determinado ato. Sendo assim, a nosso ver, o efeito jurídico que deve ser atribuído ao conteúdo mínimo da causa de pedir remota *é a declaração de inconstitucionalidade da repartição de atribuição que está indevidamente sendo colocada em prática pelos órgãos conflitantes*. Este exato fundamento jurídico atribuído ao fato justifica pedido de declaração da repartição de atribuição que seja constitucional, atribuindo determinada tarefa pública ao demandante – no caso de ter-lhe sido indevidamente usurpada –, ou atribuindo a tarefa pública ao outro órgão que indevidamente se nega a exercê-la.

Enrico Tullio. *Manuale di Diritto Processuale Civile – Principi...*, item “87” (Identificazione delle azioni), p. 177.

¹³⁸ CPC, art. 282, III.

¹³⁹ CPC, art. 264.

¹⁴⁰ CPC, art. 337. Excepcionalmente, pois além de carecer de ordem judicial a maior parte da legislação brasileira é federal.

¹⁴¹ É quando a norma legal, na falta de outros elementos, sirva para individuar o direito particular feito valer pelo autor no processo. “Tal se verifica quando se trate de uma relação obrigacional cuja definição jurídica seja controversa e a indicação técnica da relação controvertida não se limite a uma descrição, mas contenha especificamente aquela afirmação do direito do autor que forma objeto da lide” (BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio. A “causa petendi” nas... In: *Teses, Estudos...*, V. 1, p. 154).

64.3.3. Estudada a causa de pedir da ação de atribuição à luz do art. 282, III do Código de Processo Civil, é possível concluir que a aplicação deste dispositivo é totalmente compatível à ação de atribuição. Porém, devido à natureza desta ação, é justo indagar: o art. 3.º, I da Lei n.º 9.868 de 10 de novembro de 1999, é aplicável à ação de atribuição? Para respondermos a esta indagação é preciso entendermos o conteúdo do referido mandamento.

O art. 3.º, I, da Lei n.º 9.868/1999 manda que a petição inicial da ação direta de inconstitucionalidade indique “o dispositivo da lei ou do ato normativo impugnado e os fundamentos jurídicos do pedido em relação a cada uma das impugnações”. O texto mostra que o fato constitutivo está no dispositivo de lei ou ato normativo impugnado, e portanto exige a indicação tanto do dispositivo de lei ou ato normativo impugnado quanto da norma constitucional que se considera violada. Não se pode confundir – como tem confundido a unanimidade da doutrina constitucional e da jurisprudência do Supremo Tribunal – a norma constitucional tida por violada com o fundamento jurídico da demanda. É preciso ter em mente que o dispositivo de lei ou ato normativo impugnado, sozinho, não é nada. O fato constitutivo *reside na incompatibilidade* entre o que está sendo impugnado e a norma constitucional apontada como violada.

Então, o que seria precisamente o fundamento jurídico deste art. 3.º, I? Os processualistas inequivocamente explicam que fundamento jurídico é a *repercussão jurídica do fato*, e a repercussão jurídica do fato de uma norma inferior contrariar superior de nível constitucional é a *nulidade por inconstitucionalidade*. Eis o fundamento jurídico da ação direta de inconstitucionalidade. A péssima interpretação do texto do artigo 3.º, I, da Lei n.º 9.868/99 tem levado a doutrina constitucional e a jurisprudência do Supremo a unanimemente dizer que o Supremo Tribunal não está vinculado ao fundamento jurídico da petição inicial – daí a locução “causa de pedir aberta” –, pelo simples fato do Tribunal poder declarar a inconstitucionalidade do ato impugnado por hostilizar mandamento constitucional *diverso* do que foi apontado na petição inicial – o fundamento jurídico, aqui, está sendo tomado como a norma constitucional apontada como violada.

Em relação a esta exata afirmação, o que verdadeiramente não vincula o Supremo é o *fato constitutivo*, onde estão contidas as normas constitucionais apontadas pelo legitimado

como violadas pelo dispositivo de lei ou ato normativo impugnado. Porém, a despeito do equívoco quanto ao conteúdo do que seja fundamento jurídico, a doutrina e jurisprudência não estão equivocadas quando dizem que o fundamento jurídico não vincula o Supremo Tribunal. Em vista da jurisdição voluntária não tutelar direitos subjetivos não incide o princípio da correlação entre o pedido e a decisão judicial, e não incidindo tal princípio a causa de pedir torna-se realmente “aberta” – usando a terminologia dos constitucionalistas –, já que o Tribunal pode resolver a questão da forma que seja mais conveniente e oportuna à proteção do interesse objetivo tutelado (a hegemonia da Constituição). É isso que autoriza o venerável Supremo Tribunal a avaliar a constitucionalidade da norma impugnada considerando *todo* o texto constitucional e não somente a norma constitucional apontada como violada na petição inicial; em outras palavras, é isso que o autoriza a considerar no momento do julgamento fato constitutivo diverso do que foi proposto na petição inicial.

Seja como for, o aprofundamento dessa discussão seria inútil ao nosso tema. Essas reflexões superficiais são-nos úteis para demonstrar que o fim específico do art. 3.º, I é de orientar uma exposição inicial somente voltada para demonstrar incompatibilidade abstrata entre leis. Em vista disso, este conteúdo de causa de pedir não satisfaz a necessidade da ação de atribuição.

65. Em relação à condição de procedência da ação, é preciso que saibamos a exata função da ação de atribuição. A esta altura do estudo está mais do que claro que é tutelar o sistema de freios e contrapesos do Estado brasileiro. Tal sistema funda-se na independência dos Poderes e harmonia que deve existir entre eles.¹⁴² Inspirada em MONTESQUIEU, a doutrina constitucional brasileira explica esta harmonia como sendo a necessidade de coordenação entre os Poderes, *i.e.*, embora sejam independentes segundo o texto constitucional, são harmônicos – *coordenados* – entre si.

Podemos aprofundar a correta lição da doutrina constitucional explicando a totalidade do sistema de freios e contrapesos como um sistema de fricção, *i.e.*, a independência dos Poderes e a coordenação que deve existir entre eles forma um sistema

---

¹⁴² Constituição/1988, art. 2.º.

de fricção que garante nossa liberdade. Nossa liberdade só persistirá enquanto o engenhoso sistema de fricção for mantido. Este sistema é exatamente a harmonia expressada por **HERÁCLITO DE ÉFESO**: harmonia de tensões contrárias, como a que emana do arco e da lira.¹⁴³

O foco para a procedência da ação de atribuição deve ser proteger esta harmonia de tensões contrárias de qualquer lesão ou ameaça de lesão.

Portanto, a condição de procedência da ação de atribuição é que o ato (ou omissão) inconstitucional apontado pelo proponente como fonte do conflito de atribuição contribua para o desmantelamento do sistema de freios e contrapesos. Em suma, para que a procedência seja cabível, o ato ou omissão denunciado pelo proponente da ação deve conspirar contra o equilíbrio de forças políticas que deve existir entre os Poderes; deve tornar visível o fato de que a harmonia “heraclitiana” ínsita à repartição constitucional de atribuições será ou está ofendida se determinado órgão persistir atuante ou omissor onde não deva estar.¹⁴⁴

66. Falando em condição de procedência, a nosso ver há algumas precauções necessárias para que o conflito de atribuição seja submetido a um bom julgamento que vise solucioná-lo.

66.1. Um cuidado que se deve ter no julgamento da ação de atribuição é não perder de vista antiga busca do homem em sociedade: o harmonioso equilíbrio que deve existir entre os valores *autoridade* e *liberdade*.¹⁴⁵ É a advertência de **KARL LOEWENSTEIN**, que assim a completa: “The authority of the power holders is indispensable for carrying out the purposes of the state society, on the one hand; the liberty

¹⁴³ Cf.: Fragmento n. 51 de Diels. In: **Os Pré-Socráticos – Fragmentos, Doxografia e Comentários**. Seleção e supervisão de textos, tradução: Prof. José Cavalcante de Souza, 2.ª edição. São Paulo: Abril Cultural, 1978, fragmentos de Heráclito, p. 84.

¹⁴⁴ A propósito, cf. nossos itens n. 66.3 e 66.4.

¹⁴⁵ **LOEWENSTEIN**, Karl. **Political Power and the Governmental Process**. First Phoenix Edition. Chicago e London: The University of Chicago Press e Phoenix Books, 1965, p. 09.

under authority of the power addressees is equally indispensable, on the other".¹⁴⁶ Com efeito, para uma boa decisão o julgador precisa ter a firme compreensão de que o poder, em si, não é o demônio que ameaça nossa liberdade, mas é o desfibramento moral do ser humano o verdadeiro demônio. Enquanto não formos uma sociedade de anjos, é preciso que nunca deixemos o poder livre; devemos acorrentá-lo sempre a controles e submetê-lo a uma diluição que seja produto de repartição de atribuições. Porém, esta indispensável regra de liberdade não pode impedir a realização das tarefas públicas: deve haver um tanto de poder suficiente para que determinada tarefa pública seja concluída. Há, portanto, um difícil equilíbrio a ser atingido e mantido entre autoridade e liberdade.

66.2. É preciso que o julgador esteja muito bem sintonizado com as naturais contendas que existem na sociedade organizada de seu tempo, para conseguir captar o que realmente está por detrás daquele conflito de atribuição: quais são as causas, as ambições, as ideologias e as crenças em jogo. É no mínimo ingenuidade achar que o conflito de atribuição resume-se a uma gélida dúvida entre fronteiras atributivas. O conflito de atribuição é uma espécie de conflito político. Todo conflito de atribuição é um conflito político – de maior ou menor intensidade –, mas nem todo o conflito político é um conflito de atribuição. A importância desta sintonia com o seu presente é de vital importância para que não se atinja finalidade diversa da que seria correta ao bom equilíbrio das forças políticas entre os Poderes.

Ao lado desse conhecimento do presente, o julgador deve ter os olhos voltados ao futuro. Deve fazer um esforço sobre-humano para transcender sua época e tentar chegar a uma projeção razoável das conseqüências que seu julgamento provocará nos próximos anos em relação à higidez do sistema brasileiro de freios e contrapesos. O julgador deve julgar consoante aquilo que melhor repercutir não só para o presente, mas também para a liberdade das futuras gerações.

---

¹⁴⁶ Ibidem, loc. cit., tradução livre: "Por um lado, a autoridade dos detentores de poder é indispensável para que atinjam os propósitos da sociedade organizada; de outro lado, debaixo da autoridade a liberdade dos destinatários do poder é igualmente indispensável".

66.3. Disso também é possível compreender que o conflito de atribuição, em si mesmo, não é um mal: ele eventualmente pode denunciar uma justa evolução da interpretação da separação do exercício do poder.

Para tanto, deve o julgador estar plenamente cômico de que se é verdade que o constituinte originário estabeleceu o mandamento petrificado da “separação dos Poderes”, isso não significa que as gerações futuras não possam reinterpretá-la em seu conteúdo tantas vezes quanto forem necessárias, e sem que haja violação do mandamento petrificado. Vede **THOMAS JEFFERSON** admoestando que uma geração não pode obrigar outra, e as demais sucessivamente, para sempre.¹⁴⁷

Portanto, se o conflito de atribuição denunciar uma justa evolução na interpretação da separação do exercício do poder — justa por não violar a cláusula pétrea e por encontrar amparo em novas necessidades sociais e políticas — a ação de atribuição não deve ser julgada procedente, pois a procedência sufocaria esta justa evolução.

66.4. Desta forma, ter presente que o justo equilíbrio entre autoridade e liberdade só pode ser encontrado se nos presumirmos contra nossa própria maldade, além de conhecer o presente, ter desprendimento para vislumbrar a repercussão futura de cada uma das possíveis decisões, e estar cômico de que o conflito de atribuição não é necessariamente um mal, são todas idéias essenciais para que o julgamento do conflito seja feito de boa consciência.

Essas precauções podem ser resumidas nas palavras de Mestre **GOFFREDO**. Diz ele que “o jurista tem os pés e os olhos na realidade, mas o coração voltado para as estrelas”.

67. Em vista das reflexões do presente capítulo, obrigatoriamente temos de tecer algumas considerações sobre a ação civil para chegarmos a uma definição precisa da ação de atribuição.

---

¹⁴⁷ Cf. nosso item n. 31.

Vista a existência de uma ação de natureza voluntária, definimos o gênero da ação civil como *direito do jurisdicionado à obtenção de transformação extrapenal, de que esteja proibido de realizar pelas próprias mãos*. O exercício da ação civil tanto pode sujeitar-se a um controle de qualidade consubstanciado em um juízo de legalidade, neste caso assumindo natureza *concreta*, quanto a um controle de qualidade consubstanciado em um juízo de conveniência e oportunidade, neste caso assumindo natureza *política*, e tendo como produto decisões discricionárias, ou o que os clássicos chamam de sentenças *determinativas* ou *dispositivas*.

67.1. O princípio da *segurança jurídica* – corolário do Estado democrático de direito¹⁴⁸ – preside a lógica da ação concreta, uma vez que ela tutela direitos subjetivos, que, na inolvidável lição de **GOFFREDO TELLES JUNIOR**, são permissões jurídicas concedidas por meio da ordem objetiva. Isso explica o porquê do obstáculo a ser removido por esta ação consistir na resistência de quem se nega a subordinar seu interesse ao do pretendente, e o porquê da transformação proporcionada pela ação concreta estar sujeita, em última análise, ao controle dos recursos de estrito direito dos Tribunais Superiores – pois a unidade do direito objetivo é imprescindível à proteção dos direitos subjetivos previstos abstratamente (não há direito subjetivo sem direito objetivo¹⁴⁹). Nesta linha, em termos genéricos podemos dizer que o *fim imediato* da ação concreta é a realização da vontade concreta da lei, é a realização das permissões dadas pela ordem concreta.¹⁵⁰ Em outros termos, a alma da ação exercida na modalidade contenciosa é a *previsibilidade jurídica* – ainda que ela não seja instantânea por depender da uniformização dos Tribunais Superiores –, e isto não quer dizer que a ação concreta não deva reverenciar a justiça do caso concreto, e que a equidade não possa ser usada – equidade no sentido de tão-só temperar os eventuais excessos que possam advir da aplicação fria e rigorosa da lei.¹⁵¹

¹⁴⁸ Constituição/1988, art. 1.º.

¹⁴⁹ TELLES JUNIOR, Goffredo. *Iniciação na Ciência...*, § 122 (Correlação entre o direito subjetivo e o direito objetivo), p. 271 a 273.

¹⁵⁰ Constituição/1988, art. 5.º, XXXV.

¹⁵¹ De acordo com Calamandrei, no campo jurídico fala-se em *equidade* em dois sentidos profundamente diversos: temperamento do rigor legal, é o primeiro sentido; e julgamento discricionário, é o segundo sentido. No primeiro sentido, a essência da equidade é não assumir a posição da Casa Legislativa, mas apenas temperar a norma jurídica naqueles casos em que sua aplicação rígida poderia sacrificar os interesses dos destinatários da norma; portanto, é um modo de aplicar a norma jurídica tendo em conta as especiais circunstâncias do caso concreto (CALAMANDREI, Piero. *Il significato costituzionale delle giurisdizioni di*

67.2. Na ação política, própria da jurisdição voluntária, o princípio constitucional encampado “in genere” é o da *pacificação social* – deduzível a partir dos objetivos da República¹⁵² e dos princípios que regem suas relações internacionais¹⁵³ –, uma vez que a ação política visa proteger ou restaurar muitos interesses objetivos vitais à paz social, como a hegemonia da Constituição, a soberania, a separação do exercício do poder, a família, a criança, etc., não se dignando a proteger e realizar as permissões jurídicas dadas por meio da ordem jurídica concreta. Isso explica o porquê do obstáculo a ser removido por esta ação consistir *exclusivamente* na proibição legal do interessado obter a transformação por seus próprios meios, e o porquê da transformação proporcionada estar sujeita a um controle recursal distinto, pautado igualmente por um juízo de conveniência e oportunidade.¹⁵⁴ Nesta linha, em termos genéricos podemos dizer que o *fim imediato* da ação política é a realização da paz social – e não da vontade concreta da lei, como diria CHIOVENDA. Em outros termos, a alma da ação exercida na modalidade voluntária é a *equidade* – no sentido de possibilidade de julgamento discricionário,¹⁵⁵ não sendo demais reiterar que tal julgamento não se confunde com arbitrariedade.¹⁵⁶ A essência da ação política é tutelar interesses objetivos confiados pelo Parlamento ao Judiciário, embora

---

equità. In: *Opere Giuridiche*. Volume terzo a cura de Mauro Cappelletti. Napoli: Morano, 1965, item “6”, p. 21). Neste sentido a equidade não é antitética à ação exercida na modalidade concreta, e em nosso ordenamento jurídico a Lei de Introdução ao Código Civil autoriza o juiz a exercê-la nesse sentido (Decreto-lei n.º 4.657 de 04 de setembro de 1942, art. 5.º).

¹⁵² Constituição/1988, art. 3.º, e seus incisos.

¹⁵³ Constituição/1988, art. 4.º, e seus incisos.

¹⁵⁴ Excetuando qualquer violação procedimental, que não se submete ao julgamento de conveniência e oportunidade do 1.109, CPC. Cf. item n. 71.4.

¹⁵⁵ Em um segundo sentido, “geral” e “social” nas palavras de Calamandrei, a equidade é obtida quando o julgador, partindo de um sentimento de equidade natural que se considera comum a um povo em um dado momento histórico, desaprova uma norma de direito positivo, considerada em si independentemente da sua aplicação a uma hipótese fática, quer dizer, independentemente de sua aplicação ao caso concreto; aqui, portanto, o julgador decide discricionariamente (CALAMANDREI, Piero. Il significato costituzionale delle giurisdizioni di equità... In: *Opere Giuridiche*. Volume terzo..., item “6”, p. 21 e 22). Em nosso ordenamento jurídico o Código de Processo Civil autoriza esse método de julgamento somente nos casos previstos em lei (CPC, art. 127), e na jurisdição voluntária há esta previsão legal, pois o juiz está autorizado a afastar-se do critério da legalidade para julgar conforme a conveniência e oportunidade (CPC, art. 1.109). A equidade neste segundo sentido – que está sendo usado em nosso texto principal – é antitética à ação concreta e compatível com a ação voluntária.

possa *acidentalmente* proporcionar segurança jurídica com decisões iterativas a respeito de determinada matéria.

67.3. Evidentemente que ambas ações, cada qual a seu exato modo e também ao lado das outras funções estatais – administrativa e legislativa –, trabalham em prol da *harmonia social*, valor sobre o qual se funda nossa sociedade.¹⁵⁷ De um lado, a previsibilidade jurídica ou a certeza de que determinada ordem será concretizada quando necessário, é o antídoto mais eficiente contra a sagacidade de aventureiros e oportunistas que conspiram contra as relações sociais ao zombarem das obrigações legais, pilhando a organização social e política em proveito próprio. De outro lado, a equidade exercida pelo juiz dentro dos quadrantes da expressa permissão legal, da normalidade e legitimidade, garante observância a interesses objetivos confiados ao Judiciário – ou no dizer de CARNELUTTI, garante a “prevenção da desobediência”¹⁵⁸ – resguardando a sociedade de lesão a valores que ela considera cruciais para sua existência, se não harmoniosa, pelo menos suportável.

67.4. Comum tanto à ação concreta quanto à ação política é a idéia de um *direito incondicionado ou puramente abstrato de acesso ao Judiciário*, designado por uma infinidade de nomes pela doutrina processual.¹⁵⁹ Entre essas muitas possibilidades nominais preferimos chamá-lo de *direito à administração da justiça*,¹⁶⁰ não só por bem extremá-lo do direito de ação, mas também por individualizá-lo no amplíssimo direito constitucional de petição a quaisquer Poderes da República, referido por COUTURE.¹⁶¹

---

¹⁵⁶ Cf. nota de nosso item n. 62.

¹⁵⁷ Constituição/1988, preâmbulo. Não desconhecemos que o preâmbulo não possui força normativa, porém, como ressalta Kelsen, ele tem um caráter ideológico, expressando as idéias políticas, morais e religiosas que a Constituição pretende promover (KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, segunda parte, capítulo II, p. 372). Por isso, consideramos que não deva ser olvidado na interpretação constitucional.

¹⁵⁸ CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e Processo...*, segunda parte, item “38”, p. 67.

¹⁵⁹ Cf. item n. 61.

¹⁶⁰ BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio. *Da Ação Civil...* In: *Teses, Estudos...*, V. 1, § 12, item “39”, p. 100.

¹⁶¹ COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos do Direito Processual...*, itens “18” e “19”.

67.5. cremos que é essa a configuração que melhor representa a ação civil no atual momento constitucional brasileiro pós-1988, haja vista que o Estado brasileiro está constitucionalmente tão comprometido na tutela dos direitos (individuais, sociais, etc.),¹⁶² quanto na realização de interesses que tenham por fim garantir pacificação social,¹⁶³ além de garantir ao cidadão o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade e abuso de poder.¹⁶⁴

Neste sentido o estudo da ação pelo aspecto da jurisdição voluntária convenceu-nos mais ainda da ação contenciosa como um direito concreto, pois a ação abstrata da teoria eclética ocupa indevidamente o espaço da ação política. Daí a razão pela qual a ação voluntária confirma a irresponsível crítica que **BOTELHO DE MESQUITA** moveu à teoria eclética de **LIEBMAN** há mais de trinta anos, ao demonstrar que esta teoria nada mais fez do que substituir o direito à sentença favorável quanto ao mérito, pelo direito à sentença favorável quanto aos pressupostos processuais e às chamadas condições de admissibilidade da ação.¹⁶⁵ Tal crítica desnudou o fato da teoria eclética propiciar como resultado final uma *decisão de conteúdo indeterminado*¹⁶⁶ – resultado que é compatível com a ação política, e não com a ação concreta.

67.6. Ainda hoje sentimos com força o pressentimento de **L. E. DE BUENO VIDIGAL** sobre a perpetuidade da controvérsia sobre o direito de ação.¹⁶⁷ Contudo, ao deixarmos de lado a opinião prevalecente de que a jurisdição voluntária seria “função

¹⁶² Constituição/1988, art. 5.º, XXXV.

¹⁶³ Constituição/1988, art. 3.º, seus incisos; e art. 4.º, seus incisos.

¹⁶⁴ Constituição/1988, art. 5.º, XXXIV, “a”.

¹⁶⁵ BOTELHO DE MESQUITA, José Ignacio. Da Ação Civil.... In: *Teses, Estudos...*, V. 1, § 8.º, p. 64.

¹⁶⁶ Idem. In: *Ibidem*, § 10, p. 89: “Vale dizer, para quem entenda que a ação é um direito à sentença de mérito, condições da ação serão somente as condições necessárias à obtenção de uma sentença qualquer, enquanto que para os partidários da teoria concreta, serão as condições necessárias à obtenção de uma sentença de conteúdo determinado”.

¹⁶⁷ VIDIGAL, Luís Eulálio Bueno. Existe o direito de ação? *Revista de Direito Processual Civil*, vol. 5, janeiro-junho de 1962, p. 07.

anômala”,¹⁶⁸ o estudo da *ação voluntária* revelou um enorme potencial para trazer novas luzes à secular controvérsia. A revisão da jurisdição voluntária poderá iniciar um novo período de fecundas reflexões em torno do direito de ação, principalmente porque teremos a chance de observar a jurisdição contenciosa em um novo contexto, *i.e.*, convivendo com outro modo de exercício do poder jurisdicional. Tudo indica que este novo fator poderá tender, com o tempo, a conter os excessos politizantes no campo contencioso.

68. Antes de finalmente definirmos a ação de atribuição, dada a polissemia do termo *política*¹⁶⁹ são justas algumas palavras para não restar qualquer dúvida quanto ao preciso sentido que queremos emprestar a este termo, quando dizemos que a ação voluntária é *política*.

Quando afirmamos que a ação voluntária é uma *ação política*, não queremos dizer com tal afirmação que ela sirva à alguma ideologia partidária, ou que ela seja arbitrária em outros possíveis sentidos. Também nossa afirmação não pretende que ela não seja apta a produzir uma regra jurídica pelo fato de ser política – até porque isso seria um grande absurdo, vede o Parlamento. Também nossa afirmação não pretende negar que a ação concreta seja expressão do *monopólio estatal da força* – neste exato sentido a ação contenciosa é tão política quanto a ação voluntária.¹⁷⁰

¹⁶⁸ É a opinião de MARQUES, José Frederico. *Ensaio...*, § 2.º, p. 23.

¹⁶⁹ Cf. BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral da Política...*, capítulo 3, item I (O conceito de política), p. 159 a 177.

¹⁷⁰ Segundo Bobbio, “o critério mais adequado para distinguir o poder político das outras formas de poder, e portanto para delimitar o campo da política das ações políticas, é aquele que se funda sobre os meios dos quais as diversas formas de poder se servem para obter os efeitos desejados: o meio do qual se serve o poder político, embora, em última instância, diferente do poder econômico e do poder ideológico, é a força. (...) Uma vez que o poder político é definido como aquele poder que se serve em última instância da força física para alcançar os efeitos desejados, ele é também aquele poder ao qual se apela para resolver os conflitos cuja falta de solução teria por efeito a desagregação interna da comunidade política (...)” (Ibidem, capítulo 4, item I (As fronteiras da política), p. 221 e 222).

Como acentua Kelsen, a decisão judicial é um estágio da criação do Direito, cujo início é na esfera geral e abstrata e o término na esfera individualizada e concreta. A decisão judicial continua o processo criador do Direito, e portanto, neste exato sentido não deixa de ser um ato político. É nesse sentido que Calmon de Passos cuida de estudar o Direito e o processo de sua produção, demonstrando a relação integrativa-constitutiva entre Direito e o processo de produção. Cf.: KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, primeira parte, capítulo XI, p. 196 e

O sentido preciso que queremos empregar ao termo *política* ao afirmarmos que a ação voluntária é uma *ação política*, é tão-só destacar que o seu controle de qualidade – cujo fundamento é um juízo de conveniência e oportunidade – é antitético ao controle de qualidade da ação concreta – cujo fundamento é um juízo de legalidade.

Desta forma, a ação voluntária, *tanto quanto a ação contenciosa*, não deve servir a qualquer ideologia partidária ou ser fonte de quaisquer outras possíveis arbitrariedades, produz uma razão jurídica a ser aplicada ao caso concreto, e faz parte da linha de produção do Direito como expressão do monopólio do poder político estatal. O que realmente extrema a ação voluntária da ação contenciosa é o *controle de qualidade* de cada uma na missão de produção do Direito. É neste preciso sentido que dizemos que a ação voluntária é uma *ação política*; é uma ação cujo mérito não se submete ao controle recursal de estrito direito. Daí a impossibilidade de sua alma ser a previsibilidade jurídica.

Nem se diga que seja infeliz nomear a ação voluntária de *ação política*, em clara alusão à histórica ruína moral da política brasileira. Tal censura não prosperaria, pois política não é sinônimo de escassez de valores morais. Neste sentido, RUI BARBOSA andou muito bem ao esclarecer a diferença entre *política* e *politicalha*:

“Política e politicalha não se confundem, não se parecem, não se relacionam uma com a outra. Antes se negam, se excluem, se repulsam mutuamente. A política é a arte de gerir o Estado, segundo princípios definidos, regras morais, leis escritas, ou tradições respeitáveis. A politicalha é a indústria de o explorar a benefício de interesses pessoais. Constitui a política uma função, ou conjunto das funções do organismo nacional: é o exercício normal das forças de uma nação consciente e senhora de si mesma. A politicalha, pelo contrário, é o envenenamento crônico dos povos negligentes e viciosos pela contaminação de parasitas inexoráveis. A política é a higiene dos países moralmente sadios. A politicalha, a malária dos povos de moralidade estragada”.¹⁷¹

197; CALMON DE PASSOS, J. J. *Comentários...*, comentários aos art. 270 e 273, itens “1.2”, “5.2” e “5.3”, p. 2 a 4, e 20 a 25.

69. No contexto dual da ação civil compreendemos como sendo de natureza política a ação atributiva brasileira, tendo ela como fim tutelar o interesse objetivo do equilíbrio que deve existir entre os Poderes do Estado.¹⁷² Definimos a ação atributiva como *direito do jurisdicionado à obtenção de certeza oficial em torno da repartição constitucional brasileira de atribuições*.

---

¹⁷¹ BARBOSA, Rui. Política e Políticalha. In: *Antologia...*, p. 32.

¹⁷² Cf. subitem n. 36.3 e item n. 43.

§ 8.º DO PROCESSO ATRIBUTIVO.

SUMÁRIO: 70. Justificativa do processo como método de solução dos conflitos de atribuição – 71. Jurisdição voluntária à luz dos princípios constitucionais e infraconstitucionais do processo brasileiro: 71.1. Princípio do devido processo legal voluntário; 71.2. Princípio dialético; 71.3. Princípio da proibição de conversão do processo voluntário em processo contencioso; 71.4. Princípio do indiferente jurídico (ou discricionário); 71.5. Princípios da informalidade, da simplicidade, e da celeridade procedimental; 71.6. Princípio da demanda; 71.7. Princípio da igualdade; 71.8. Princípio do juiz natural; 71.9. Princípio da motivação; 71.10. Princípio inquisitivo (em detrimento do dispositivo); 71.11. Princípio da escritura (em detrimento da oralidade); 71.12. Princípio da segurança jurídica – 72. Pressupostos processuais: 72.1. Propositura da ação e petição inicial apta; 72.2. Investidura de jurisdição e imparcialidade do órgão jurisdicional; 72.3. Competência: 72.3.1. Competência para processamento e julgamento dos conflitos de atribuição: cisão entre a competência expressa do Superior Tribunal de Justiça e a competência residual do Supremo Tribunal Federal; 72.3.2. Competência no âmbito de Estados-membros e Distrito Federal – 72.4. Capacidade: de ser parte, estar em juízo, e postulatória; 72.5. Citação (art. 1.105, CPC). Litisconsórcio voluntário: conteúdo e consequências – 73. Decisão: requisitos: 73.1. Efeito primário da decisão; 73.2. Primeiro efeito secundário; 73.3. Segundo efeito secundário – 74. Principais recursos no processo atributivo: 74.1. Embargos de declaração; 74.2. Recurso extraordinário: restrição da aplicabilidade – 75. Implementação da decisão judicial que soluciona conflito de atribuição (“execução”).

70. Conhecendo o exato conteúdo da ação atributiva e do correspondente modo de exercer jurisdição, estamos prontos para estudar o *processo atributivo*. E para introduzirmos nossas reflexões neste campo, é válido indagarmos: porque um processo para resolver o conflito de atribuição?

De acordo com o que expomos, o conflito de atribuição não se confunde com seu desfecho resolutivo. Ambos são momentos bem distintos. Quando o conflito de atribuição existe, ele pode ser solucionado de muitos modos: pela força de irresistíveis ameaças, ou efetivamente das armas, ou pelo acordo ilegítimo que trai a liberdade popular, ou pelo legítimo e tranqüilo acordo político, ou pela decisão de terceiro.¹ Obviamente que nossa evolução política e moral não reverencia as soluções violentas e arbitrárias. Olhando o problema pelo aspecto jurídico, em nosso sistema constitucional é possível que a solução nasça de acordo político – desde que sejam observados rigorosamente os mandamentos constitucionais –, ou na impossibilidade dele, nosso sistema remete ao Poder Judiciário a atribuição constitucional de solucionar o conflito: seja na via incidental, ou na via

¹ O terceiro pode variar de acordo com o sistema político: Judiciário, Legislativo, etc. Cf. item n. 8.

principal. A princípio essa atribuição constitucional seria a justificativa do processo como meio de solução dos conflitos de atribuição. Contudo, podemos aprofundá-la.

Pois bem. Nessa severa e augusta missão institucional, de acordo com o que vimos no estudo da ação atributiva o Judiciário não deve oferecer como solução o que for inconveniente e inoportuno à proteção do interesse da separação do exercício do poder. Portanto, essa obrigação judicial está muitíssimo longe da arbitrariedade. É justamente este o ponto que complementa a justificativa do uso do processo como método de solução dos conflitos de atribuição, considerando a lúcida ensinança de **FRANCISCO DE PAULA BAPTISTA**. No entender dele, “o processo tem diversos periodos, que constituem a sua ordem natural, logica e imutavel, *de tal sorte que não pode ser destruido ou offendido sem que se viole a justiça, e apareça a desordem ou tyrannia (...)*”.²

Expendendo observações a respeito da lição de **PAULA BAPTISTA**, **BOTELHO DE MESQUITA** esclarece que “a tendência de, em relação ao processo, dar prevalência aos interesses de algum dos sujeitos que nele figuram, partes ou juiz não importa, já denota uma degradação do conceito [de processo]. Por sua vez, a tendência de fazer prevalecer o interesse do Estado sobre o interesse das partes denota preconceito”.³ E então passa a analisar minuciosamente a lição de **PAULA BAPTISTA**:

“Desses males não padece o conceito [de processo] de **PAULA BAPTISTA**. Sua exigência de que o processo se desenrole segundo uma ‘ordem natural, lógica e imutável’ implica precisamente a exigência de processo imparcial, caracterizado por uma ordem que preexista à instauração da lide e seja *imutável* no seu curso; pressupõe uma ordem que discipline esse longo raciocínio em que consiste o processo e que, se não for *lógica*, nada acrescentará àquilo que pode ser feito ao sabor desordenado das paixões; e por fim, uma ordem *natural*, isto é, emergente das necessidades da *res in judicium deducta*, e, pois, adequada à sua solução, sem complicações descabidas, nem simplificações desintegradoras. Essa ordem está acima de preferências ‘privatísticas’ ou ‘publicísticas’.

² **PAULA BAPTISTA**, Francisco de. *Compendio de Theoria e Pratica do Processo Civil Comparado com o Commercial e de Hermeneutica Juridica*. 7.^a edição. Lisboa: Editora de A. M. Teixeira & C. ^{TA}, 1910, § 74, p. 68, grifamos.

³ **BOTELHO DE MESQUITA**, José Ignácio. Apresentação da edição de 1988 da obra ‘Teoria e Prática do Processo Civil e Comercial’ de Francisco de Paula Baptista. In: *Teses, Estudos...*, V. 1, p. 312.

Está centrada no direito, que sobrepassa aos interesses, pois o direito tem que ser um só para as partes e para o Estado”.⁴

Justamente pela ordem processual estar acima de preferências “privatísticas” e “publicísticas”, a lei deve conceber um método que seja, conforme palavras de PIVA RODRIGUES, “qualificado como *um instrumento* (tanto quanto possível) *neutro* a merecer a credibilidade de pobres e ricos, pessoas de qualquer raça, credo ou profissão”.⁵

É pertinente, ainda, outra bela lição de PAULA BAPTISTA que a nosso ver praticamente arremata a questão: segundo ele, um dos fins principais das leis processuais é “garantir a sabedoria do exame e a rectidão das decisões, de sorte que os julgados sejam verdadeiros monumentos de verdade e justiça”.⁶ A ela podemos acrescentar novamente as ricas observações de BOTELHO DE MESQUITA:

“O que a experiência mostra e qualquer um que milite no foro sabe, é que não há sentença injusta que não revele, em sua gestação, a mácula da ofensa a alguma regra do processo, erigida muitas vezes a desapego aos formalismos e amor, fingido amor, à substância das coisas.

Fossem os homens adornados pela sabedoria e pela retidão a que alude PAULA BAPTISTA, é óbvio que o processo civil seria desnecessário. Teria já, de há séculos, caído em desuso. Se resiste ainda, é porque resiste ainda na alma do povo a consciência milenar de que na discussão ordenada das causas e na disciplina do juízo reside a única garantia de que, nas sentenças, triunfe a verdade e o seu direito”.⁷

Para que a discussão mantenha-se ordenada é necessária a existência de formas processuais, mesmo elas sendo mal compreendidas pelos leigos, pois, segundo CHIOVENDA, sua falta traz a desordem, a confusão e a incerteza.⁸ É que “as formas

⁴ Idem. Ibidem, loc. cit.

⁵ RODRIGUES, Walter Piva. Súmula Vinculante em Matéria Processual. *Revista do TRT da 15.ª Região*, n. 16, setembro de 2001, p. 183.

⁶ PAULA BAPTISTA, Francisco de. *Compendio de Theoria...*, § 71, p. 66.

⁷ BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio. Apresentação da edição de 1988 da obra ‘Teoria e Prática... In: *Teses, Estudos...*, V. 1, p. 311.

⁸ CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di Diritto Processuale...*, § 43, II (Necessità delle forme processuali), p. 663, tradução livre: “Dos leigos partem muitas censuras contra as formas judiciais, com fundamento no

processuais tutelam as partes, ora assegurando-as contra o arbítrio judicial, ora contra os abusos do adversário, bem como tutelam o exercício do poder-dever jurisdicional do Estado”.⁹ Por isso, tais formas, ainda segundo **CALMON DE PASSOS**, são previstas em lei como solução universal, justamente para não haver odiosos privilégios.¹⁰

São todas essas valiosas lições que complementam a justificativa da necessidade do “antídoto da chicana”¹¹ ser o método usado pelo Judiciário para exercer a magna missão de solucionar os conflitos de atribuição. À evidência não se trata de homenagear o que degenera em formalismo inútil. Apenas desejamos que as soluções dos conflitos sejam produzidas por meio solene que facilite o controle pelos interessados legitimados ao processo e o controle popular, e que tal meio solene conspire a favor de soluções que sejam honesta e logicamente sustentáveis para revelar o sentido dos termos constitucionais.

Considerando, portanto, as lições de **PAULA BAPTISTA**, **BOTELHO DE MESQUITA**, **PIVA RODRIGUES**, **CHIOVENDA**, e **CALMON DE PASSOS**, devemos compreender que referido meio formal só pode ser uma estrutura processual fundada na lei, cuja ordem seja natural, lógica e imutável, pois: só tal estrutura evita desordem, confusão e incerteza; só ela inspira credibilidade a quem quer que seja; só ela está apta a realizar o verdadeiro amor pela substância das coisas.

---

fato de que elas dão lugar a longas e inúteis questões, e freqüentemente a inobservância de uma delas pode produzir a perda do direito: aspiram sistemas processuais simples e livres de formalidade. Todavia, a experiência tem demonstrado que as formas são necessárias, e ainda muito mais em juízo do que em qualquer outra relação social; sua falta traz a desordem, a confusão e a incerteza”.

⁹ **CALMON DE PASSOS**, J. J.. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, cap. VI (Da Nulidade), item “106”, p. 132.

¹⁰ “Permitir se desenvolvesse a atividade dos protagonistas do processo segundo melhor lhes parecesse, privilegiadas as partes, porque os mais autorizados juízes do próprio interesse, ou privilegiado o julgador, por ser o sujeito imparcial e por isso mesmo o melhor árbitro do interesse público no particular, seria olvidar-se que, numa ou noutra hipótese, a incerteza e a insegurança representariam o alto preço de vantagens muito discutíveis. A legalidade da forma, por conseguinte, se impôs como solução universal, estando na lei, e somente nela, toda a ordenação da atividade a ser desenvolvida para que o Estado de efetividade ao Direito por ele posto”. (**CALMON DE PASSOS**, J. J. *Comentários...*, comentário ao art. 272, item “3.1”, p. 6 e 7).

¹¹ “Longe de confundir-se a chicana, o processo, bem compreendido e dirigido, é o oposto ou, antes, o antídoto della” (**PAULA BAPTISTA**, Francisco de. *Compendio de Theoria...*, § 72, p. 67).

71. Visto que o uso do processo para solucionar os conflitos não se limita a encontrar justificativa na tradição jurídica brasileira, é necessário que estudemos a incidência de alguns princípios processuais sobre o processo atributivo, pois não nos parece aceitável simplesmente aplicar sobre ele os princípios próprios da jurisdição contenciosa.¹² O problema que se coloca, portanto, é estudar pelo menos alguns importantes princípios – tanto constitucionais como infraconstitucionais – à luz do que entendemos por jurisdição voluntária,¹³ para que possamos compreender de que modo incidem no processo de atribuição.

71.1. Podemos começar pelo princípio do *devido processo legal*; não nos interessando aqui seu aspecto substantivo. Nossa Constituição o explicita nos seguintes termos: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.¹⁴ Tanto sua literalidade como sua origem histórica denunciam claramente que é uma regra processual voltada *para proteção do réu*, pois é ele quem tem seu patrimônio ou sua liberdade ou sua vida sob a mira do Estado quando levado a juízo.¹⁵ Tanto que o direito do réu no processo é o de defesa da ordem preexistente.¹⁶

¹² Assim como alguns princípios gerais de processo possuem aplicação diversa no campo do processo civil e do processo penal, o mesmo deve ocorrer em relação ao processo civil voluntário e o processo civil contencioso, em vista dos diferentes escopos que visam.

¹³ Cf. nosso capítulo quinto, sobretudo item n. 42.6.

¹⁴ Constituição/1988, art. 5.º, LIV.

¹⁵ Em sua respeitada obra “Government by Judiciary”, o renomado Professor da Harvard Law School, Raoul Berger, explica com uma série de valiosos subsídios que o sentido clássico da cláusula “devido processo legal” é processual e volta-se à defesa do réu. Para o bem de nossa exposição, transcrevemos um pequeno trecho de sua lição: “Our conceptions of due process are traceable to the twenty-ninth chapter of Magna Charta, which, roughly speaking, provided that no man should be deprived of his life, liberty, or property, except by the judgement of his peers or the law of the land. Coke stated that ‘by the law of the land’ was meant ‘by the due course and process of law’. (...) That the ‘law of the land’ was understood in Coke’s sense is illustrated by Hamilton’s 1787 statement. (...) It has been convincingly shown that due process was conceived in utterly procedural terms, specifically, that a defendant must be afforded an opportunity to answer by service of process in proper form, that is, in due course”. (Cf., amplamente: BERGUER, Raoul. “Due Process Law” (Cap. 11). In: **Government by Judiciary...**, p. 221 a 244). O grande Roscoe Pound, guiando-se pelo Segundo Instituto do juiz Coke, oferece-nos uma interpretação um pouco discrepante da de Berger, mas substancialmente a mesma: “[O Segundo Instituto de Coke] Considera a significação de ‘lex terrae’ ‘lei da terra’, mostrando que, desde os tempos de Eduardo III, a frase ‘devido processo da lei’ se empregava como lhe equivalendo. Em outras palavras, lei, nessa expressão, significa mais do que um conjunto de leis, e devido processo da lei encerrava muitomais do que simples significado processual. Como

Entretanto, na jurisdição voluntária não há lide ou uma polarização entre quem pretenda e quem resista, e nela não se tutelam direitos, mas tutelam-se interesses objetivos confiados pelo Parlamento ao Judiciário. Nestes exatos termos, somos obrigados a admitir que o processo voluntário é incompatível com o princípio do devido processo legal previsto no art. 5.º, inciso LIV da Lei Suprema de nossa República. E embora a nosso ver faça todo o sentido excluir do processo voluntário o devido processo legal referido no inciso LIV do art. 5.º da Constituição, não dá para aceitar que não haja um princípio equivalente – porém compatível ao fim do processo voluntário – dada a necessidade da estrutura processual ser o “antídoto da chicana”, no dizer de **PAULA BAPTISTA**. É preciso que incida um princípio constitucional que justifique a ordem natural, lógica e imutável do processo voluntário; a ordem que inspira confiança em quaisquer interessados e permite um resultado final legítimo.

Tendo em vista que em virtude de lei a jurisdição civil pode ser exercida na modalidade voluntária, vemos, implicitamente, neste dispositivo LIV do art. 5.º da Constituição da República, o princípio do *devido processo legal voluntário*. É um princípio que, dado o fim do processo voluntário, naturalmente não se volta à proteção de um réu. Volta-se à proteção da *sociedade*. A ação voluntária tutela interesses objetivos com o fim de resguardar a sociedade de lesão contra valores que ela considera cruciais para a sua existência, se não harmoniosa, pelo menos suportável. Logo, o processo é uma segurança para que o caso concreto seja debatido com o mínimo de etapas especificadas, de forma ordenada, e o melhor resultado seja alcançado na tutela judicial do interesse objetivo.

Raciocinemos sobre a dualidade jurisdição contenciosa e jurisdição voluntária. Se o julgador cercear a defesa do réu – estamos com o pensamento no campo contencioso –, via de regra o processo deve ser anulado até o ponto que devolva ao réu a possibilidade de

---

essas expressões entraram para a constituição americana pela mão de juristas que consideravam o Segundo Instituto como Bíblia jurídica, é conveniente lembrar esta exposição. Mais uma vez, revela o amplo princípio que serve de base ao dispositivo do esbulho. Não se pode privar ninguém da propriedade ou ‘retirar-lhe o meio de subsistência’ senão mediante processo legal de que tenha pleno conhecimento e no qual seja ouvido de maneira completa e equitativa” (POUND, Roscoe, op. cit., capítulo II (Era dos Tudors e dos Stuarts), p. 39).

¹⁶ Lição de BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio. Da Ação Civil.... In: **Teses, Estudos...**, V. 1, § 19, item “55”.

exercer a ampla defesa. Aqui, o prejuízo imediato é da *parte*. Mudemos o ângulo de observação. Se o julgador calar abusivamente algum interessado – aqui nosso pensamento está no campo voluntário –, a nosso ver o processo também deve ser anulado até o ponto que permita ser desfeita referida subversão. Porém, aqui, o prejuízo imediato é da *sociedade*, já que a subversão processual torna o processo impróprio para produzir uma decisão judicial conveniente e oportuna à proteção do interesse objetivo, fazendo da decisão a própria navalha que lesiona o interesse objetivo judicialmente tutelado.

Eis, portanto, o primeiro princípio que entendemos incidir sobre o processo voluntário atributivo: o devido processo legal voluntário. É um princípio implícito no inciso LIV do art. 5.º da Constituição da República, e que não se confunde com o devido processo legal em seu sentido clássico. Sua incidência no sistema processual brasileiro obriga o Judiciário a exercer a jurisdição voluntária por meio de método cuja ordem permita reflexão serena, ordenada, e compatível com a necessidade do objeto posto em julgamento. Este método facilita a decisão madura do caso concreto, que *deve ser fruto da contribuição que cada um dos interessados legitimados oferece ao exercer o direito de participação e manifestação nos autos*. Nenhum interesse objetivo confiado ao Judiciário deve ser tutelado sem este método.

71.2. Nossa Constituição também cuida dos princípios do contraditório e ampla defesa, explicitando-os nos seguintes termos: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes”.¹⁷ Na lição de CANUTO MENDES o contraditório é, “em resumo, *ciência bilateral dos atos e termos processuais e possibilidade de contrariá-los*”.¹⁸ Quanto à garantia da ampla defesa, o venerável Supremo Tribunal

¹⁷ Constituição/1988, art. 5.º, LV.

¹⁸ ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes. **Princípios Fundamentais de Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, item “81”, p. 82, grifado no original. Sua lição tem sido a principal fonte da doutrina. “Em síntese, o contraditório é constituído por dois elementos: a) informação; b) reação” (CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada. Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel, *Teoria Geral...*, item “20”, p. 57). “Por contraditório”, ensina Nery, “deve entender-se, de um lado, a necessidade de dar-se conhecimento da existência da ação e de todos os atos do processo às partes, e, de outro, a possibilidade de as partes reagirem aos atos que lhe sejam desfavoráveis” (NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil...**, capítulo III, seção IV, p. 129 e 130). No processo civil, para que o contraditório seja respeitado, a

Federal tem afirmado, apoiado em lição de nosso **PONTES DE MIRANDA**,¹⁹ que ela possui conteúdo mínimo que não está sujeito à interpretação da lei ordinária.²⁰ Com efeito, sempre que a lei ordinária impedir o cumprimento da promessa estatal de exercício da defesa, violará diretamente o princípio constitucional da ampla defesa.²¹

Porém, de acordo com nossa exposição apoiada nas lições de **CAPPELLETTI** e **BOTELHO DE MESQUITA**,²² não incide no processo de jurisdição voluntária o princípio do contraditório no sentido constitucional, mas em seu lugar incide o *princípio dialético*. Isso está de acordo com o princípio do devido processo legal voluntário. Para a exata compreensão do que aí se quer dizer, é preciso não esquecer que “a bilateralidade da ação e da pretensão gera a *bilateralidade do processo*, e nisto reside o fundamento lógico do contraditório”.²³ Não havendo a polarização entre quem pretenda e quem resista no processo voluntário – usando uma imagem “carneluttiana” –, ou não havendo um bem garantido contra outrem, ou uma lei a ser atuada contra outrem – usando uma imagem

---

regra geral é que seja suficiente a oportunidade para o réu ser ouvido, não havendo necessidade de contraditório real – o que não acontece no processo penal, que deve ser real e indisponível (Cf. **ALMEIDA**, Joaquim Canuto Mendes, op. cit., item “103”, p. 107 e 108; **TUCCI**, Rogério Lauria. **Teoria do Direito Processual Penal – Jurisdição, Ação e Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, item “11.6.3”, p. 180 a 182) –, daí porque boa parte da doutrina de processo civil fala em princípio da bilateralidade da audiência (V., por todos, **NERY JUNIOR**, Nelson. **Princípios do processo civil...**, capítulo III, seção IV, p. 131, nota 237).

¹⁹ “In verbis”: “O conceito de defesa não é deixado inteiramente à lei. A lei tem que ser concebida de modo tal que nela se assegure a defesa, a que se refere o princípio. (...) O Estado, no texto constitucional, a prometeu; tem o Estado, através da Justiça e de qualquer outra ordem, de cumprir a sua promessa” (**PONTES DE MIRANDA**, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1967 – com a emenda n.º 01, de 1969...**, Tomo V, p. 234).

²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **Recurso Extraordinário n.º 266.397**. Recorrente: Carlos Henrique Bittencourt Lima. Recorrido: Estado do Paraná. Relator: Sepúlveda Pertence. Julgado em 09 de março de 2004, publicado no DJ em 07 de maio de 2004. Disponível em: <[http://gemini.stf.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d=SJUR&n=-julg&s1=\(266397.NUME.+OU+266397.ACMS.\)&l=20&u=http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/Jurisp.asp&Sect1=IMAGE&Sect2=THESOFF&Sect3=PLURON&Sect6=SJURN&p=1&r=1&f=G](http://gemini.stf.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d=SJUR&n=-julg&s1=(266397.NUME.+OU+266397.ACMS.)&l=20&u=http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/Jurisp.asp&Sect1=IMAGE&Sect2=THESOFF&Sect3=PLURON&Sect6=SJURN&p=1&r=1&f=G)>. Acesso em 05 de novembro de 2005.

²¹ Dificultar, por exemplo, a obtenção de certidões e outras informações e documentos úteis à defesa, sem dúvida, configura cerceamento de defesa (**ROSAS**, Roberto. **Direito Processual Constitucional – Princípios Constitucionais de Processo Civil**. 3.ª edição. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999, item “4.1”, p. 46).

²² Cf. itens n. 42.5 e 42.6.

²³ **MARQUES**, José Frederico. **Instituições...**, Volume II, § 68, item “310”, p. 96.

“chiovendiana” –,²⁴ não há o fundamento lógico para a incidência do princípio do contraditório na jurisdição voluntária, mas somente para a do princípio dialético.

Sendo assim, assiste inteira razão a **ARRUDA ALVIM** quando define o ato processual da citação sem olvidar a diferença de seu fim a depender do campo jurisdicional no qual é praticado. Diz ele que a citação é “o ato através do qual fica o réu ou o interessado (nos casos de jurisdição voluntária) ciente do que foi ajuizada demanda contra ele, ou feita certa solicitação, em caso de jurisdição voluntária”.²⁵

Igualmente não faz sentido falar-se em ampla defesa no campo voluntário, porque rigorosamente não há uma defesa contrapondo-se a uma proposta de ação. De acordo com este ponto-de-vista, o interessado legitimado não poder alegar “cerceamento de defesa” se for indevidamente calado e prejudicado em seu direito de participação no processo. Todavia pode alegar violação do princípio dialético, clara expressão de outro princípio: o do devido processo legal voluntário.²⁶

Uma consequência prática de grande importância para a visão que sustentamos é não fazer sentido na jurisdição voluntária a regra geral da defesa manifestar-se sempre, ao longo do procedimento, depois do proponente da ação. Desde que os interessados não sejam calados indevidamente, a ordem de manifestação tem pouca ou nenhuma importância *para fins de validade do processo*, já que o princípio dialético não possui os rigores do contraditório. Se acontecer o fenômeno dos interessados, na prática, postarem-se em forma de duas partes ou dois blocos, o julgador eventualmente pode determinar uma ordem de manifestação, mas isto para melhor desenvolvimento e fluxo do debate processual, e não para garantir o contraditório no sentido constitucional, já que, mesmo nesta hipótese, o fim do processo voluntário *persiste o mesmo: tutelar interesses objetivos, e não direitos subjetivos*.

71.3. Justamente em virtude desta persistência do fim processual na jurisdição voluntária, entendemos ser impossível a conversão da jurisdição voluntária em

---

²⁴ Cf. item n. 63.1.5.

²⁵ **ARRUDA ALVIM**, José Manoel de. **Manual...**, V. 2, item “95”, p. 264.

jurisdição contenciosa. Aprofundemos este aspecto. É **CHIOVENDA** quem defende a possibilidade da referida conversão, afastando-se de **WACH**. Segundo **CHIOVENDA**, o ato de jurisdição voluntária torna-se objeto de jurisdição (contenciosa) quando for impugnado e houver necessidade de julgar se ele é legítimo ou oportuno, revogando ou confirmando-o.²⁷ Segue ele dizendo, “para nós é verdadeira jurisdição a contestação sobre deliberações do conselho de família (Cód. proc. civ., art. 815); a contestação sobre obrigação de assumir a tutela (Cód. civ., art. 275)”.²⁸

Em nossa compreensão **CHIOVENDA** constrói seu raciocínio sobre a lógica do controle jurisdicional dos atos administrativos. É que ele reputa a jurisdição voluntária de natureza administrativa, apenas distinguindo o ato voluntário do ato administrativo por algumas particularidades.²⁹ No geral, portanto, ele é coerente com seu pensamento, a despeito da conversão ser ainda aqui duvidosa, em vista do controle jurisdicional de mérito dos atos administrativos discricionários limitar-se às hipóteses de abuso de poder (excesso de poder, desvio de finalidade, omissão).

Mesmo que a coerência de seu pensamento processual não tropeçasse nessa questão dos limites do controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários, ainda assim ela não nos autoriza acompanhá-lo. Ora, havendo a impugnação referida por **CHIOVENDA**, não deve daí nascer a obrigação do julgamento seguir o critério de legalidade; esta conclusão nos levaria a absurdos! Basta pensarmos que se fosse verdade o que diz **CHIOVENDA**, o órgão julgador seria obrigado a abandonar a lógica da jurisdição voluntária, qual seja, de proteger um interesse objetivo que lhe foi confiado previamente pelo Parlamento, e assumir a lógica da jurisdição contenciosa, qual seja, a de proteger o interesse de um dos conflitantes que figuram no processo. Na prática, isso significa abandonar a tutela do suposto enfermo no processo de interdição, abandonar a tutela do interesse do menor no processo de guarda, abandonar o interesse da conservação dos freios e contrapesos no processo de atribuição, e assim por diante.³⁰

²⁶ V. exemplo no item precedente de n. 70.1.

²⁷ **CHIOVENDA**, Giuseppe. *Principii di Diritto Processuale...*, § 14 *bis*, I (Esame della distinzione), p. 317.

²⁸ *Ibidem*, loc. cit.

²⁹ *Ibidem*, § 14 *bis*, I (Esame della distinzione), p. 315.

³⁰ Cf. sobretudo subitem n. 36.3, e itens n. 37 e 43.

A propósito, **FREDERICO MARQUES** esbanjou argúcia ao manifestar lição que se opõe à de **CHIOVENDA**. Diz ele: “Não nos parece acertada a afirmativa de **CHIOVENDA** de que, se o ato do juiz for impugnado, a jurisdição voluntária se transformará em contenciosa. Se a impugnação consistir em recurso a órgãos judiciários de categoria superior, *haverá tão-somente um prolongamento da jurisdição voluntária ao tribunal encarregado de conhecer do recurso* [grifamos]. Os órgãos judiciários de grau superior desenvolvem função inteiramente idêntica à do juiz inferior e, dessa forma, exercerão uma atividade de jurisdição voluntária, em consequência da devolução à instância superior do conhecimento integral da questão. **MICHELI** mostrou que, no recurso a respeito de ato de jurisdição voluntária, também se examina a legitimidade e oportunidade desse ato, e que tal recurso constitui o único remédio para reparar a decisão do juiz inferior, salvo ao terceiro, que possa ter interesse, a impugnação do ato no juízo contencioso, desde que violador de seus direitos”.³¹

Somamos a esta insuperável lição o argumento de que esta possibilidade de conversão defendida por **CHIOVENDA** torna-se mais insustentável ainda para nosso estudo, em vista de reputarmos jurisdicional a natureza da jurisdição voluntária,³² inclusive admitindo que ela produz coisa julgada material³³ - o que colide totalmente com a lógica de controle jurisdicional dos atos administrativos.³⁴

Não nos impressiona o fato dos ordenamentos processuais da Itália, França e Espanha permitirem, segundo **LEONARDO GRECO**, a conversão que estamos discutindo.³⁵ Não devemos julgar o que é bom para nosso sistema jurídico pelo que é - ou supostamente é - bom para a ordem processual alheia, até porque não raramente a ordem processual alheia padece de falhas e imprecisões superadas pela inteligência da doutrina e da jurisprudência do Brasil. Com o devido respeito, igualmente não nos impressiona a argumentação bem desenvolvida de **LEONARDO GRECO**, pois, conforme expusemos, a

³¹ MARQUES, José Frederico. *Ensaio...*, § 20, p. 229, grifado.

³² De forma amplamente justificada em nosso capítulo quinto.

³³ Preparamos o terreno em nosso subitem n. 63.5, e desenvolvemos a idéia no subitem n. 71.12.

³⁴ Como dissemos, a despeito da ação concreta e da ação política trabalharem em prol da harmonia social, cada qual trabalha a seu modo (cf. subitem n. 67.3). Não deve haver confusão entre elas.

³⁵ Cf. as referências em: GRECO, Leonardo. *Jurisdição voluntária moderna*. São Paulo: Dialética, 2003, item “2.4”, p. 36 e 37.

nosso ver o problema da conversão de jurisdição voluntária para contenciosa não é simplesmente procedimental.³⁶

Portanto, em nosso entender vigora na jurisdição voluntária – sendo aplicável ao processo de atribuição – o princípio da proibição de conversão do processo voluntário em processo contencioso.

71.4. Em vista de tudo que dissemos ao longo do trabalho, inelutavelmente somos obrigados a reconhecer que na jurisdição voluntária as decisões de mérito são proferidas sem necessariamente obedecer a um critério de legalidade estrita, obedecendo, então, a um critério discricionário. Incide, portanto, o *princípio do indiferente jurídico* (eleição de indiferentes jurídicos) ou *discricionário*.

Embora a lição de SEABRA FAGUNDES refira-se especialmente ao Direito Administrativo, cremos que ela seja elucidativa à discricionariedade do juiz da jurisdição voluntária: “Para a prática de alguns atos, a competência da Administração é estritamente determinada na lei, quanto aos motivos e modo de agir. A lei lhe determina que, existentes determinadas circunstâncias, proceda dentro de certo prazo e certo modo. A competência diz-se então vinculada. A Administração Pública não é livre para resolver sobre a conveniência do ato, nem sobre o seu conteúdo. Só lhe cabe constatar a ocorrência dos motivos, e, com base, neles, praticar o ato. (...) Noutros casos, a lei deixa a autoridade administrativa livre na apreciação do *motivo* ou do *objeto* do ato, ou de ambos ao mesmo tempo. No que respeita ao motivo, essa discricção se refere à ocasião de praticá-lo (oportunidade) e à sua utilidade (conveniência). No que respeita ao conteúdo, a discricção está em poder praticar o ato com o objetivo variável, ao seu entender. Nestes casos, a competência é livre ou discricionária”.³⁷ Em consonância com a lição de SEABRA FAGUNDES, podemos adicionar importante advertência de outro eminente publicista; CAIO TÁCITO: “Não se pode mais falar em *ato discricionário*, como um todo orgânico; mas em

---

³⁶ Cf. os detalhes sua argumentação em: *Ibidem*, item “2.4.”, p. 37 e 38.

³⁷ SEABRA FAGUNDES, Miguel. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. Atualizador: Gustavo Binenbojm. 7.ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2005, item “41”, p. 91 e 92, grifado no original.

aspectos discricionários relacionados a determinados elementos, como os motivos ou objeto. MAURICE HAURIOU foi dos primeiros a perceber a importância da distinção (...).³⁸

Compreendemos válido aplicar esta lição ao processo civil, *especificamente ao campo da jurisdição voluntária*, em vista do modo como distinguimos a jurisdição da administração, e a jurisdição contenciosa da voluntária.³⁹ Considerando o art. 1.109 do Código de Processo Civil, ao juiz de jurisdição voluntária há mandamento jurídico expresso atribuindo-lhe competência discricionária em relação ao motivo da decisão final, *i.e.*, em relação à razão jurídica que irá aplicar ao caso concreto,⁴⁰ e como conseqüente, desobriga o juiz a obedecer o princípio de correspondência entre o pedido e a decisão final. A autorização do art. 1.109, no fundo, manda que a tutela judicial do interesse objetivo não seja frustrada nem mesmo pela lei, caso ela seja inconveniente ou inoportuna. Neste caso, outra razão jurídica deve ser aplicada, e havendo mais de uma com aptidão para oferecer o resultado querido é deveras irrelevante qual delas será eleita do ponto-de-vista do Direito (seria relevante, no entanto, se a técnica decisória fosse da legalidade estrita⁴¹).

Creemos que até este ponto é suficiente o que manifestamos sobre o princípio do indiferente jurídico ou discricionário. Adiante, quando tratarmos da motivação⁴² e dos

³⁸ TÁCITO, Caio. Poder Vinculado e Poder Discricionário. In: **Temas de Direito Público (Estudos e Pareceres)**. 1.º Volume. Renovar, 1997, p. 317.

³⁹ Cf. as lições de Botelho de Mesquita no subitem n. 42.6; cf. também subitem n. 63.2.1, quando tratamos do interesse processual no processo de atribuição.

⁴⁰ O Professor Eros Grau, também apoiado na lição de Seabra Fagundes, manifesta entendimento no sentido de que a “discricionariedade judicial” existe, porém, *depende de lei expressa* que atribua ao juiz a competência discricionária. Em coerência com seu entendimento, ele oferece como exemplo o art. 1.109 do Código de Processo Civil como norma que atribui expressamente ao juiz a competência discricionária (Cf. GRAU, Eros Roberto. Crítica da discricionariedade e restauração da legalidade (Cap. IX). In: **O Direito posto e o...**, sobretudo item “38”, p. 223 e 224.

⁴¹ É o que se pode apreender da lição que transcrevemos de Seabra Fagundes. Eros Grau discerniu muito bem este ponto. Tanto a técnica decisória por meio de juízos discricionários quanto a técnica decisória por meio de juízos de legalidade escolhem dentre várias soluções. A diferença é que, na primeira técnica, qualquer uma das possíveis soluções é válida perante o Direito; já na segunda técnica, embora o intérprete também tenha em geral à sua disposição uma série de soluções existentes, somente uma delas será válida perante o Direito, somente uma delas será possível *aos olhos do Direito*. (GRAU, Eros Roberto. Crítica da discricionariedade e restauração da legalidade (Cap. IX). In: **O Direito posto e o...**, sobretudo item “15”, p. 204 e 205).

⁴² Cf. subitem n. 71.9.

recursos⁴³ na competência discricionária, ficará completa a imagem que temos sobre a competência discricionária na jurisdição voluntária.

Resta destacarmos um ponto de importância capital para evitarmos no processo voluntário o autoritarismo judicial – o pior tipo, diga-se de passagem. O julgador só poderá valer-se do princípio discricionário em relação ao mérito do processo, *e jamais em relação ao procedimento*, sob pena de violar o princípio da legalidade no processo⁴⁴ e do devido processo legal voluntário.⁴⁵ Desta forma, em nosso entender o C. Superior Tribunal de Justiça acertou ao anular processo voluntário em virtude do julgador de primeiro grau ter aplicado o art. 1.109 para o procedimento voluntário de interdição.⁴⁶

71.5. Dissertando a partir do presente momento a respeito de aludidas⁴⁷ particularidades da jurisdição voluntária – informalidade,⁴⁸ simplicidade⁴⁹ e celeridade

⁴³ Cf. subitem n. 74.2.

⁴⁴ Cf. item n. 70.

⁴⁵ Cf. subitem n. 71.1.

⁴⁶ Parte da ementa: “(...) O art. 1.109 do CPC abre a possibilidade de não se obrigar o juiz, nos procedimentos de jurisdição voluntária, à observância do critério de legalidade estrita, abertura essa, contudo, limitada ao ato de decidir, por exemplo, com base na equidade e na adoção da solução mais conveniente e oportuna à situação concreta. Isso não quer dizer que a liberdade ofertada pela lei processual se aplique à prática de atos procedimentais, máxime quando se tratar daquele que representa o direito de defesa do interditando. Recurso especial provido”. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. **REsp 623047/RJ (2004/0010077-2)**. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Recorrido: Neli Marisa Ribeiro Dias da Luz. Relator: Nancy Andrighi. Julgado em 14 de dezembro de 2004. DJ de 07 de março de 2005, p. 250. Disponível também em: <<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=623047&&b=JUR2&p=true&t=&l=20&i=1>>. Acesso em 16 de novembro de 2005).

⁴⁷ Cf. item n. 42.6.

⁴⁸ Informalidade corresponde à redução de formas processuais, com menor rigor quanto às condições de lugar, tempo e meios de expressão.

⁴⁹ A simplicidade corresponde à eliminação de atos processuais ou enxugamento do conteúdo de atos processuais. Neste particular, Pontes de Miranda fala em “simplificação geral do procedimento” – referindo-se ao procedimento voluntário – e aduz: “têm-se reduzidas ao mínimo as exigências processuais(...)”. (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Tomo XVI (arts. 1.103 a 1.210). Rio de Janeiro: Forense, 1977, comentário ao art. 1.103, item “2”, p. 14). É útil também conferir ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. **A Uniformidade, a Simplicidade, e a Economia...**, cap. II (Simplicidade), embora inclua na simplificação também o difícil trabalho de diminuição de formas processuais.

procedimental⁵⁰ –, compreendemos que elas constituem características próprias da jurisdição voluntária, podendo ser elevadas à altura de princípios próprios dessa jurisdição.

Inicialmente, é preciso ter em mente que tais princípios nada tem a ver com o *princípio econômico* do processo, que, nas palavras de **JOÃO MENDES JUNIOR**, “consiste em fixar o numero de actos estritamente necesarios á ‘indole da acção’, o numero e duração de termos estritamente necesarios ao movimento e fluencia da instancia, o numero de emolumentos e custas com taxas razoavelmente remuneradoras das operações do procedimento”.⁵¹ Como se vê, o princípio em foco manda que o processo – usando palavras de **BOTELHO DE MESQUITA** – seja “sem complicações descabidas, nem simplificações desintegradoras”.⁵² Esta é a “ratio essendi” da economia processual. E ela, à evidência, é comum *a qualquer processo jurisdicional, seja ele contencioso ou voluntário*.⁵³

A prova-dos-nove de que os princípios da informalidade, celeridade e simplificação não se confundem com o princípio econômico, é o fato de que um procedimento formal, lento e de alta complexidade pode estar respeitando plenamente o ideal econômico: apenas não é informal, célere, e simples dado o fim a que se propõe.

---

⁵⁰ A redução de formas e também de conteúdos dos atos processuais repercutem na maior celeridade do processamento e julgamento da ação; embora não possamos ser ingênuos a ponto de acreditar que a informalidade seja totalmente aliada da celeridade. Lembremos da importância da preclusão para o movimento processual, e que ela só faz sentido em um procedimento minimamente ordenado e fixo – a não ser que se esteja referindo somente à preclusão máxima (Cf.: CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di Diritto Processuale...*, § 69; MARQUES, José Frederico. *Instituições...*, Volume II, § 93).

⁵¹ ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. *A Uniformidade, a Simplicidade, e a Economia do Nosso Processo Forense*. São Paulo: Siqueira, Nagel & C., 1915, cap. III, p. 33. Eis a manifestação desse princípio nas palavras de Paula Baptista: “Brevidade, economia, remoção de todos os meios maliciosos e superfluos, taes são as condições, que devem acompanhar o processo em toda a sua marcha. Assim, todos os actos, dilações, demoras, despesas inuteis são aberrações do regime judiciario em prejuizo do interesse dos individuos, das familias e da sociedade” (PAULA BAPTISTA, Francisco de. *Compendio de Theoria...*, § 72, p. 66 e 67).

⁵² BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio. Apresentação da edição de 1988 da obra ‘Teoria e Prática... In: *Teses, Estudos...*, V.1, p. 312.

⁵³ Ninguém que seja são é fã de formas inúteis que só consomem tempo e dinheiro das partes e do Estado, inclusive criando privilégios. O processo deve ser “acessível a todos, com vista a seu custo e à sua duração” (CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada. Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral...*, item “17”, p. 51).

Com efeito, o que nos parece correto é que esses princípios típicos do procedimento voluntário – informalidade, celeridade e simplicidade – *decorrem imediatamente do fato de não incidir sobre ele o devido processo legal em seu sentido clássico*. É aí que reside o significado dessas particularidades típicas da jurisdição voluntária: são conseqüentes do afastamento do devido processo legal previsto expressamente no texto do inciso LIV do art. 5.º da Lei Maior, e não podem ser confundidos jamais com o princípio da economia processual. A incidência do princípio dialético no lugar do contraditório e a do princípio do indiferente jurídico no lugar da legalidade são algumas conseqüências práticas do princípio do devido processo legal voluntário (que não tem como finalidade proteger réu algum) e, por sua vez, este último princípio decorre do fato do processo voluntário não tutelar direitos subjetivos. Esta é a razão-de-ser da *essência* do processo voluntário ser informal e simples, permitindo maior celeridade.⁵⁴ E havendo a incidência do clássico devido processo legal no procedimento contencioso, nele é *acidental* a existência de quaisquer desses três elementos. Este acidente tende a tornar-se propriedade quando a ideologia da instrumentalidade é colocada em prática, o que explica a jurisdição dos Juizados Especiais ser pretensamente contenciosa.⁵⁵

⁵⁴ O conseqüente da ausência de contraditório e ampla defesa é a possibilidade de *afrouxamento do procedimento voluntário*, pois para fins de validade do processo a regra é que passe a ser irrelevante a ordem de manifestação dos interessados. A aludida conseqüência da inexistência de contraditório e ampla defesa é, principalmente, expressão da *informalidade* procedimental, já que há um abrandamento no rigor da ordem lógica-cronológica a serem praticados atos processuais. Tal ausência também pode resultar na eliminação de ato processual típico de procedimento contencioso, como por exemplo, a reconvenção, já que é uma ação de contra-ataque do réu contra o autor. A nosso ver, referido exemplo diz respeito às particularidades *simplicidade* e *celeridade* procedimental, devido à supressão de ato processual, com repercussão na extensão e no desenvolvimento do procedimento. Em vista do princípio discricionário o ato decisório final do processo deixa de subjugar-se às amarras do princípio de necessária correspondência entre ele e o pedido. Este fato não deixa de ser expressão da *informalidade*, da *simplicidade* e da *celeridade* do procedimento voluntário.

⁵⁵ Não podemos olvidar que na ideologia instrumentalista, surge, inevitavelmente, um gravíssimo choque entre as três particularidades da jurisdição voluntária e a economia processual, cujo resultado é a absorção daquelas por este. A doutrina mais autorizada da instrumentalidade sustenta que a efetividade do processo “constitui expressão resumida na idéia de que o processo deve ser apto a cumprir integralmente toda a sua função sócio-político-jurídico, atingindo em toda a plenitude todos os seus escopos institucionais” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade...*, item “36”, p. 330, grifado no original). É uma efetividade tão ampla, que se propõe a alterar substancialmente o equilíbrio entre o princípio dispositivo e o inquisitivo, repercutindo profundamente na estrutura processual pela obliteração da fronteira que divide a jurisdição contenciosa e a jurisdição voluntária, a dano da primeira. Exemplo disso são os Juizados Especiais. Notemos que essa perspectiva torna o ideal de economia processual sinônimo do trinômio informalidade,

71.6. Sendo da essência do procedimento voluntário as três particularidades estudadas no item precedente – e portanto, do procedimento do processo de atribuição –, é preciso ter em mente que elas três possuem presença mais incisiva em determinados procedimentos voluntários. O que, de fato, explica esta presença em maior ou menor grau nos procedimentos voluntários é, aí sim, o princípio econômico: alguns procedimentos voluntários, devido “à índole da ação” (usando a terminologia de JOÃO MENDES), permitem que aludidas particularidades encontrem campo mais fértil.

Essa noção é importante para refletirmos sobre o princípio da demanda no processo de atribuição (*Nemo iudex sine actore; ne procedat iudex ex officio*).⁵⁶ A despeito deste princípio incidir sobre a jurisdição voluntária,⁵⁷ é nela que se acumulam as exceções, a saber: alienações judiciais; testamentos; herança jacente; bens de ausentes; coisas vagas; suspensão do tutor ou curador. Esses procedimentos voluntários em princípio mostram-se campos mais férteis para uma simplificação de maior grau – daí a supressão do ato de demanda. Por outro lado, o acúmulo de exceções na jurisdição voluntária – comparando com a contenciosa –, sem dúvida encontra sua principal razão no fato dela não tutelar direitos subjetivos, no fato de não incidir o devido processo legal em seu sentido clássico, o que diminui a importância do princípio da demanda para dar início ao processo – que não é, como se sabe, a única garantia de neutralidade do julgador.

O que nos importa aqui é saber se o princípio da demanda encontraria no processo de atribuição outra exceção, ou outro campo fértil para uma simplificação de maior grau a ponto de ser suprimido o próprio ato de demandar. A nosso ver, entendemos que não.

---

celeridade e simplicidade procedimental. Em verdade, os Juizados denotam que o ideal instrumentalista vai além da meta da economia processual, e é por esta razão que um procedimento formal, lento, e de alta complexidade nunca respeitará o ideal econômico na visão instrumentalista, mesmo que as formas, a lentidão e a complexidade sejam necessárias à realização do fim a que o processo se destina.

⁵⁶ Segundo Liebman, o princípio da demanda é justificado por duas razões: a primeira é a necessidade de assegurar imparcialidade e neutralidade do juiz, e a segunda razão é que a satisfação de direitos subjetivos dependem da vontade dos titulares, isto é, da livre determinação deles (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di Diritto Processuale Civile – Principi...*, item “71” (L’iniziativa di parte nel processo (o principio della domanda)), p. 134 a 135).

⁵⁷ CPC, art. 2.º c/c 1.104.

Em primeiro lugar, como já dissemos minuciosamente em outra oportunidade,⁵⁸ o conteúdo da separação do exercício do poder pode ser interpretado e reinterpretado quantas vezes forem necessárias. E as novas interpretações tanto podem advir diretamente do povo, como dos Poderes dos Estados no exercício de suas funções, sem que elas necessariamente causem qualquer conflito de atribuição. O Judiciário é o senhor da *última* interpretação da Constituição, e não da *interpretação* dela. Se não houver conflito ou dúvida de interpretação quanto às fronteiras atributivas, o Judiciário não deve interferir “sponte propria” no sistema de freios e contrapesos. Até porque, o maior capital dele é a confiança popular, e portanto, agir “ex officio” para tutelar o sistema de freios e contrapesos seria imprudência de suicida.

Em segundo lugar, ainda que o Judiciário e seus membros sejam, respectivamente, cercados de garantias para que não sejam submetidos a nada que não seja a própria lei, não se pode olvidar que o Judiciário é um Poder no sistema de freios e contrapesos, e que seus órgãos são elementos ativos neste sistema, com capacidade de frear, controlar e equilibrar outros órgãos. Sendo um jogador (“player”) no sistema de freios e contrapesos é evidente que o Judiciário possui interesse próprio neste sistema – atentai sobretudo à atuação política das associações de magistrados. Este interesse próprio do Judiciário no sistema de freios e contrapesos obviamente não o deslegitima para o processamento e julgamento dos conflitos de atribuição, contudo, certamente aconselha que ele aguarde ser provocado para processar e julgar conflitos de atribuição na via principal.

Portanto, compreendemos que o processo de atribuição está submetido ao princípio da demanda, consoante, aliás, manifesta-se autorizada doutrina constitucional genericamente em relação às ações diretas.⁵⁹ Visto o problema da demanda, foquemos nossa observação no princípio da igualdade.

---

⁵⁸ Cf. item n. 31.

⁵⁹ A propósito, autorizada doutrina constitucionalista salienta que no processo constitucional de via principal vigora o que ela chama de “princípio do pedido” – um outro nome para o princípio da demanda –, que condiciona a atuação jurisdicional do Tribunal competente (CLÈVE, Clemerson Mèrlin. *Declaração de inconstitucionalidade...*, p. 286 e 287; MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional...*, Título III, Capítulo II, itens “1.1”, p. 96 e 97; CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional...*, p. 963).

71.7. Faz muitos séculos que **ARISTÓTELES** esclareceu o mundo com esta valiosa reflexão: “(...) Por exemplo, parece que a igualdade seja justiça, e o é, com efeito; mas não para todos, e sim somente entre os iguais. A desigualdade também só o é entre aqueles que não são iguais”.⁶⁰ Com base nela, disse **RUI BARBOSA** em um de seus mais memoráveis escritos: “A regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigalam. (...) Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real”.⁶¹ **BANDEIRA DE MELLO** não se afasta dessa linha geral, destacando, porém, que “a igualdade é princípio que visa a duplo objetivo, a saber: de um lado propiciar garantia individual (...) contra perseguições e, de outro, tolher favoritismos”.⁶²

Pois bem. “O princípio isonômico (...)”, quem esclarece é **DINAMARCO**, “quando penetra no mundo do processo assume a conotação de *princípio da igualdade das partes*”.⁶³ Nesta linha, aspecto da maior relevância para o processo é que o órgão legislativo promova a igualdade substancial das partes, tentando compensar juridicamente as injustas desigualdades. O órgão jurisdicional, por sua vez, deve submeter-se à legalidade no processo e não deve favorecer ou perseguir quaisquer das partes. É a leitura que fazemos do art. 125, I da lei processual.

Não há porque negar o princípio da igualdade incidindo no processo de atribuição – ou qualquer outro de natureza voluntária –, afinal, se o processo de atribuição fosse fonte de favoritismos ou perseguições seria um instrumento do mal; deixaria de inspirar confiança aos interessados legitimados e à sociedade. Entretanto, é preciso lembrar, novamente, que no processo de atribuição não existem partes,⁶⁴ e não há tutela de direitos subjetivos.⁶⁵

⁶⁰ **ARISTÓTELES**. *A Política*. Livro terceiro, capítulo V, § 8.º.

⁶¹ **BARBOSA**, Rui. *Oração aos Moços...*, p. 26.

⁶² **BANDEIRA DE MELLO**, Celso Antonio. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3.ª edição. São Paulo: Malheiros, 1999, cap. IV, p. 23.

⁶³ **DINAMARCO**, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual...*, Volume I, item “82”, p. 208.

⁶⁴ Cf. subitem n. 42.6 e n. 63.1.5.

⁶⁵ Cf. subitem n. 36.3 e item n. 43.

Sendo assim, é justo que se admita que a incidência do princípio da igualdade é diferente no processo voluntário, uma vez que este não diz respeito a duas partes em conflito, a dois blocos que tentam provar e convencer o órgão jurisdicional de que seria o seu interesse o protegido por lei, e que portanto, é o seu interesse que deveria ser o protegido na decisão judicial final. Como bem disse Professor CÂNDIDO DINAMARCO, “quando o juiz é chamado a julgar [na jurisdição voluntária], *ele não vai considerar que existem duas pessoas em pé de igualdade com interesses a serem considerados*. Na jurisdição voluntária (...) o juiz já parte de uma premissa, com o intuito de proteger os interesses de uma determinada pessoa ou agregado de pessoas (família), naquele processo”.⁶⁶

Para explicarmos a igualdade no processo de atribuição, é necessário imaginarmos que no processo há *parte única*, e esta parte única é formada por *interessados legitimados* ao processo. Com efeito, tomemos como exemplo o conhecido do art. 191 do Código de Processo Civil. É um dispositivo que tem como fundamento o princípio da igualdade das partes, e que visa especificamente facilitar a participação dos litisconsortes que possuam procuradores distintos no processo.⁶⁷ À evidência, este dispositivo reside na lógica do processo contencioso; reside, portanto, na existência de duas partes e na necessidade de haver igualdade de tratamento entre ela, sendo incompatível com a jurisdição voluntária. Outro exemplo. Imaginemos uma ação de atribuição proposta, cujo interessado necessário seja órgão do Ministério Público. Sendo ele interessado necessário não será intimado para intervir no processo, mas citado como órgão conflitante. Nesta hipótese não faz nenhum sentido a aplicação do art. 188 do Código de Processo Civil, que, como se sabe, também se explica pelo princípio constitucional da igualdade das partes. Em primeiro lugar, o órgão do Ministério Público não irá contestar a ação voluntária de atribuição, por mais que ele empreste essa substância à sua manifestação. Em segundo lugar, se for o caso de recorrer, o Ministério Público não é parte passiva, não resiste à uma pretensão, não há lide a ser resolvida, não há ninguém que pretenda que a vontade concreta da lei seja atuada contra

---

⁶⁶ Cf. nosso item n. 43, grifamos.

⁶⁷ BUENO, Cássio Scarpinella. *Partes e Terceiros no Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003, capítulo III (Litisconsórcio), item “7.2”, p. 129: “A finalidade do artigo é clara e reconhecida a uma só voz pela doutrina. A existência de diversos procuradores para cada um dos litisconsortes exige uma dilação de prazos para viabilizar a prática dos diversos atos processuais, já que, consoante estabelece o art. 49, a cada um compete o andamento do processo”.

ele. Enfim, ele não é parte. O julgador simplesmente tutelará o interesse objetivo do equilíbrio dos Poderes do Estado brasileiro, e não o interesse de um dos interessados legitimados – o do proponente da ação ou o do órgão ministerial.

Dizemos o mesmo quanto à Fazenda Pública.

Entretanto, se no andamento do processo voluntário o órgão julgador impede – sem qualquer justo motivo – que um dos interessados legitimados manifeste-se, sequer permitindo a abertura de vista para ele, violará o princípio da igualdade e, neste caso particular, como consequência o princípio dialético.⁶⁸

Em vista de nossas reflexões trabalhadas sobre exemplos, entendemos, em primeiro lugar, que o princípio constitucional da igualdade *não serve para proteger partes no processo voluntário*, até porque elas não existem nele. Desta forma, todas as regras do Código de Processo Civil que tenham como conteúdo o princípio processual da igualdade *de partes*, em nosso entender, são inaplicáveis ao processo voluntário. O que nos parece correto é que o princípio da igualdade incide no processo voluntário *com vistas a garantir resultado prático legítimo à proteção do interesse objetivo*. É por essa razão que há violação do princípio da igualdade no último exemplo que oferecemos. Calar indevidamente um dos interessados legitimados, sem qualquer justo motivo, revela perseguição injusta que conspira contra a ordem natural, lógica e imutável do processo voluntário, *prejudicando a legitimidade da decisão final por não ser produto da participação de todos os interessados legitimados, mas somente daqueles simpatizados pelo órgão julgador*.

71.8. Segundo DINAMARCO, o princípio do juiz natural caracteriza-se, basicamente, por três fatores: “a) julgamentos *por juiz* e não por outras pessoas ou funcionários; b) *preexistência do órgão judiciário*, sendo vedados, também para o processo

---

⁶⁸ CPC, art. 1.105. Cf. o exemplo no subitem n. 71.1.

civil, eventuais *tribunais de exceção* instituídos depois de configurado o litígio; c) *juiz competente* segundo a Constituição e a lei”.⁶⁹ Vejamo-los no processo de atribuição.

Ninguém duvida da necessidade de que o órgão estatal julgador do conflito de atribuição esteja investido de jurisdição – considerando nosso sistema constitucional. Nesta linha, ele deve pertencer ao Poder Judiciário, nos termos de nossa Constituição, e deve ser constituído sempre de pessoas legalmente investidas no cargo de magistrado judicial. O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça enquadram-se nesta necessidade. No Brasil, qualquer outro órgão estatal a que compita o processamento e julgamento de conflito de atribuição deve estar investido de jurisdição.

Vale também para o processo de atribuição a exigência de pré-constituição e predeterminação do órgão jurisdicional competente, prevista em nossa Constituição,⁷⁰ caso contrário, ficaríamos muito vulneráveis aos golpes das marés de politicalha.⁷¹⁻⁷²

Na mesma linha da justificação precedente, no processo de atribuição o julgamento deve ser perpetrado por juiz competente. Neste sentido, em nossa Constituição há também o inciso LIII do art. 5.º, “in verbis”: “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”. Essa disposição, segundo LAURIA TUCCI, complementa a proibição de juízo ou tribunal de exceção.⁷³⁻⁷⁴

Há um quarto fator que consideramos de suma importância para complementar o conteúdo do princípio do juiz natural: é a previsibilidade do procedimento legal. É verdade que, à primeira vista, este aspecto não teria nada a ver com a idéia de um juiz natural; de um juiz que seja previamente constituído e com competência determinada para processar e

⁶⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual...*, Volume I, item “81”, p. 204, em itálico no original.

⁷⁰ Constituição/1988, art. 5.º, XXXVII: “não haverá juízo ou tribunal de exceção”.

⁷¹ Sobre “politicalha”, v. item n. 68.

⁷² Segundo Nelson Nery, “o que se pretende coibir com a regra do inciso n. XXXVII, do art. 5.º da Constituição Federal é a criação de órgãos judicantes para o julgamento de questões (civis e criminais) *ex post facto* ou *ad personarum*, salvo as exceções estatuídas na própria Constituição” (NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil...*, capítulo III, seção II, p. 67).

⁷³ TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1993, § 3.º, item “5”, p. 125 e 126.

judgar uma causa ou conflito. Porém, em nosso entender a previsibilidade do procedimento legal é de suma importância para que a própria idéia de juiz natural não pereça na prática. É que estando o juiz vedado a construir seu próprio procedimento à seu exclusivo talante, *acaba sendo afastado da tentação de privilegiar ou perseguir conflitantes no drama processual*, repercutindo beneficemente à imparcialidade visada pelo princípio em estudo.⁷⁵

71.9. Temos a chance de compreender um pouco melhor o princípio discricionário⁷⁶ ao estudarmos o princípio da motivação. Inicialmente, é preciso não perder de vista o óbvio: o Estado brasileiro é um Estado constitucional, logo, no Brasil o poder estatal não deve ser exercido arbitrariamente, porquanto seu exercício está condicionado aos fins impostos pela Constituição e pela lei.⁷⁷ Contudo, sabemos que as autoridades não descem ruflando asas diretamente do infinito azul, mas advêm do seio dos povos com todos os defeitos inerentes a esta condição. Valha a ironia de JAMES MADISON: “But what is government itself but the greatest of all reflections on human nature? If men were angels, no government would be necessary. If angels were to govern men, neither external nor internal controls on government would be necessary”.⁷⁸ Por isso, o comum é as autoridades serem suscetíveis, em maior ou menor grau, a abusarem de poder.⁷⁹

É aí que se justifica o dever delas motivarem sua conduta, prestando contas do poder que lhes foi investido. Sem dúvida, a obrigação de motivar impõe importante obstáculo prático contra decisões arbitrárias, porquanto sua função “é a de dar vida às condições necessárias” à decisão final do Estado, ou à “prolação do comando”.⁸⁰ A motivação corresponde a pelo menos parte do registro da concepção da decisão final, e daí porque

⁷⁴ Sobre competência, cf. subitem n. 72.3.

⁷⁵ Cf. item n. 70 e subitem n. 71.4.

⁷⁶ Cf. subitem n. 71.4.

⁷⁷ Cf. subitens n. 25.1 e 25.2.

⁷⁸ MADISON, James. *The Structure of the Government Must Furnish the Proper Checks and Balances...*, n.º 51, p. 163, tradução livre: “Mas o que é o governo a não ser muito dos reflexos da natureza humana? Se os homens fossem anjos, não seria necessário governo. Se os anjos governassem os homens, também não seria necessário controles externos e internos sobre o governo”.

⁷⁹ Cf. subitem n. 26.1.

ADA P. GRINOVER assevera, com razão, que a motivação possui como objetivo imediato “o de possibilitar o controle do raciocínio do juiz”,⁸¹ sendo, portanto, conforme assertiva de LIEBMAN, garantia de seriedade e ponderação da decisão.⁸² Em suma, ninguém duvida de que a motivação seja escudo importante contra todo tipo de arbitrariedade estatal,⁸³ e no Brasil é garantia constitucional expressa, sancionada com nulidade.⁸⁴

Entretanto, o princípio do indiferente jurídico⁸⁵ exige motivação muito mais exaustiva das decisões. Desta forma, aqui, a motivação não deve se limitar à um juízo lógico (premissa maior jurídica, premissa menor fatural, e conclusão), mas, conforme observação de ADA P. GRINOVER apoiada em BARBOSA MOREIRA, deve “superar os quadros da lógica formal para chegar à formulação de um juízo de valor”.⁸⁶ Vejamos essa necessária superação, de acordo com nosso entendimento.

Sabemos que o julgador do processo de atribuição (e voluntário em geral) está autorizado a eleger indiferentes jurídicos. Em vista disso, em primeiro lugar, a motivação deve conter argumentação que demonstre claramente que o indiferente jurídico eleito pelo julgador está em plena consonância com os valores da sociedade de seu tempo, evidenciando que a razão jurídica indiferente é “normal” e “legítima”, digna da

---

⁸⁰ BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio. A Autoridade da Coisa Julgada e a Imutabilidade da Motivação da Sentença. In: *Teses, Estudos...*, V. 2, § 5.º, item “22”, p. 130.

⁸¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle do raciocínio judicial pelos Tribunais Superiores brasileiros. *Ajuris*, n. 50, novembro, 1990, item “06”, p. 16.

⁸² LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di Diritto Processuale Civile – Principi...*, item “109” (La sentenza), p. 219.

⁸³ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao estado de direito. In: *Temas de Direito Processual Civil*. 2.ª série. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 83 a 95; BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio. O princípio da liberdade... In: *Teses, Estudos...*, V. 2, item “1.3”; CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A Motivação da Sentença no Processo Civil*. Tese de livre-docência. São Paulo: [s. n.], 1987, sobretudo item “5” e seus respectivos subitens, e conclusão; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual...*, Volume I, item “93”; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A Motivação das Decisões Penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, sobretudo capítulos III e IV; NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil...*, capítulo III, seção VIII; TÁCITO, Caio. O Princípio da Legalidade: Ponto e Contraponto. In: *Temas de Direito Público (Estudos e Pareceres)*. 1.º Volume. Renovar, 1997, item “II”.

⁸⁴ Constituição/1988, art. 93, IX.

⁸⁵ Cf. item n. 71.4.

⁸⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle do raciocínio..., item “05”, p. 13.

denominação “norma jurídica”.⁸⁷ Sem isso, em nosso entender, não é possível estabelecer uma premissa maior legítima à decisão final a ser proferida.⁸⁸

Outro ponto digno de reflexão é o problema da congruência que deve existir entre a razão jurídica eleita ao caso e a finalidade legal a ser alvejada. É próprio do regime de legalidade (jurisdição contenciosa) que o julgador não precise gastar muito tempo na justificativa desse liame, pois a própria lei traça o fim legal e dá o motivo que justifica sua incidência. No caso da jurisdição voluntária, ao contrário, é necessário que o julgador realce bastante na motivação da decisão a exposição da referida congruência, pois somente assim é possível o controle da decisão talhada no exercício da competência discricionária. É que, como bem observa **BANDEIRA DE MELLO**, “não há como separar o motivo da finalidade, pois são noções interrelacionadas”.⁸⁹ Não é por outra razão que **CAIO TÁCITO** afirma que “a finalidade do ato representa uma limitação à discricionariedade”, e em decorrência disso acrescenta que “a finalidade é, em última análise, um elemento sempre vinculado, que não comporta apreciação discricionária”.⁹⁰ Estamos preocupados, como é intuitivo, com um controle de fim da decisão discricionária.⁹¹

De acordo com essa idéia, no caso do processo de atribuição o órgão julgador deve listar os motivos que demonstrem não existir decisão alternativa que proporcionasse melhor proteção ao interesse do equilíbrio que deve existir entre os Poderes do Estado; ou, pelo menos, que o indiferente jurídico eleito não deve nada às demais soluções possíveis e igualmente válidas.

---

⁸⁷ V. amplamente nosso item n. 62, onde justificamos essa argumentação em nota de rodapé, ao negarmos que discricionariedade corresponda à arbitrariedade.

⁸⁸ Este trabalho de maior justificação da premissa maior também pode ser necessário na jurisdição contenciosa se, por exemplo, existir lacuna legal sobre determinada matéria e ainda não haver jurisprudência uniformizada tratando dela. Porém, tal exigência em um regime de legalidade é acidental.

⁸⁹ **BANDEIRA DE MELLO**, Celso Antônio. **Discricionariedade e controle judicial**. 2.^a edição, 6.^a tiragem. São Paulo: Malheiros, 2003, capítulo III, item “3”, p. 86. Aliás, nos Estados Constitucionais esta ensinança é indiscutível, pois neles cada Poder possui atribuições que correspondem a tarefas públicas; logo, o ato discricionário, tanto quanto o vinculado, deve atender aos fins postos pela lei.

⁹⁰ **TÁCITO**, Caio. **Poder Vinculado e Poder Discricionário...**, p. 319.

71.10. Quanto ao princípio inquisitivo, vimos que ele vigora em sede de jurisdição voluntária – incluindo a jurisdição constitucional –, nos termos do art. 1.107 do Código de Processo Civil: “Os interessados podem produzir as provas destinadas a demonstrar as suas alegações; mas ao juiz é lícito investigar livremente os fatos e ordenar de ofício a realização de quaisquer provas”.⁹² Em razão disso, dentre as várias manifestações dos princípios dispositivo e inquisitivo – perfeitamente opostas –, o que nos interessa é a que diz respeito à *produção probatória* no processo de atribuição.⁹³

Nosso estudo histórico⁹⁴ revelou que a regra do art. 1.107 do Código tem pouca utilidade no processo de atribuição, na medida em que os conflitos de atribuição sempre são julgados levando-se em consideração as manifestações dos conflitantes e a opinião do Ministério Público no papel de interveniente obrigatório. Não obstante, isso não quer dizer que o Supremo Tribunal Federal, no exercício da competência discricionária de processar e julgar conflitos de atribuição, não possa fazer uso do art. 1.107 caso haja necessidade de colher maiores elementos de convicção. Não só pode como deve.

O alargamento dos poderes de instrução do juiz não torpedeia o princípio da igualdade na jurisdição voluntária,⁹⁵ pois, como vimos, nela o julgador não considera que há “duas partes” a serem tratadas igualmente, mas parte da premissa de que deve proteger o interesse objetivo pertinente ao objeto mediato do processo.⁹⁶ Ao juiz é concedido alto poder de investigação dos fatos justamente pela tarefa de ter que adotar a solução mais

⁹¹ Cf. em detalhes, no subitem n. 74.2, quando tratamos do problema do recurso extraordinário na jurisdição voluntária.

⁹² Cf. subitens n. 42.5 e 42.6.

⁹³ Barbosa Moreira esclarece bem a amplitude e oposição dos princípios dispositivo e inquisitivo: “A expressão ‘princípio dispositivo’, encontrada na doutrina brasileira, é algo equívoca: costuma ser empregada acerca dos problemas diversos, como o da iniciativa da instauração do processo, o da delimitação da matéria a ser julgada, o da prova dos fatos relevantes. Em termos gerais”, conclui, “pode-se dizer que ela denota o predomínio da vontade das partes e uma correlata inibição do juiz. O ‘princípio inquisitivo’ refletiria tendência oposta” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O processo civil brasileiro: uma apresentação. In: **Temas...**, 5.ª série, item “II” (Alguns princípios fundamentais), p. 04 e 05, grifado). Sobre as diversas manifestações dos princípios dispositivo e inquisitivo, cf. também: MARQUES, José Frederico. **Instituições...**, Volume II, § 68, itens “313” ao “316”.

⁹⁴ Cf. capítulo segundo.

⁹⁵ Mas torpedeia na jurisdição contenciosa (SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas...**, 2.º volume, item “363” (princípio dispositivo), p. 79).

conveniente e oportuna à proteção do interesse objetivo. Neste sentido a lição do Professor **JOSÉ OLYMPIO DE CASTRO** é muito precisa, discreteando sobre a magna função do art. 1.107 à plena eficácia do art. 1.109 do Código de Processo Civil.⁹⁷

Encerrando este item, não podemos deixar de registrar que os amplos poderes instrutórios do julgador não prejudicam a atividade de produção probatória dos interessados legitimados.⁹⁸

71.11. O núcleo do princípio da oralidade, como se sabe, é a prevalência da palavra falada sobre a escrita nos atos de postulação e produção probatória.⁹⁹

---

⁹⁶ Sobre o princípio da igualdade na jurisdição voluntária, cf. item n. 71.7.

⁹⁷ CASTRO FILHO; José Olympio de. **Comentários...**, Vol. X, art. 1.103 a 1.220, comentário ao art. 1.107, item “13-A”, p. 47 e 48: “Já na segunda parte (...) o artigo [1.107] contempla um dos aspectos fundamentais da jurisdição voluntária, que, pela sua importância, juntamente com o princípio do art. 1.109, parte final, deve ser erigido em norma de destaque nas disposições gerais desse tipo de procedimento”. E mais adiante entra nos pormenores da investigação judicial: “(...) na jurisdição voluntária outra é a regra: mesmo não proposto o fato, seja porque o interessado que compareceu o não propôs, seja porque se verificou a revelia, ao juiz está assegurado o poder de livre investigação, quer quanto ao fato proposto, quer quanto ao fato não proposto, ou argüido, tudo visando, como está dito no art. 1.109, que completa o art. 1.107, à ‘solução que reputar mais conveniente e oportuna’”.

⁹⁸ É possível extrair esta conclusão das obras dos autores a seguir mencionados, mesmo que tal conclusão não esteja expressa em nenhuma delas (talvez pela obviedade): CASTRO FILHO; José Olympio de. **Comentários...**, Vol. X, art. 1.103 a 1.220, comentário ao art. 1.107, item “12”, p. 47; MARCATO, Antonio Carlos. **Procedimentos Especiais...**, título III, capítulo I, p. 342; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo...**, comentário ao artigo 1.107, p. 23 e 24.

⁹⁹ No entanto, orbitam em torno deste núcleo outros princípios – as “consequências” da prevalência da palavra oral, no dizer de Chiovenda – que dão vida, sim, à constelação da *oralidade*, e estão a seguir enumerados: imediatidade; identidade física do juiz; concentração processual; e irrecorribilidade das interlocutórias. Em contraposição à oralidade há o princípio da escritura, ou do procedimento escrito, pelo qual as partes (ou interessados legitimados) ficam obrigados ao uso da forma escrita para que suas declarações seja válidas. (Cf.: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O processo civil brasileiro: uma apresentação. In: **Temas...**, 5.ª série, item “II” (Alguns princípios fundamentais), p. 04; CHIOVENDA, Giuseppe. **Principii di Diritto Processuale...**, § 44 (Oralità e scrittura nel procedimento. Conseguenze della oralità. Concentrazione processuale), p. 677 a 692; MARQUES, José Frederico. **Instituições...**, Volume II, § 68, itens “317” ao “320”; SILVA, Ovídio A. Baptista; GOMES, Fábio. **Teoria Geral...**, p. 51 a 54 [texto de Ovídio Baptista]).

Em princípio, a prevalência da palavra oral sobre a escrita é bem compatível com um processo cujas particularidades sejam informalidade, simplicidade e celeridade.¹⁰⁰ Todavia, não nos parece que esta regra possa ser aplicada a todo e qualquer processo de jurisdição voluntária. Particularmente quanto ao processo de atribuição, a parte histórica de nosso estudo¹⁰¹ denuncia que a discussão oral à decisão final mostra-se de pouca valia, pois o debate em torno das fronteiras atributivas que cercam os Poderes, de fato, *envolve um aspecto extremamente técnico*. Seguindo esta vereda faz muito sentido CHIOVENDA dizer que “hoje nenhum processo pode ser puramente oral ou escrito”. Ele atribui a presença de um mínimo de escritura às “lides” (leia-se: processos) de civilizações mais avançadas, e a oralidade em sua pureza aos processos primitivos.¹⁰²

Logo, sem nenhuma pretensão de anular o art. 1.107 do Código de Processo Civil no que tange à possibilidade de determinação “ex officio” de provas orais,¹⁰³ ao processo de atribuição consideramos absolutamente prudente manter a predominância do princípio da escritura.

71.12. Iniciamos a justificação da coisa julgada voluntária em item precedente,¹⁰⁴ e julgamos pertinente que a concluamos neste momento.

Continuando, então, não parece justificável olvidar a existência de coisa julgada no campo voluntário, sobretudo porque o juiz de jurisdição voluntária também está obrigado a não incidir em prevaricação, concussão, ou corrupção, e nem determinar o desfecho de um processo influenciado por prova falsa.¹⁰⁵

---

¹⁰⁰ Cf. item n. 71.5.

¹⁰¹ Capítulo segundo.

¹⁰² CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di Diritto Processuale...*, § 44, item “T”, p. 679.

¹⁰³ Até porque pode ser útil olhar nos olhos da autoridade que esteja investida no cargo do órgão conflitante.

¹⁰⁴ Cf. item n. 63.5.

¹⁰⁵ Neste sentido, cf.: BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio. Da Ação Rescisória. In: *Teses, Estudos...*, Vol. 2, item “12”, p. 249.

Também não parece ser razoável sustentar a inexistência de coisa julgada material devido ao teor do texto do art. 1.111 do CPC.¹⁰⁶ Em primeiro lugar, como bem assinalou **PONTES DE MIRANDA**, o Código Processual Civil de 1973 não repete a redação do art. 288 do Código de 1939, logo, não pode ser inferido que o art. 1.111 tenha se referido à coisa julgada formal ou material tal qual o mencionado art. 288.¹⁰⁷ Em segundo lugar, conforme salienta **LIEBMAN**, “de certo modo todas as sentenças contêm implicitamente a cláusula *rebus sic stantibus*, enquanto a coisa julgada não impede absolutamente que se tenham em conta os fatos que intervierem sucessivamente à emanção da sentença: por exemplo, se o devedor paga a soma devida, perde a condenação todo o valor”.¹⁰⁸ Assim, não vemos impedimento jurídico para que as sentenças de jurisdição voluntária tornem-se também imutáveis pelo simples fato do dispositivo 1.111 autorizar a modificação da sentença na hipótese de ocorrerem “circunstâncias supervenientes”. Sem tais “circunstâncias supervenientes” nenhum julgador está autorizado a modificar a sentença de jurisdição voluntária.¹⁰⁹ E, quando elas estiverem presentes, o dispositivo é expresso ao prescrever que “a sentença poderá ser modificada, *sem prejuízo dos efeitos já produzidos*”.

¹⁰⁶ E.g.: CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e competência**. 13.^a edição. São Paulo: Saraiva, p. 40; CASTRO FILHO, José Olympio de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 5.^a edição. Vol. X, art. 1.103 a 1.220. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 69 a 73; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil...**, Tomo I, cap. XII (Procedimentos especiais de jurisdição voluntária), item “173”, p. 395; MARCATO, Antonio Carlos. **Procedimentos Especiais**. 10.^a edição. São Paulo: Atlas, p. 22 e 23.

¹⁰⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo...**, comentário ao artigo 1.111, p. 27.

¹⁰⁸ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos...**, § 2.^o, item “5”, p. 25; ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2.^a edição. Vol. IV, art. 332 a 475. Rio de Janeiro: Forense, comentário ao art. 471, p. 316 e 317. Botelho de Mesquita também comunga dessa opinião, e, diferente de Liebman, construiu sua teoria de coisa julgada considerando a idéia de que o efeito da sentença pode ser modificado após o trânsito em julgado, sendo este o motivo pelo qual considera que a coisa julgada não corresponde à imutabilidade dos *efeitos* da sentença, e sim do *elemento declaratório* (Cf. BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio. A coisa julgada. In: **Coisa julgada**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, cap. “I”, p. 01 a 19).

¹⁰⁹ É o que se pode extrair de: BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio. Da Ação Rescisória. In: **Teses, Estudos...**, Vol. 2, item “12”, p. 249; CARDOSO, José Eduardo Martins. A jurisdição voluntária..., *passim*, sobretudo item “6.2.2”; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo...**, comentário ao artigo 1.111, p. 27 e 28; SIDOU, Othon J. M.. A controvertida jurisdição voluntária. In: CALMON, Eliana; BULOS, Uadi Lamêgo. **Direito Processual: inovações e perspectivas...**, p. item “11”, p. 318; YARSHELL, Flávio Luiz. **Ação Rescisória – Juízos Rescindente e Rescisório**. São Paulo: Malheiros, 2005, item “56”.

Costuma-se afirmar, também, que não haveria coisa julgada material na jurisdição voluntária dada a ausência de lide, na medida em que somente as sentenças de mérito possuem aptidão para produzir coisa julgada material.¹¹⁰ Inicialmente, o que nos parece correto é que o conceito de mérito não corresponde ao de lide, conforme bem demonstrou **LIEBMAN** em relação à lide “carneluttiana”,¹¹¹ e posteriormente **DINAMARCO** em relação à lide “liebmaniana”.¹¹²

Este mesmo eminente Professor realçou que no Brasil há três principais posições em relação ao controvertido conceito de mérito,¹¹³ tendo ele se posicionado em uma quarta posição distinta – mais próxima da segunda posição listada em seu estudo –, reconhecendo o mérito na *pretensão*.¹¹⁴ **BOTELHO DE MESQUITA**, em suas aulas de Direito Processual Civil na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, manifestou sua compreensão de mérito no sentido de ser exatamente *o liame existente entre causa de pedir e pedido*, e esclarece o julgamento de mérito é iniciado sempre que o juiz passe a julgar questões cuja localização esteja no sentido deste liame.

Em nosso entender o conceito de mérito é este liame referido pelo Professor **BOTELHO DE MESQUITA**, e vemos nele pelo menos três vantagens. A primeira é que ele permite apartar, com maior precisão, o mérito das condições da ação, o que nos foi particularmente útil ao tratarmos das condições de admissibilidade da ação atributiva.¹¹⁵ A segunda é que ela permite explicar a existência de coisa julgada material não só nos processos de natureza contenciosa, mas igualmente nos de natureza voluntária em cujas estruturas o ato final é um verdadeiro pronunciamento do órgão jurisdicional,¹¹⁶ como é o

¹¹⁰ V., por todos, MARQUES, José Frederico. *Ensaio...*, § 29, p. 312 e 313.

¹¹¹ LIEBMAN, Enrico Tullio. O despacho saneador..., item “6” ao “9”, p. 220 a 223.

¹¹² DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil...*, Tomo I, cap. VI (O Conceito de Mérito em Processo Civil), item “109”, p. 253 e 254 (texto destacado pelo tamanho da fonte).

¹¹³ Ibidem, item “105”, p. 239, grifado no original: “Os autores que se detiveram um pouco na conceituação do mérito podem ser divididos em *três posições fundamentais*: a) os que o conceituam no plano das *questões*, ou complexo de questões referentes à demanda; b) os que se valem da *demand*a ou de situações externas ao processo, trazidas a ele através da demanda; c) especificamente, para os quais o mérito é a lide, *tout court* (Exposição de Motivos)”.

¹¹⁴ Ibidem, item “110”, p. 254 e 255.

¹¹⁵ Cf. item n. 63 e seus subitens.

¹¹⁶ E não uma decisão homologatória, cujo substrato é oriundo dos interessados legitimados (ou partes, no caso da jurisdição contenciosa).

caso, a propósito, do processo de atribuição.¹¹⁷ A terceira é permitir a concretização do princípio constitucional da segurança jurídica, sem prejudicar a abertura consentida pelo art. 1.111 do Código de Processo Civil que decorre do próprio fim do processo voluntário.¹¹⁸

Em conclusão, dada a incidência do princípio constitucional da segurança jurídica sobre o processo de atribuição, parece-nos sustentável que a decisão de mérito proferida nele tenha aptidão de produzir coisa julgada material. Próximo passo é estudarmos brevemente os pressupostos processuais do processo de atribuição.

72. Com toda razão **MONIZ DE ARAGÃO** pondera que não há uniformidade na doutrina quanto à classificação dos pressupostos processuais,¹¹⁹ e como nosso objetivo não é estudá-los em si mesmos mas focando o processo de atribuição, analisaremos o número mínimo de requisitos processuais que digam respeito à existência do processo de atribuição e seu desenvolvimento válido.¹²⁰

¹¹⁷ A ação de interdição, ação de guarda de filhos, são outros exemplos em cujos processos o ato final é um verdadeiro pronunciamento do órgão jurisdicional. Em vista disso, mesmo quem entenda anuláveis (art. 486, CPC) as decisões dos incisos II, III e V do art. 269 do CPC, em nosso sentir é rescindível sentença de jurisdição voluntária que consiste em verdadeira decisão proferida por órgão jurisdicional.

¹¹⁸ Cf. subitem n. 63.5.

¹¹⁹ **MONIZ DE ARAGÃO**, Egas D. *Comentários...*, comentário ao art. 267, item "511", p. 426.

¹²⁰ Sobre a doutrina dos pressupostos processuais, cf., além da indispensável obra de Bülow de 1868 (**BÜLOW**, Oskar von. *La Teoría de las Excepciones Procesales y los Presupuestos Procesales*. Traducción de Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: E.J.E.A., 1964); **ARRUDA ALVIM**, José Manoel de. *Manual...*, V. 1, capítulo XV (Pressupostos Processuais), p. 509 a 524; **BARBOSA MOREIRA**, José Carlos. Pressupostos Processuais. In: *Temas de Direito Processual Civil*. 4.ª série. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 83 a 93; **BOTELHO DE MESQUITA**, José Ignácio. Da Ação Civil.... In: *Teses, Estudos...*, § 13, item "41"; **BUZUID**, Alfredo. Do Despacho Saneador. *Revista de Direito Processual Civil*, vol. 1, 1960, p. 45 a 49; **CHIOVENDA**, Giuseppe. *Principii di Diritto Processuale...*, § 3 (Il processo come rapporto giuridico), itens II e III, p. 89 a 100; **MONIZ DE ARAGÃO**, Egas D. *Comentários...*, comentário ao art. 267, item "512", p. 426 e 427; **NEVES**, Celso. *Estrutura Fundamental do Processo...*, capítulo III (Pressuposto Processual e Supostos Processuais), p. 189 a 201; **VIDIGAL**, Luís Eulálio Bueno. Pressupostos Processuais e Condições da Ação. *Revista de Direito Processual Civil*, vol. 6, 1967, p. 05 a 11.

72.1. Indiscutivelmente, em vista do princípio da demanda reger o processo de atribuição, a demanda é necessária para que a relação processual exista, e o demandar concretiza-se com o oferecimento da petição inicial. É pressuposto de existência da relação jurídica processual.

Entretanto, este ato processual inicial só será reconhecido como válido pela lei processual se não incidir nas hipóteses em que o Código de Processo Civil atribui a ele a qualidade de inepto. Para ser apta a iniciar validamente a relação processual e permitir, se for o caso, a integral prestação da tutela jurisdicional pleiteada, a petição inicial deve ser conclusiva.¹²¹

72.2. Existe outro pressuposto processual de existência do processo, que inclusive está de acordo com o que dissemos em relação ao princípio do juiz natural: a necessidade de que o órgão estatal julgador do conflito de atribuição esteja investido de jurisdição.¹²² A esta altura só acrescentamos o que há de pertinente ao pressuposto de que tratamos: sem jurisdição não há processo, e nosso sistema é claro ao atribuir ao Judiciário o processamento e julgamento dos conflitos de atribuição pelas vias incidental e principal.

Outro pressuposto processual, de validade, é a imparcialidade do órgão julgador. Para que ela seja observada não basta que observemos ao princípio do juiz natural nos termos que expusemos.¹²³ É preciso, igualmente, que cada um dos julgadores que componham o órgão não esteja legalmente impedido para proferir o julgamento ou que não seja considerado suspeito.¹²⁴

---

¹²¹ Ou seja, deve conter claramente os elementos subjetivos e objetivos da ação (cf. nosso item n. 64 e seus subitens), e deve decorrer logicamente da narração dos fatos uma conclusão, e esta conclusão deve ser possível juridicamente além de não conter pedidos incompatíveis entre si (CPC, art. 295, I c/c seu parágrafo único).

¹²² Cf. item n. 71.8.

¹²³ Idem.

¹²⁴ CPC, art. 134, 135 e 137.

72.3. Em relação à competência para processamento e julgamento dos conflitos de atribuição, devemos observar o texto constitucional atual e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

72.3.1. A evolução legislativa que precedeu a competência do Superior Tribunal de Justiça, estabelecida no art. 105, I, alínea “g” da Constituição Federal, conforme visto em nosso detalhado histórico,¹²⁵ denuncia claramente que ela é compatível a um Estado que se assenta sobre o modelo de separação francesa do exercício do poder. Porém, devido à influência federalista norte-americana, ao tempo de 1967 tentou-se desastrosamente remendar o furo no plano constitucional,¹²⁶ e como conseqüente o art. 105, I, “g” da atual Constituição persiste como texto compatível à sua remota origem francesa, no entanto temperado com o federalismo norte-americano. Este tempero custou-nos muito caro devido à falta cometida pelo Constituinte de 1967: o preço que pagamos foi a cisão de competência de uma mesma matéria entre Tribunais Superiores.¹²⁷

Congruente com essa confusa sucessão histórica, verificamos no capítulo segundo que o Supremo Tribunal Federal, atualmente, tem negado-se a processar e julgar conflitos de atribuição na via principal pretextando que a competência seria totalmente do Superior Tribunal de Justiça, em vista do texto do art. 105, I, “g” da Constituição de 1988. Enquanto isso, o Superior Tribunal de Justiça tem interpretado restritivamente o texto da referida alínea “g”. O comportamento de ambos os Tribunais Superiores causa uma imensa lacuna de competência para o processamento e julgamento na via principal dos conflitos de atribuição, pois a esta altura não resta qualquer dúvida de que os conflitos de atribuição não se restringem a conflitos entre autoridades administrativas e judiciárias.

Para resolvermos este problema, o que nos parece melhor é admitir, em primeiro lugar, que os conflitos de atribuição descritos no art. 105, I, “g” da Constituição devem ser processados e julgados pelo Superior Tribunal de Justiça. Infelizmente, devido à trapalhada da Constituinte de 1967 e repetida pela de 1988, a competência de conflitos de atribuição e

---

¹²⁵ Cf. capítulo primeiro, sobretudo o item n. 05 onde há a síntese evolutiva.

¹²⁶ Cf. item n. 02.

¹²⁷ Cf. item n. 03.

federativos (híbridos) deve ficar cindida mesmo, com uma parte atribuída ao Superior Tribunal de Justiça.

Os demais conflitos de atribuição suscitados pela via principal que não incidam na competência expressa do Superior Tribunal de Justiça, como seguimento natural, devem ser de competência do Supremo Tribunal Federal. Esta competência residual está perfeitamente de acordo com nossa história constitucional, sobretudo com as magníficas manifestações de **PEDRO LESSA** e **OROSIMBO NONATO**, respectivamente, nos casos n. 199 e 1.399. A competência de que cogitamos não precisa ser expressa em um inciso específico no texto legal, pois, como dito esplendidamente por **OROSIMBO NONATO**, ela é consequência natural de nosso sistema político-constitucional, ou em suas próprias palavras, "(...) o órgão que devia resolver [o conflito de atribuição] seria o Supremo Tribunal, porque não há outro, [e] não por força de dispositivo da Constituição, *mas por força do sistema político que não deixa questão sem solução*".¹²⁸

A moderna negativa do Supremo Tribunal Federal em processar e julgar na via principal conflitos de atribuição, com a devida licença, é gravíssima renúncia de poder tamanha a afronta contra a Constituição, e esta traição inconstitucional só contribui para o desmantelamento do equilíbrio que deve existir entre os Poderes brasileiros. A negativa é, de fato, um comportamento que seria adequado ao Supremo Tribunal de Justiça do Império. Eis a decrepitude da atual interpretação do Supremo Tribunal Federal.

72.3.2. No que toca ao âmbito dos Estados da federação, a nosso ver é de competência dos Tribunais de Justiça processarem e julgarem os conflitos de atribuição que envolvam autoridades estaduais e municipais. Importante destacar que a Constituição Federal não regulou expressamente os conflitos de atribuição envolvendo autoridades estaduais (do mesmo ente federativo) e as municipais. Considerando que nestes planos federativos também vigora o princípio da separação do exercício do poder, este silêncio da Constituição Federal abre espaço para que as Constituições dos Estados estabeleçam a competência para processamento e julgamento dos conflitos de atribuição estaduais e municipais.

No caso específico do Estado de São Paulo, dispõe sua Constituição que “competete ao Tribunal de Justiça, além das atribuições previstas nesta Constituição, processar e julgar, originariamente: (...) IX - os conflitos de atribuições entre autoridades administrativas e judiciárias do Estado; (...)”.¹²⁹ No Regimento Interno do Tribunal de Justiça de São Paulo reza o “caput” do art. 613: “Os conflitos de atribuição, positivos ou negativos, entre autoridades administrativas do Estado ou dos Municípios, de um lado, e autoridades judiciárias da Justiça Comum do Estado, de outro, serão dirimidos pelo Tribunal de Justiça”. O processo de atribuição no âmbito paulista segue o procedimento do conflito de competência.¹³⁰

Os textos de São Paulo padecem de estreiteza equivalente ao do texto da Constituição Federal. Entendemos que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – a assertiva é aplicável também aos demais Tribunais – é competente para outros conflitos de atribuição além da tradicional dualidade autoridade administrativa de um lado, e autoridade judiciária do outro, e portanto, *neste caso específico* o Regimento Interno do Tribunal não incidirá em inconstitucionalidade se afirmar competência a quaisquer conflitos de atribuição, envolvendo, inclusive, autoridades municipais. Tal conclusão é decorrência natural de nosso sistema de separação do exercício do poder. Também entendemos que a aplicação do processo de conflito de competência à solução de conflito de atribuição deve ser cuidadosa, pois a existência de conflito de atribuição independe de afirmações recíprocas positivas ou negativas entre os conflitantes.¹³¹

72.4. Em relação às três capacidades – de ser parte, estar em juízo (“*legitimatio ad processum*”), e postulatória –,¹³² é conveniente que façamos uma breve análise primeiro pelo aspecto do particular, e depois pelo do órgão conflitante.

¹²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Conflito de jurisdição n.º 1.399. *Archivo Judiciario*, Rio de Janeiro, Vol. LXVII, Julho, Agosto e Setembro, 1943, p. 164, grifado pelo estudo.

¹²⁹ Constituição do Estado de São Paulo, art. 74, IX

¹³⁰ Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, art. 607 a 612.

¹³¹ Cf., amplamente, nosso item n. 37.

¹³² Capacidade de ser parte corresponde à capacidade de direito civil, isto é, condição de ser pessoa natural ou jurídica, ser centro de imputação de direitos e deveres. A capacidade de estar em juízo diz respeito à capacidade da pessoa estar no exercício de direitos e deveres para poder exercê-los no âmbito processual, ou

Em relação aos particulares, deve-se ter em mente, antes de mais nada, que tanto podem ser as pessoas naturais, como as jurídicas, bem como os entes despersonalizados previstos em lei¹³³ os quais AMARAL SANTOS reconhece como “partes formais”. A todos eles entendemos que se aplicam as regras tradicionais do sistema processual, devendo ser aferidas as capacidades de ser parte e de estar em juízo. É que, embora o processo voluntário não tutele direitos, a grande mola que impulsiona o agir dos particulares no processo de atribuição é a *defesa de seus direitos contra a abusiva ação ou omissão de órgão estatal*.¹³⁴ Não vemos razão alguma, “de lege lata”, para que a capacidade postulatória também não seja a *regra geral* na jurisdição voluntária, embora as particularidades da informalidade e simplicidade do procedimento possam autorizar sua ausência, desde que haja justa razão para tanto.

Em relação aos órgãos conflitantes, poder-se-ia objetar que faltaria a eles capacidade para ser “parte” e como conseqüente capacidade de estar em juízo. Em primeiro lugar, os órgãos não são partes, e não estão defendendo direitos subjetivos. Portanto, a idéia de capacidade de ser parte, no mínimo, deve ser relida. O que nos parece sensato é considerarmos a particularidade do direito material. “O conceito de conflito de atribuições se associa, intimamente”, é a lição irreprochável de CAIO TÁCITO, “ao princípio constitucional da autonomia e separação dos Poderes”.¹³⁵ Como se vê, a separação do exercício do poder é a fonte de conflitos entre os órgãos herdeiros da distribuição das tarefas públicas, ocorrida com a queda do absolutismo. Portanto, ainda que os órgãos sejam despersonalizados, entendemos que não há razão para que não sejam reconhecidos a eles

---

seja, quem possui capacidade de ser parte necessariamente não tem para estar em juízo e, nesta última hipótese, conforme seja o caso, deve ser representada ou assistida. Por fim, a capacidade postulatória significa que as partes ou interessados legitimados devem participar da relação jurídica processual por intermédio de advogado, que possui o “ius postulandi”. (Cf.: SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas...*, 1.º Volume, cap. XXXIII (Pressupostos Processuais referentes às partes), p. 351 a 361; SILVA, Ovídio A. Baptista; GOMES, Fábio. *Teoria Geral...*, Ponto VII, p. 133 a 141 [texto de Ovídio Baptista]; GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual...*, 1.º Volume, itens “17” a “20”; ARRUDA ALVIM, José Manoel de. *Manual...*, V. 1, itens “154”, “155” e “164”, e V.2, item “3”; BARBI, Celso Agrícola. *Comentários...*, Vol. I, item “88”, p. 82).

¹³³ CPC, art. 12, III, IV, V, VII, IX.

¹³⁴ Daí vem a razão da legitimidade “ad causam” dos particulares assentar-se nos direitos subjetivos. (Cf. subitem n. 63.1.2).

¹³⁵ TÁCITO, Caio. *Conflito de atribuições...*, p. 46.

capacidade de ser “parte” (mais precisamente, de “interessado legitimado”) e para estar em juízo. Tanto não há razão, que há quase um século o Supremo Tribunal Federal vem julgando conflitos de atribuição envolvendo órgãos estatais.¹³⁶

O único cuidado que nos parece conveniente para reconhecimento de capacidade de ser interessado legitimado e de estar em juízo aos órgãos conflitantes, é observar se eles são constituídos – seja por ato solene ou até pelo costume –, lembrando que o próprio Tribunal pode, por interpretação, complementar esta constituição se reconhecer neles papel relevante no sistema de freios e contrapesos. Se houver legislação que remeta sua representação em juízo a outro órgão estatal, consideramos que o conflitante necessariamente deve estar em juízo, pois é quem ocupa o cargo da unidade orgânica que deverá justificar a legalidade e constitucionalidade de sua ação ou omissão, ou acusar de ilegalidade e inconstitucionalidade a ação ou omissão de outro órgão.

Quanto à capacidade postulatória, no geral consideramos que os órgãos podem ser representados pelas suas respectivas procuradorias. No entanto, isso não é possível a todos os órgãos. Os órgãos judiciários, por exemplo, em todos os conflitos de atribuição manifestam-se sem intermédio de qualquer profissional que possua “ius postulandi”. O mesmo se diga para os órgãos legislativos, que, inclusive, podem conflitar entre si. Um conflito envolvendo agência reguladora e órgão da Administração Pública direta pode impedir que uma delas (provavelmente a agência, por questões políticas) manifeste-se em juízo por intermédio da procuradoria se esta for comum a ambas. Também é preciso lembrar que a procuradoria representa as unidades federativas e suas respectivas instituições, e não as autoridades que ocupam os respectivos cargos. A procuradoria, a nosso ver, tem obrigação de não se alinhar à autoridade que ocupa o cargo do órgão conflitante, caso entenda que a autoridade está causando um conflito indevido.

Esses casos denotam que a capacidade postulatória não pode ser rigorosamente cobrada dos órgãos conflitantes no momento em que o conflito de atribuição for reduzido a um processo. É, aliás, o que acontece na prática, se observarmos atentamente os casos analisados na parte histórica do estudo: não houve um caso sequer de desconhecimento do

---

¹³⁶ Em nosso sistema, a propósito, há outras circunstâncias nas quais são reconhecidas capacidade de ser “parte” e estar em juízo a entes despersonalizados, e.g., as Mesas Legislativas para proporem ação direta de

mérito em vista de falta de capacidade postulatória.¹³⁷ Juridicamente, o que justifica o menor rigor em relação à capacidade postulatória é o *princípio da informalidade*, que, como vimos, preside o processo voluntário e é decorrência da ausência de devido processo legal em seu sentido clássico.¹³⁸ Se houver justo motivo, este princípio autoriza que a regra geral de exigência de capacidade postulatória não seja aplicada.

72.5. É preciso estudarmos a citação, pressuposto processual para que o processo exista de forma completa e seja válido ao exercício do direito à administração da justiça em sua plenitude,¹³⁹ o que nos obriga a estudar o dispositivo 1.105 do Código de Processo Civil, “in verbis”: “Serão citados, sob pena de nulidade, todos os interessados, bem como o Ministério Público”.

A respeito deste dispositivo já tivemos oportunidade de indicar detalhadamente quem são os “interessados necessários” a figurarem na ação de atribuição – *i.e.*, os legitimados “passivos” em linguagem de ação contenciosa.¹⁴⁰ Também já estudamos o Ministério Público como interveniente obrigatório no processo de atribuição.¹⁴¹

O que nos resta tratar sobre este art. 1.105 do Código de Processo Civil, com vistas a compreender melhor o processo voluntário e especialmente o processo de atribuição, é identificar se a determinação jurídica de citar os interessados necessários, contida no referido artigo de lei, corresponde ao instituto processual do *litisconsórcio*.

---

inconstitucionalidade (Constituição/1988, art. 103).

¹³⁷ Cf. capítulo segundo.

¹³⁸ Cf. item n. 71.5.

¹³⁹ O processo existe sem a citação, embora a relação processual exija a citação do réu ou do interessado necessário para a completa relação processual. Neste sentido: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Pressupostos Processuais. In: *Temas...*, 4.ª série, item “4”, p. 86; BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio. Da Ação Civil.... In: *Teses, Estudos...*, § 13, item “41”, p. 103.

¹⁴⁰ Cf. item n. 63.1.5.

¹⁴¹ *Idem*.

Conforme salienta autorizada doutrina, a teoria processual do litisconsórcio assenta-se sobre a bilateralidade da relação processual,¹⁴²⁻¹⁴³ o que esbarra na inexistência de dualidade de partes no processo voluntário. Ainda assim, entendemos que isso não desautoriza de plano o litisconsórcio para a jurisdição voluntária, porquanto esta mesma autorizada doutrina menciona que o instituto do litisconsórcio pode ser classificado sob pelo menos três aspectos que nos interessa: quanto à sorte do direito material ou o regime de tratamento dos litisconsortes (simples ou unitário), quanto à obrigatoriedade ou não de sua formação (facultativo ou necessário), e quanto a posição processual (ativo, ou passivo ou misto).

Considerando esses critérios de classificação, podemos refutar desde já o que diz respeito à posição processual, já que no processo voluntário não há polaridade entre quem pretende e quem resiste.

Podemos também refutar a classificação que se funda no critério dos regimes de tratamento dos litisconsortes (simples e unitário). Para tanto, é útil que raciocinemos sobre um caso concreto. No processo de conflito de atribuição n.º 1.720 do ano de 1948,¹⁴⁴ logo após a citação da autoridade administrativa, imaginemos – apenas para fins de raciocínio – que no lugar dela defender seu ato administrativo tivesse ela, em pleno processo de jurisdição voluntária, reconhecido a procedência do pedido da autoridade judiciária (quem demandou a ação de atribuição). Em nosso entender, este reconhecimento jurídico do pedido jamais vincularia o órgão julgador. É que no processo de natureza voluntária o julgador está programado para tutelar um interesse objetivo, e não para tutelar os interesses dos conflitantes. Se a melhor forma de tutelar a “separação dos Poderes” não for

¹⁴² ARRUDA ALVIM, José Manoel de. *Manual...*, V. 2, item “29”, p. 80 e 81; BARBI, Celso Agrícola. *Comentários...*, Vol. I, comentário ao art. 46, item “282”, p. 191; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Litisconsórcio Unitário*. Rio de Janeiro: Forense, 1972, “Introdução”, item “2”, p. 11 e 12; BUENO, Cássio Scarpinella. *Partes e Terceiros...*, capítulo III (Litisconsórcio), itens “1” e “2”, p. 65 a 70; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*. 7.ª edição. São Paulo: Malheiros, 2002, capítulo II (Litisconsórcio: aspectos gerais), item “10”, p. 39 a 42 (Cf. também: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil...*, Tomo I, cap. VI (O Conceito de Mérito em Processo Civil), item “102”, p. 232); SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Volume I (Do Processo de Conhecimento, arts. 1.º a 100). 2.ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, comentário ao art. 46, item “3”, p. 197.

¹⁴³ Justamente o que explica a existência do critério de classificação que considera a posição dos litisconsortes na relação processual: litisconsórcio ativo, passivo ou misto.

compatível com o pedido da autoridade judiciária, mesmo que reconhecido como procedente pela autoridade administrativa, jamais o órgão julgador pode julgar procedente a ação atributiva declarando a atribuição como sendo da autoridade judiciária. Portanto, se na jurisdição voluntária o julgador não fica vinculado ao reconhecimento jurídico do pedido em vista da função e da estrutura do respectivo processo (tutela de interesse objetivo e parte única), de fato não há como pretender subjugá-lo ou ao regime simples ou ao unitário de litisconsórcio.¹⁴⁵

¹⁴⁴ Cf. item n. 12.

¹⁴⁵ Devemos notar que a brilhante distinção proposta por Barbosa Moreira entre “comportamento determinante” e “comportamento alternativo” e o princípio que ele enuncia a partir dessa distinção, *não faz nenhum sentido em sede de jurisdição voluntária* [O “comportamento determinante” é aquele que a lei confere influência decisiva para o desfecho do pleito. Para cada comportamento determinante “corresponde um comportamento alternativo, que não tem a propriedade de predeterminar, nem mesmo parcialmente, o conteúdo da regra jurídica concreta a cuja formulação se visa. Alternativo da revelia é o oferecimento da contestação; alternativo da omissão em recorrer é a interposição do recurso; alternativo da desistência é o prosseguimento do processo” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Litisconsórcio Unitário...*, item “95”, p. 161 e 162). O princípio que ele enuncia é: “No litisconsórcio unitário, os comportamentos determinantes só produzem seus efeitos típicos quando manifestados pela totalidade dos litisconsortes” (Ibidem, item “104”, p. 172)].

Note-se, ademais, que o reconhecimento jurídico do pedido encaixa-se no conceito de Barbosa Moreira nominado “comportamento determinante” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Litisconsórcio Unitário...*, item “126”, p. 203; BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio. *Litisconsórcio Unitário. Eficácia do reconhecimento do pedido por um só dos réus na ação de dissolução de sociedade*. In: *Teses, Estudos...*, V. I, itens “3” e “4”, p. 184 a 195). Porém, em vista do fim atribuído ao processo voluntário, o reconhecimento jurídico do pedido não é comportamento determinante (assumindo apenas para fins de raciocínio que tal reconhecimento faria sentido em um processo sem partes).

Podemos dizer o mesmo para a hipótese de desistência tendo em vista a ação atributiva. O interessado legitimado pode *propor* a desistência, todavia, se a efetivação da desistência conspirar contra o equilíbrio que deve existir entre os Poderes a aceitação da desistência por parte de todos os interessados não vincula o juiz a homologá-la, não tendo ele a obrigação de extinguir o processo sem julgamento de mérito [Em termos processuais, é nesse sentido, aliás, que a nosso ver deve ser interpretada a proibição de desistência nas ações diretas da Lei n.º 9.868 de 10 de novembro de 1999 (art. 5.º e art. 16)]. Também, a falta de manifestação dos interessados necessários não determina o julgamento antecipado da lide, pois não existindo contestação no procedimento voluntário não segue revelia alguma (NERY JUNIOR, Nelson. *Intervenção do Ministério Público nos Procedimentos Especiais...*, p. 13) *Em suma, considerando o que vimos, o regime unitário do litisconsórcio deve ser rejeitado para a jurisdição voluntária, uma vez que se funda na lógica de polaridade processual típica do processo contencioso. Pelo mesmo motivo, deve ser rejeitado o regime simples, prescindindo de maior demonstração para esta última afirmação.*

Resta-nos estudar a compatibilidade entre a jurisdição voluntária e o litisconsórcio quanto ao seu aspecto de formação (necessário e simples). Notemos que o “caput” do art. 47 do Código de Processo Civil coloca *a eficácia da sentença* na dependência da citação de todos os litisconsortes. O art. 1.105 *impõe nulidade ao processo voluntário*, na falta de citação de todos os interessados necessários para integrarem o processo. Perguntamos: será que é possível harmonizar a interpretação entre ambos dispositivos, dada a diferença dos textos?

A pista para desatarmos esse nó, em nosso entendimento, está no mandamento jurídico dirigido ao juiz que está contido parágrafo único do art. 47, “in verbis”: “O juiz ordenará ao autor que promova a citação de todos os litisconsortes necessários dentre do prazo que assinar, sob pena de declarar extinto o processo”.¹⁴⁶ CÂNDIDO DINAMARCO chama atenção para o fato de que o descumprimento deste dispositivo, na hipótese de não haver trânsito em julgado, tem levado a jurisprudência brasileira a anular o processo até o momento em que o julgador deveria ter cumprido a obrigação legal.¹⁴⁷ Com efeito, até este ponto, em nosso modesto entendimento existe plena harmonia entre os art. 47 e 1.105 do Código de Processo Civil, pois a ausência de citação no processo voluntário gera sua nulidade com a contaminação dos atos posteriores.

Resta-nos saber se a “ineficácia” prometida pelo art. 47 – prevista à hipótese do julgador sentenciar sem cumprir o mandamento do parágrafo único do art. 47 – é consentânea com o art. 1.105. CALMON DE PASSOS, em valiosa obra sobre nulidades, oferece-nos esclarecimento indispensável para solver nosso problema de interpretação, ao destacar que *a ineficácia nada mais é do que a nulidade decretada*.¹⁴⁸

¹⁴⁶ C/c CPC, art. 267, III.

¹⁴⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio...*, capítulo VI (Problemas do litisconsórcio necessário), item “63.1”, p. 253, especialmente nota “68”; itens “62.2” e “62.3”, p. 256 a 261.

¹⁴⁸ “Ato processual típico é o que se ajusta, com perfeição, ao modelo legal. A atipicidade é a imperfeição do ato. O ato imperfeito é eficaz (ato irregular) e somente perde a eficácia que lhe é própria quando judicialmente sancionado com a nulidade. Atipicidade e ineficácia são conceitos que se não implicam necessariamente, como por igual tipicidade e eficácia. Atípico e eficaz é o ato irregular. Atípico e ineficaz é o ato nulo.(...) O específico da nulidade reside em que ela é ineficácia do ato, judicialmente decretada, por força de sua atipicidade relevante” (CALMON DE PASSOS, J. J.. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, conclusões, item “112”, p. 146, além de

Se é assim, quando o art. 47 fala em ineficácia da sentença na hipótese de não haver citação de todos os litisconsortes, em verdade *ela já antecipa a nulidade da sentença* e dos atos que a precederam desde a citação. Assim, em linhas gerais acompanhamos DINAMARCO quando ele diz: “(...) no que se refere à inobservância das regras do litisconsórcio necessário, acontece uma relação inversa, entre ineficácia e nulidade: a antevisão daquela é que determina as exigências postas pelo legislador e a nulidade da sentença e outros atos, caso as exigências não sejam satisfeitas. A ineficácia prevista é, portanto, causa indireta da nulidade”.¹⁴⁹

De fato, em um ponto vamos um pouco além do mestre: se a lei já antecipa a ineficácia da sentença, a nosso ver, na prática, *nega qualquer liberdade para o juiz avaliar se irá ou não aplicar a sanção de nulidade na ausência de citação de litisconsorte necessário*. Verificada tal ausência, o julgador *deve* sancionar com nulidade a sentença, pois a própria lei, ao dizer que a sentença é ineficaz, já antecipou que o sancionamento deve acontecer.¹⁵⁰ Compreendemos que esta interpretação do art. 47 é coerente com a função que deve ter o art. 1.105 do Código de Processo Civil. A decisão final no âmbito da jurisdição voluntária é nula, por contaminação, caso não exista citação de todos os interessados necessários. É possível, inclusive, sustentar sua “ineficácia” no exato sentido do art. 47, ou seja, não permitir que o órgão jurisdicional tenha liberdade para decidir se irá ou não atribuir a sanção de nulidade ao ato de decisão final.

---

inúmeras passagens ao longo da obra). No mesmo sentido, Cândido Dinamarco, também apoiado em autorizada doutrina: *Litisconsórcio...*, capítulo VI (Problemas do litisconsórcio necessário), item “64.4”.

¹⁴⁹ *Litisconsórcio...*, capítulo VI (Problemas do litisconsórcio necessário), item “64.5”, p. 286.

¹⁵⁰ Neste sentido, a lei processual reafirma o que se extrai de nossa Constituição, especialmente do princípio do contraditório ou dialético (no caso de jurisdição voluntária). A ausência do ato de citação possui gravíssima relevância para decretação de nulidade da decisão final, a ponto da falta processual sobreviver até mesmo à coisa julgada, que, sabidamente, “funciona como sanatória geral dos vícios do processo” (LIEBMAN, Enrico Tullio. Nulidade da sentença proferida sem citação do réu. In: *Estudos sobre o Processo Civil brasileiro*. São Paulo: Bestbook, 2004, Título IX, p. 118). Essa nossa conclusão afasta a incidência dos art. 244 e 245 da lei processual civil, e no mínimo torna muito discutível a aplicação do parágrafo 2.º do art. 249.

A nosso ver, esta conclusão justifica-se pela violação do princípio dialético – e do contraditório, no caso de jurisdição contenciosa – ao qual já nos referimos,¹⁵¹ o que pode ocasionar um enorme prejuízo para a devida tutela judicial do interesse objetivo confiado pelo Parlamento. Especialmente quanto ao processo de atribuição, a ausência de qualquer conflitante pode impedir que um ponto-de-vista importante deixe de ser considerado no processo, e o resultado final poderá repercutir negativamente sobre a liberdade de turbas inteiras que estejam somente em trânsito ou que vivam no país.

Em conclusão, afirmamos que o instituto do litisconsórcio pode ser aplicado à jurisdição voluntária, *mas tão-só no aspecto da formação obrigatória (necessário)*, com base no art. 1.105 do Código de Processo Civil. Não vemos problema algum em dizer que o litisconsórcio da jurisdição voluntária corresponda exatamente ao litisconsórcio necessário, mesmo com o detalhe de que a idéia de litisconsórcio esteja sendo aplicada a uma parte única. É que o litisconsórcio necessário é claramente categoria que diz respeito somente à reunião de pessoas necessárias (partes ou interessados legitimados) à validade do processo. Logo, o fato de haver “parte única” não cria impedimento algum à incidência de juízo hipotético do tipo condicional que determine a citação de todos os interessados legitimados a determinado processo voluntário.¹⁵²

Nem se diga que o litisconsórcio necessário dependeria de algum dos regimes de tratamento de litisconsortes (simples ou unitário), pois o litisconsórcio necessário é categoria *autônoma*.¹⁵³ A existência e funcionamento do litisconsórcio necessário *não depende* dele estar vinculado a um daqueles regimes, não havendo motivo para que ele não funcione perfeitamente se acoplado ao regime de jurisdição voluntária. Podemos denominar a incidência restrita do litisconsórcio necessário na jurisdição voluntária de *litisconsórcio voluntário*, para que não haja confusão com todo o arcabouço jurídico do instituto do litisconsórcio construído para a jurisdição contenciosa.

---

¹⁵¹ Cf. item n. 71.2.

¹⁵² Diferentemente do que concluiríamos se estivéssemos a tratar da categoria que diz respeito ao tratamento dos litisconsortes (unitário ou simples).

¹⁵³ Diz Barbosa Moreira: “Ao nosso ver, a formulação de disciplina adequada para o litisconsórcio unitário deve assentar num cuidado fundamental: o de reconhecer a essa figura plena autonomia em face da

A utilidade de toda essa teorização pode ser resumida em dois aspectos: primeiro, é inconstitucional e ilegal, sob qualquer pretexto, deixar de citar o interessado necessário na jurisdição voluntária – muito menos sob pretexto de que não causaria prejuízo ao interessado necessário olvidado, em vista do processo não tutelar direitos; segundo, dado que o processo voluntário não tutela direitos dos interessados legitimados, a regra deve ser que eles não possam definir por eles mesmos o desfecho do processo, pois o interesse objetivo não é necessariamente congruente com o interesse deles.

73. Quanto à decisão final do processo de atribuição, compreendemos que ela deve ser elaborada à luz do art. 458 do Código de Processo Civil. Quanto ao requisito do relatório, compreendemos que o princípio da simplicidade – que preside o processo voluntário – *não legitimaria* a aplicação do art. 38 da Lei n. 9.099 de 26 de setembro de 1995, o que levaria à supressão do relatório da decisão. É que o relatório, conforme esclarece Professor ARAÚJO CINTRA, “é considerado requisito essencial da sentença porque a sua preparação serve para disciplinar o estudo dos autos pelo juiz e para evitar que alguma coisa de importância para o julgamento seja negligenciada ou esquecida”.¹⁵⁴ Logo, entendemos que a dispensa do relatório é dessas supressões que em nome da economia processual contribui à deslegitimação do processo e ao acúmulo de recursos nos Tribunais, já que não faltam recursos contra decisões “*citra*” ou “*extra petita*”, todas fruto da falta de disciplina ou atenção do julgador no estudo dos autos. Não foi sem razão que o saudoso THEOTONIO NEGRÃO sutilmente ironizou o mandamento do art. 38, dizendo: “Convém não exagerar, quanto a essa dispensa de relatório, porque, do contrário, haverá o risco de não se saber em que ação foi proferida a sentença e entre que partes...”¹⁵⁵

---

classificação litisconsórcio necessário – litisconsórcio facultativo (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Litisconsórcio Unitário...**, item “143”, p. 228).

¹⁵⁴ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2.^a edição. Volume IV, art. 332 a 475. Rio de Janeiro: Forense, 2003, comentário ao artigo 458, p. 283, grifado.

¹⁵⁵ NEGRÃO, Theotonio; GOUVÊA, José Roberto F.. **Código de Processo Civil e legislação processual em vigor**. 36.^a edição. São Paulo: Saraiva, 2004, nota 5 do art. 38 da Lei n.º 9.099/95, p. 629.

73.1. O efeito primário ou principal, conforme já manifestamos,¹⁵⁶ em nosso entender é declaratório e serve para solucionar dúvida quanto à repartição constitucional de atribuições do Estado brasileiro. Somente o efeito jurídico de declaração é capaz de atribuir à referida repartição certeza jurídica e oficial em torno de suas fronteiras.

73.2. Entendemos de grande utilidade que haja o seguinte efeito secundário,¹⁵⁷ sem prejuízo do principal: invalidação de atos inconstitucionais de órgão conflitante sem atribuição para produzi-los. Solucionado conflito de atribuição contra o órgão estatal conflitante que praticou o ato que deu início ao conflito, mostra-se extremamente proveitoso efeito secundário que invalide o ato que passou a ser reconhecido inconstitucional pela falta de atribuição. A finalidade deste efeito secundário seria aumentar o rendimento processual, tornando a decisão útil a qualquer um que seja acoimado pelo ato.

Esse efeito secundário de invalidação mostra-se especialmente importante pelo aspecto da legitimidade do particular para provocar a ação de atribuição, uma vez que é o efeito prático da invalidação do ato que o incentiva a provocar a solução do conflito de atribuição provocado por prática de ato inconstitucional.

---

¹⁵⁶ Cf., pelo menos, itens n. 63.4.3 e 64.2.1.

¹⁵⁷ É importante destacar que o efeito secundário (terminologia de Liebman, mas também é chamado de externo por Calamandrei e anexo pelo Professor Ovídio A. Baptista) decorrem diretamente da lei, diferente do efeito primário ou principal que depende do ato de vontade do julgador intermediando a vontade concreta da lei. A explicação para isso é que a lei autoriza o efeito secundário *à simples existência de decisão final que produza o efeito principal pleiteado*, logo, na teoria dos efeitos secundários, a decisão final é *fato jurídico em sentido estrito* (Calamandrei). Consequência disso é que os efeitos secundários não estão sujeitos à vontade juiz (Calamandrei, Liebman, Ovídio A. Baptista): querendo ele ou não, tais efeitos acontecem pela existência da sentença de procedência. Os efeitos secundários só não existem sem os principais (sem sentença de procedência). Isso significa que ao condenar o réu a determinado pagamento, não pode o juiz denegar o efeito da hipoteca judiciária, pois ela não está dentro de seu campo decisório, é algo que advém diretamente da lei, *pelo fato da sentença de procedência*. (cf.: CALAMANDREI, Piero. *Appunti sulla Sentenza come Fatto Giuridico*. In: *Studi sul Processo Civile*, Vol. Terzo, p. 131-140; LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos...*, § 4.º, itens “21” a “23”; SILVA, Ovídio A. Baptista da.

73.3. A despeito da grande controvérsia em torno da existência de ação de natureza “mandamental”, não podemos olvidar de tratar sobre possível efeito secundário que diz respeito ao modo pelo qual se dá a execução da decisão judicial.¹⁵⁸

Conforme veremos mais adiante em detalhes,¹⁵⁹ quando proferida decisão judicial que soluciona conflito de atribuição, o órgão jurisdicional competente deve expedir mandado para que a autoridade do órgão conflitante ao qual é, ou não, atribuída a tarefa pública, possa colocar em prática o teor da decisão judicial. A autoridade não pode oferecer resistência alguma a esta ordem judicial em vista da natureza pública da atividade que exerce.¹⁶⁰ Em nosso entender, portanto, aqui verifica-se efeito secundário mandamental na ação de atribuição. Esta natureza mandamental não exclui de forma alguma o efeito primário declaratório, já que o efeito mandamental, consoante ensina **BOTELHO DE MESQUITA** apoiado em amplos subsídios, diz respeito ao *modo como se cumpre* (“executa”) a decisão judicial. Logo, a decisão judicial que tenha o escopo de formar certeza jurídica (declaratória) pode ser qualificada, igualmente, de decisão judicial mandamental *em relação ao modo como ela é cumprida*.¹⁶¹

Eficácias da Sentença e Coisa Julgada. In: **Sentença e Coisa Julgada (Ensaio e Pareceres)**. 4.^a edição. Rio de Janeiro: Forense, 2003, ensaios, item “3.7” (Efeito Anexo da Sentença), p. 88 e 89).

¹⁵⁸ “Dentro desse quadro, é importante notar que essas ações se dizem mandamentais porque o cumprimento das respectivas sentenças independe de processo de execução; e não o contrário. Ou seja, não é porque alguém atribua a alguma sentença o *nomem juris* de “mandamental” que essa sentença passará a independe do processo de execução; é por não depender de execução que alguma sentença poderá qualificar-se como mandamental” (BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio. A sentença mandamental. In: **Teses, Estudos...**, V. 2, p. 173).

¹⁵⁹ Cf. item n. 75

¹⁶⁰ Idem.

¹⁶¹ É que, “em última análise, o que faz mandamental uma sentença é o fato de que, por força da função de que está investido aquele a quem o mandado é dirigido – outra autoridade ou oficial de justiça, que também é agente do Estado – a expedição e entrega do mandado consubstanciam tudo o que compete ao juiz promover para que se realize na prática a pretensão do demandante. A prestação jurisdicional se esgota com a entrega do mandado” (Ibidem, p. 182). Portanto, “poderão essas sentenças [as mandamentais] ser classificadas como condenatórias ou constitutivas, segundo tenham por escopo último uma alteração no campo dos fatos ou uma alteração exclusivamente no campo dos direitos, ou declaratórias, se tendentes à formação da certeza jurídica”. (Ibidem, loc. cit).

74. Em matéria de recursos, não pretendemos, nem de longe, esgotar o tema. Assumimos apenas o compromisso de tocar em alguns pontos que consideramos muito importantes na luta contra a arbitrariedade estatal.

74.1. Não temos dúvida de que os embargos declaratórios são cabíveis no processo de atribuição – como em qualquer outro, seja contencioso ou voluntário –, pois, “é inconcebível que fiquem sem remédio a obscuridade, a contradição ou a omissão existente no pronunciamento, *não raro a comprometer até mesmo a possibilidade prática de cumpri-lo*”.¹⁶² Deste possível comprometimento é que se evidencia a importância de **TERESA WAMBIER** asseverar que o fundamento dos embargos de declaração encontra-se, em última análise, no princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional.¹⁶³

74.2. Aos acórdãos que não sejam proferidos pelo Supremo Tribunal Federal, mas pelos demais órgãos jurisdicionais competentes,¹⁶⁴ entendemos ser útil algumas considerações sobre a possibilidade de interposição de recurso extraordinário, aspecto importante que tem sido escassamente explorado pela doutrina.

Como se sabe, o recurso extraordinário caracteriza-se por ser *de estrito direito*, tendo como fim imediato garantir a unidade do direito nacional, ou, como disse **PONTES DE MIRANDA**, assegurar: 1) a inteireza positiva; 2) a validade; 3) a autoridade; 4) a uniformidade de interpretação da Constituição Federal.¹⁶⁵ Não é recurso cujo fim imediato

¹⁶² Cf., com amplos subsídios: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários...*, comentário ao art. 535, item “298”, p. 544, grifado.

¹⁶³ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Omissão Judicial e Embargos de Declaração*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, item “1.1”, p. 15 a 52.

¹⁶⁴ Cf. subitens 71.3.1 e 71.3.2.

¹⁶⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967...*, Tomo IV (art. 118 a 153, parágrafo 1.º), p. 107; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários...*, comentário ao art. 540, item “317”, p. 576 e 577; MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso Extraordinário e Recurso Especial*. 8.ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, cap. V, item “2.2”; NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria Geral dos Recursos*. 6.ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, item 3.5.1.3, p. 437 (RPC – Recursos no Processo Civil); WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Controle das Decisões Judiciais por meio*

seja resguardar a situação particular das partes, mas sim a do sistema jurídico, e isso explica o porquê do recurso extraordinário ser “infernoso à simples alegação de injustiça do julgado recorrido”.¹⁶⁶

Nós sabemos, igualmente, que na jurisdição voluntária vigora o princípio do indiferente jurídico (ou discricionário),¹⁶⁷ o que torna o espírito da jurisdição voluntária, pelo menos em parte, antitético à unidade do direito nacional, e como conseqüente antitético aos recursos que visam garantir esta unidade. Considerando esta perspectiva, só seria possível reconhecer a aplicabilidade do recurso extraordinário – e os demais de estrito direito – no âmbito da ação voluntária *naquilo que o juiz da jurisdição voluntária não estiver investido de competência discricionária*, como é o caso, e.g., do procedimento e dos atos processuais.¹⁶⁸ Tal conclusão inferimos da preciosa lição de SEABRA FAGUNDES¹⁶⁹ conjugada com a de CAIO TÁCITO.¹⁷⁰⁻¹⁷¹

A prática forense tem confirmado nosso raciocínio, revelando incompatibilidade entre os recursos de estrito direito e as decisões de mérito voluntárias.¹⁷²

---

de Recursos de Estrito Direito e de Ação Rescisória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, item “6.7”, p. 245 e 246.

¹⁶⁶ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Recurso Extraordinário...**, cap. V, item “2.2”, p. 125.

¹⁶⁷ Cf. item n. 71.4.

¹⁶⁸ *Idem*.

¹⁶⁹ “A propósito de tais atos [refere-se aos atos administrativos discricionários], não é possível cogitar de nulidade relacionada com o motivo, com o objeto, ou com ambos, conforme a respeito de qualquer um desses requisitos, ou dos dois, possa deliberar livremente a Administração. No mais, entretanto, ou seja, quanto à manifestação da vontade (falta de competência para agir e defeito pessoal na vontade do agente), finalidade e forma, o ato discricionário incide nos mesmos casos de invalidez dos vinculados” (SEABRA FAGUNDES, Miguel. **O controle dos atos administrativos...**, item “41”, p. 92 e 93).

¹⁷⁰ É a lição que está no subitem n. 71.4.

¹⁷¹ Julgamos válida essa lição à jurisdição voluntária, ainda que ela seja especialmente dirigida ao Direito Administrativo. Cf. subitem n. 71.4.

¹⁷² No que diz respeito ao Supremo Tribunal, seu Regimento Interno – antes da emenda regimental nº 02, de 04 de dezembro de 1985 – vedava expressamente recurso extraordinário proveniente de procedimentos especiais de jurisdição voluntária, salvo exceções, como as ações de estado (art. 325). Após a emenda mencionada e com a promulgação da Constituição Federal de 1988, parece que o STF tende a manter esta posição – já que ela é de décadas. Cf., a propósito, MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Recurso Extraordinário...**, cap. V, item “2.1.1”, p. 118, onde indica julgados do Supremo que não conheceram de recursos extraordinários provenientes de jurisdição voluntária, já que não estaria configurada uma “causa” por não gerar contraditório entre os interessados.

No entanto, **FREDERICO MARQUES** sustenta visão diversa em seu magnífico estudo: “É admitido pela ‘communis opinio’ que cabe recurso extraordinário nos procedimentos dessa natureza. E a razão é óbvia: a Constituição fala em ‘causas’, termo amplo em nosso direito, aplicável a todas as questões ou processos ‘que se tratam em Justiça, seja em juízo contencioso, seja em juízo gracioso ou administrativo’, conforme dizia **TEIXEIRA DE FREITAS**”.¹⁷³ Embora a prática não esteja confirmando a idéia do grande mestre, entendemos, ainda assim, que a compreensão de **FREDERICO MARQUES** não deixa de estar correta por um determinado prisma que pretendemos, aqui, desnudar.

É que, a despeito de na jurisdição voluntária não ser possível controlar diretamente os elementos do acórdão sujeitos ao critério discricionário – aplicando a lição de **SEABRA FAGUNDES** –, não quer significar que seu mérito seja inexpugnável. Vivemos em um Estado Constitucional. Em nosso sentir, dado que as funções estatais são condicionadas pela Constituição e pelas leis à obtenção de específicas conseqüências, é válida para o

---

No que tange ao Superior Tribunal de Justiça, existe uma clara divisão em âmbito de recursos especiais provenientes de jurisdição voluntária: a grande maioria dos recursos refere-se a interpretação de dispositivos processuais – basicamente sobre conflito de competência (entre Justiça federal e estadual); violação do 535 do CPC; violação de alguns dispositivos de procedimentos voluntários, seja do geral ou de especiais do CPC, ou especial extravagante (p.ex., 213 da Lei de Registros Públicos). *Isso tem uma explicação lógica: vigora no plano processual o princípio da legalidade, e não discricionário.* Raríssimos julgados referem-se a casos que enfrentem questões de Direito material, e conseqüentemente o conteúdo da discricionariedade judicial. Estes poucos casos são interessantes por provarem a total incompatibilidade entre a estrutura de um recurso de estrito direito com a jurisdição voluntária. Veja-se, por exemplo, o Recurso especial de nº 100.294/SP (DJ de 19 de novembro de 2001, p. 276; ou RSTJ 170/361; ou LEXSTJ 149/044; ou <<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=100294&&b=JUR2&p=true&t=&l=20&i=1>>), que se refere a um caso de adoção. Neste caso, curiosamente, o Superior Tribunal examinou as provas colhidas em primeira instância para ver se havia possibilidade de modificar a r. decisão atacada (violando sua própria súmula 07), chegando à conclusão de que realmente não teria havido consentimento da mãe para adoção. Mesmo assim, entendeu que pelo fato da criança estar há mais de 10 (dez) anos com o casal adotivo e em ótimas condições, não havia como indeferir o pedido de adoção do casal. Resumindo: o STJ não conheceu do recurso do MP favorecendo a adoção para o casal – julgando abertamente contra a lei (neste caso processual!) –, e chegou a esta conclusão examinando as provas orais colhidas em primeiro grau. Tendo em vista que o intuito era justamente o de resguardar o interesse do menor, por tal razão sequer enfrentou a questão da violação dos dispositivos processuais 24 e 155 do ECA, pois se o fizesse, dificilmente escaparia de ter que reconhecer a inexistência do processo contraditório e a conseqüente violação daqueles – a despeito do TJSP opinar no sentido de que a mãe biológica teria sido muito bem defendida pelo seu patrono, insinuando que por este fato houvesse processo contraditório.

controle da decisão final voluntária a teoria do *desvio de poder*, também conhecida como *desvio de finalidade* (“*détournement de pouvoir*”). A terminologia, segundo CAIO TÁCITO, “procura indicar, graficamente, o movimento ilícito da vontade que, descumprindo a ordem legal, se dirige a alvo diverso daquele que lhe é determinado”.¹⁷⁴ Esclarece SEABRA FAGUNDES que na doutrina as opiniões são concordes em que a natureza discricionária da competência do ato “não exime o agente administrativo da fidelidade aos fins explícita ou emplicitamente previstos na lei”.¹⁷⁵ E complementa DI PIETRO, afirmando que “o grande passo no sentido de imposição de limites à discricionariedade administrativa foi dado a partir do momento em que se elaborou a teoria do desvio de poder”.¹⁷⁶

Conforme lastima BANDEIRA DE MELLO, a verdade doída é que há tantos casos de desvio de poder no Brasil, que nos força a acreditar que sejamos “expoentes nesta matéria”.¹⁷⁷ Daí a necessidade de, cada vez mais, pensarmos na teoria do desvio de finalidade também como um grande passo no sentido de impor limites mais eficazes à *competência discricionária da jurisdição voluntária*, mormente quando a matéria tutelada seja tão expressiva como é o conflito de atribuição. Este determinado prisma torna a assertiva de FREDERICO MARQUES impecável. Basta que enxerguemos o recurso extraordinário como *controle de finalidade* da decisão final voluntária.

Não vemos dificuldade teórica em enxergar este quadro, pois a despeito de julgarmos jurisdicional a jurisdição voluntária,¹⁷⁸ a verdade é que seu modo de operar não foge do modo da função administrativa. A doutrina majoritária que vê na jurisdição voluntária

¹⁷³ MARQUES, José Frederico. *Ensaio...*, § 29, p. 315.

¹⁷⁴ TÁCITO, Caio. O Desvio de poder no controle dos atos administrativos, legislativos e jurisdicionais. In: **Temas de Direito Público (Estudos e Pareceres)**. 1.º Volume. Renovar, 1997, p. 182. Mais adiante Caio Tácito diz que “o desvio de poder é, por definição, um limite à ação discricionária, um freio ao transbordamento da competência legal além de suas fronteiras, de modo a impedir que a prática do ato administrativo, calcada no poder de agir do agente, possa dirigir-se à consecução de um fim de interesse privado, ou mesmo de outro fim público estranho à previsão legal” (Ibidem, p. 182 e 183.). Bandeira de Mello define desvio de poder como “utilização de uma competência em desacordo com a finalidade que lhe preside a instituição” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2.ª edição. São Paulo: Malheiros, 2003, cap. II, item “II”, p. 56).

¹⁷⁵ SEABRA FAGUNDES, Miguel. **O controle dos atos administrativos...**, item “39”, p. 88, nota “137”.

¹⁷⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1991, Capítulo “2”, item “5.2.3”, p. 58.

¹⁷⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discricionariedade e controle...**, cap. II, item “VII”, p. 67.

função objetivamente administrativa (e subjetivamente “judiciária”), deve ver menos dificuldade ainda (pelo menos é o que diz a lógica). A propósito, há doutrina autorizada sustentando a teoria do desvio de poder a outras funções estatais.¹⁷⁹ A despeito das controvérsias que podem surgir contra esta doutrina quando é analisada pelo aspecto da jurisdição contenciosa,¹⁸⁰ enxergamos nela mais uma razão para aplicarmos a teoria do desvio de poder no âmbito da jurisdição voluntária.

Diante disso, pela teoria processual não vemos razão para as comportas do Supremo Tribunal Federal permanecerem totalmente fechadas aos recursos extraordinários em matéria de conflitos de atribuição, e mesmo em outras matérias de jurisdição voluntária. É preciso, contudo, considerando a hipótese de cabimento do recurso extraordinário, precisão na argumentação de contrariedade de preceito constitucional, uma vez que a competência dos Tribunais inferiores é discricionária. Se a argumentação se limitar a afirmar genericamente que a decisão final atacada viola texto de lei constitucional, não possui qualquer força de convencimento dado o mandamento contido no art. 1.109 do Código Processual Civil. Se a argumentação, um pouquinho mais sofisticada, afirmar que entende outra solução como sendo mais conveniente e oportuna, também é pobre em força de convencimento pelo mesmo motivo legal, além de ser argumentação mais compatível a um recurso de apelação.¹⁸¹ Em tais circunstâncias, inevitavelmente o recurso extraordinário estaria fadado ao naufrágio.

¹⁷⁸ Cf. justificativa no subitem n. 42.6 do capítulo quinto, e também o subitem n. 63.2.1 do capítulo sétimo.

¹⁷⁹ TÁCITO, Caio. O Desvio de poder no controle dos atos administrativos, legislativos e jurisdicionais..., p. 01 a 13; BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discricionariedade e controle...**, cap. II, item “XI”, p. 76.

¹⁸⁰ A teoria do desvio de poder só é útil havendo discricionariedade, o que já invalidaria sua aplicação no seio da jurisdição contenciosa. Dizemos isso, porque, conforme inolvidável lição de Seabra Fagundes, a competência discricionária *depende sempre de expressa autorização legal*, e não decorre de termos abertos ou do que parte da doutrina tem chamado erroneamente de “conceitos indeterminados”. Ademais, o art. 1.109 do CPC não é aplicável à jurisdição voluntária. Cf.: GRAU, Eros Roberto. Crítica da discricionariedade e restauração da legalidade (Cap. IX). In: **O Direito posto e o...**, p. 191 a 224; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Discricionariedade judicial. **Revista Forense**, n. 354, p. 232 a 234; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Existe a “discricionariedade judicial”? Ação declaratória de constitucionalidade. **Revista de Processo**, n. 70, p. 187 a 195. Em sentido contrário, sustentando que a discricionariedade não depende unicamente de lei, mas decorre também de “conceitos vagos” ou “indeterminados”, cf., por todos: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discricionariedade e controle...**, cap. I, itens “V” e “VI”.

¹⁸¹ Por meio do qual se procura revisão da decisão final sob o mesmo critério de conveniência e oportunidade. Neste sentido, Frederico Marques, em lição que não merece qualquer retoque, explica que no

Em nosso entender, as razões do recurso extraordinário devem conter argumentos que demonstrem claramente o desvio de poder praticado pelo Tribunal “a quo”, *i.e.*, devem conter argumentos que desnudem a solução adotada pela v. decisão atacada como algo *totalmente desviado e inadequado à finalidade constitucional* – aqui, sim, faz sentido falar em violação à lei constitucional. No caso dos conflitos de atribuição, esse desvio deve ser em relação à conservação do sistema de freios e contrapesos, para que fique configurada contrariedade à cláusula pétrea da Constituição.¹⁸² Nesta situação específica, o simples fato da v. decisão atacada ter sido proferida no exercício de competência discricionária *deixa de ser impedimento* para controle de mérito a ser praticado pelo Supremo Tribunal Federal.

Nessas condições – superado o referido impedimento –, o recurso extraordinário está congruente à função especial deste recurso de estrito direito. Ao afirmar que determinada decisão impugnada está desvencilhada da finalidade da cláusula pétrea de separação dos Poderes, e portanto, em contradição com a cláusula, está assegurando a inteireza positiva, a validade, a autoridade e a uniformidade de interpretação da Constituição. Se o Supremo Tribunal Federal nota desvio de finalidade e deixa de prover o recurso extraordinário, sob o argumento de que a v. decisão atacada foi proferida no exercício de competência discricionária, comete grave equívoco e acaba traindo a magna missão de garantir a *prevalência da Constituição*.

75. Para concluir o presente capítulo, neste item trataremos da implementação da decisão judicial que soluciona conflito de poder. Não se trata, à evidência, de execução forçada no sentido técnico do termo, já que o processo é declaratório e não constitui, portanto, título executivo; prescinde de ação de execução.

Em verdade, sequer seria possível pensarmos em atribuir efeito condenatório ao processo de atribuição com o fim de permitir a constituição de título executivo, considerando a hipótese do destinatário da ordem judicial não se dignar a cumpri-la espontaneamente. Ora, atribuição estatal nada tem a ver com direito subjetivo. É bastante

---

recurso ao órgão superior há tão-somente um “prolongamento da jurisdição voluntária” ao Tribunal. V. toda a transcrição de sua lição no item n. 71.3.

óbvio, portanto, que a solução do conflito de atribuição nada tem a ver com concretização forçada de sanção a substituir a falta de devedor em prestar sua obrigação, pois o processo de atribuição não se presta à tutela de direito algum, incluindo-se aí a espécie que exige prestação de terceiro para sua satisfação.¹⁸³ “Ad argumentandum tantum”, se o órgão jurisdicional competente se posicionasse como órgão estatal executivo, propondo-se a substituir a vontade do titular do cargo do órgão conflitante renitente, tomaria para si a atribuição deste órgão ao qual tenha acabado de atribuir a tarefa pública por decisão definitiva de natureza declaratória. Em poucas palavras, o órgão jurisdicional provocaria novo conflito de atribuição: entre ele próprio e o órgão estatal para o qual tenha acabado de atribuir a tarefa pública – situação deveras ilógica! para dizer o mínimo.

Sendo assim, como, então, esperarmos que seja efetivamente cumprida legítima decisão judicial que solucionou conflito de atribuição?

O órgão estatal conflitante simplesmente não pode negar o efeito prático da decisão judicial ou oferecer resistência ao seu cumprimento, quando intimado dela por meio de mandado.¹⁸⁴ Não pode pelo motivo do órgão estatal estar investido de um “dever-poder”;¹⁸⁵ não pode, em suma, dada a natureza pública da função atribuída ao destinatário da ordem judicial, destinatário este que é a autoridade que ocupa o cargo pertinente ao órgão estatal conflitante. Se ela, a autoridade, ao receber o mandado, não se prestar a colocar em prática a ordem judicial, então, no lugar dela coloca em prática ato de revolução. É de notar-se que a autoridade rompe duplamente com a cláusula constitucional pétrea da separação dos Poderes. O primeiro motivo é que a decisão do órgão jurisdicional competente deve visar a proteção do interesse do equilíbrio de forças entre os Poderes. Nesta perspectiva, desobedecer a ordem judicial corresponde a ferir a referida cláusula

¹⁸² Constituição/1988, art. 60, parágrafo 4.º, III.

¹⁸³ Sobre execução civil, é saudável lembrarmos a lição de Liebman: “A atividade desenvolvida pelos órgãos judiciários para dar atuação à sanção recebe o nome de execução; em especial, execução civil é aquela que tem por finalidade conseguir por meio de processo, e sem o concurso da vontade do obrigado, o resultado prático a que tendia a regra jurídica que não foi obedecida” (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de Execução*. São Paulo: Saraiva, 1946, § 1.º (Conceito de execução processual), item “2”, p. 15 e 16).

¹⁸⁴ A propósito, é esta constelação de fatores que torna igualmente “mandamental” a decisão judicial declaratória proferida no exercício da ação atributiva. Cf. subitem n. 73.3.

¹⁸⁵ É a feliz terminologia de Bandeira de Mello, sublinhando que o poder atrai necessariamente dever e responsabilidade. Cf. sua lição em detalhe no subitem n. 25.2.

pétrea. Segundo motivo é que ao colocar seu entendimento no lugar do entendimento oficial do Supremo Tribunal Federal ou de outro órgão jurisdicional competente, acaba assumindo o papel do próprio Tribunal. Além disso, se assume o papel do Tribunal deixa de reconhecer a *supremacia da Constituição*, pois coloca seu entendimento acima dela.

Em síntese, se o órgão jurisdicional competente solucionar conflito de atribuição que tenha sido manifestado em sua presença, e intimar os órgãos conflitantes de sua decisão, atribuindo a um deles a atribuição disputada, o órgão ao qual foi atribuída a tarefa pública *não* pode negar-se a cumpri-la, bem como, se for o caso, o outro órgão não pode persistir em querer realizá-la. A investidura de poder no Estado constitucional não permite que a autoridade investida de poder faça o que bem entenda.¹⁸⁶ No caso dela fazer o que bem entender, a depender de cada caso haverá possíveis crimes de responsabilidade, ilícitos federativos a suscitarem intervenção federal ou estadual, sem que se descarte, em muitos segmentos sociais e políticos, protestos irreprimíveis em defesa da Constituição. Ora, atender à ordem judicial não significa simplesmente obediência aos juízes, mas, antes, obediência à Constituição promulgada pelo povo.¹⁸⁷ E que não se tome “irreprimível” por “violento”, pois a justiça e a liberdade, em nosso entender, são próprias dos brandos e pacíficos.

---

¹⁸⁶ O poder não é propriedade do autoridade que está investido dele, e portanto, deve prestar contas ao seu verdadeiro proprietário: constituição/1988, parágrafo único do art. 1.º.

¹⁸⁷ Cf. advertência de James Bryce em nosso item n. 54.

§ 9.º ENCERRAMENTO.

SUMÁRIO: 76. Queda da Lei seguida pela queda da separação dos Poderes – 77. Maior orgulho dos ingleses: lição para os brasileiros – 78. Quinta-essência do presente estudo – 79. Pobreza da prática política brasileira: desapego a vulgaridades milenárias – 80. Item essencial à renovação da prática política brasileira – 81. Brisa renovadora: o *Primeiro Mandamento* na filosofia de Mestre Goffredo – 82. Banquete.

76. Causa relevante nas cíclicas sombras que cobriram a política brasileira é, sem dúvida, a crença fingida que temos pela legalidade, ou pelo menos, a má compreensão que temos dela. Não é demais repetir a queixa de RUI BARBOSA em relação às nossas vicissitudes em matéria de lei: “É verdade que a execução corrige, ou atenua, muitas vezes, a legislação de má nota. Mas, no Brasil, a *lei* se deslegitima, anula e torna *inexistente*, não só pela bastardia da origem, senão ainda pelos horrores da aplicação”.¹

Se observarmos atentamente a queda de cada um dos tantos regimes que vigeram em nosso país, sempre que se fez “tabula rasa” da separação do exercício do poder, fez-se igualmente, antes, da legalidade (leia-se, sobretudo, *Constituição*). Seja a lei solenemente disposta ou a nascida do costume, não é possível implementar real separação dos Poderes em cujo sistema a lei seja de regra vituperada,² pois “quando as leis cessam de proteger os nosso adversários, virtualmente cessam de proteger-nos. Porque a característica da lei está no amparar a fraqueza contra a força, a minoria contra a maioria, o direito contra o interesse, o princípio contra a ocasião. A lei desapareceu, logo que dela dispõe a ocasião, o interesse, a maioria ou a força. Mas, se há, sobre todos, um régimen, onde a lei não pode ser vicissitudinária, onde nenhuma conveniência pode abrir-lhe exceção à estabilidade, à impersonalidade, à imparcialidade, é o republicano. A república é lei em ação. Fora da lei, pois, a república está morta”.³

77. “A república é a lei em ação”. É na lei, deveras, que se encontra a liberdade – sobretudo entre fortes e fracos –, e também a solidez da separação dos Poderes. Tão grande é a importância desta idéia, que o maior orgulho dos ingleses e de seus descendentes não é

¹ BARBOSA, Rui. *Oração aos Moços...*, p. 36, em itálico no original.

² Cf. principalmente o item n. 25.1.

³ BARBOSA, Rui. *A Lei*. In: *Antologia...*, p. 93.

o fato de um dia terem sido senhores de um dos mais vastos Impérios que existiu sobre a Terra, o então conhecido “Império onde o sol jamais se põe”. Tampouco são os feitos de sua temida real marinha, cuja importância para o crescimento e desenvolvimento do Império é absolutamente inquestionável. O maior orgulho dos ingleses e de seus descendentes, segundo o fiel testemunho de **ROSCOE POUND**, é a *Magna Carta*.⁴

78. Diante deste quadro que rascunhamos, não encontramos razão para deixar de reconhecer a quinta-essência de nosso estudo na percepção de nosso maior constitucionalista, exatamente no que diz respeito à razão que existe entre Justiça e estabilidade do poder:

“ (...) Falsas noções da ordem nos levam a supor sempre que a força do poder está na ostentação da força. Mas em verdade, em verdade vos digo, senhores: o poder forte é aquele, cujo amor-próprio capitula à boa mente diante da lei. A força da força tem a sua fraqueza incurável na desestima da nação, que a odeia. *Quereis a estabilidade do poder? Fazei-o dócil à justiça*”.⁵

79. Contudo, devemos reconhecer que o valor da própria Justiça está condicionado ao tanto que se atribui a ela; e é sabido que o desrespeito à lei consente o desrespeito à sentença judicial, não sendo coincidência que esta hipótese deplorável ainda ocorra em nosso país. É verdade que não se pode atribuir a um único fator a existência do entronizado costume brasileiro de sistematicamente violar a legalidade. De qualquer forma, o que nos parece flagrante ao longo da história brasileira é que a *escassez de valores*

---

⁴ “Por meio desses dispositivos gerais [da Magna Carta] que, se imaginados para agravos particulares de classes em época e lugar determinados, se aplicam, entretanto, a agravos semelhantes em qualquer tempo ou lugar, a Magna Carta estabeleceu um sistema de governo constitucional, sendo assim justamente reverenciada como origem do órgão mais seguro de estabilidade social e política no mundo moderno e símbolo da supremacia da lei sobre os órgãos do governo e das garantias do indivíduo com relação à máquina administrativa, que, guiando-o e protegendo-o, não o esmagará, o que constitui o bem de que mais se orgulham os ingleses, e seus descendentes por toda parte do mundo” (POUND, Roscoe, op. cit., capítulo I (Na Inglaterra Medieval), p. 20).

⁵ BARBOSA, Rui. Oração perante o Supremo Tribunal Federal em 23 de abril de 1892. In: **Obras Completas de Rui Barbosa**. Vol. XIX (1892), Tomo III..., p. 94, grifado.

morais, se não foi sempre a principal causa de vituperação da legalidade, estava sempre entre os mais terríveis dos agravantes. A escassez de valores *morais* é fator de grande relevância para que deixemos de colocar em prática, no âmbito de nossa política, idéias democráticas das mais básicas. Ressoam ecos, por exemplo, da lonjura de mais de vinte séculos, lições de liberdade muito mais cúmplices da então adormecida democracia moderna do que a grande maioria das idéias políticas que se colocam em prática no Brasil. Vejamos o diálogo de um pai, subjugado pela sua própria desmedida ganância de absorver mais poder a qualquer custo, com seu filho:

“(…)

CREONTE – Por quê? Achas que devo governar com a opinião alheia?

HÉMON – Nenhum Estado pertence a um homem só.

CREONTE – A cidade então não é de quem governa?

HÉMON – Pensando assim serias um bom governador, mas de um deserto.

(…)”.⁶

Embora seja fruto do insuperável gênio grego, quem diria que tamanha lição de liberdade surgisse em plena sociedade antiga! onde a idéia de “liberdade individual” ainda pretendia despertar de profunda hibernação. Este pequeno exemplo revela a miséria institucional de nosso Estado republicano, considerando que, sequer, embebeu-se dessas “vulgaridades milenárias” – usando terminologia de **RUI BARBOSA**.

80. Em nosso entender, o que realmente falta para darmos um primeiro passo importante em direção a uma prática política mais iluminada não custa um centavo sequer, já que não está à venda em lugar algum. Tal item imprescindível chama-se *humildade*. Humildade para reconhecer que nossa prática política mal conseguiu absorver idéias deveras básicas sobre democracia, algumas pensadas já no mundo antigo em cuja onipotência do Estado era total, e que reunidas acabaram sendo parte do sopro das trombetas que sinalizaram definitivamente ao mundo da era moderna o pensamento democrático.

⁶ SÓFOCLES. *Antígona*. 2.ª edição. Tradução: Millôr Fernandes. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 33.

81. Neste sentido, vemos na filosofia de Mestre **GOFFREDO** – que direta ou indiretamente não deixa de ser Mestre de todos nós – a brisa fresca e renovadora de nossa política, nosso direito, nossa ciência. Vemos nela a possibilidade de restauração da legalidade, considerando que boas qualidades morais são indispensáveis à sua fortaleza. **GOFFREDO** relembra oportunamente, revendo a vida de Jesus Cristo, o ensinamento do *Primeiro Mandamento*: “ama a teu próximo como a ti mesmo”. Como ele próprio salienta, podemos deixar de lado o aspecto religioso do ensinamento de Cristo, ficando apenas com o que nele se exprime. Neste ensinamento encontramos “o princípio ‘mais alto’, a máxima anterior à singela norma do respeito pelo próximo”.⁷

GOFFREDO realça que o *Primeiro Mandamento* é condição preciosa de entendimento e harmonia, é recomendação basilar de interpretação das disposições jurídicas, e segue dizendo: “Quando os construtores e intérpretes se apartam dele [do *Primeiro Mandamento*] e o invertem, por erro ou por algum nefasto motivo, a *Disciplina da Convivência* perde seu alicerce, se desvirtua, se corrompe, passa a infelicitizar a comunidade. É o que acontece, por exemplo, quando a *disciplina legítima da convivência* é substituída pelo arbítrio, dos autocratas e déspotas. É também o que acontece nas épocas de falsa democracia, em que o Governo esquece sua verdadeira missão de *meio*, a serviço das pessoas; administra a Nação com cegueira para as necessidades vitais da multidão – despedado das carências e precisões das pessoas, dos trabalhadores de todas as categorias –, e se volta, com desalmada prioridade, para interesses ‘globais’, muitas vezes ilegítimos, de um Estado divorciado do Povo”.⁸

Com isso, Mestre **GOFFREDO** conclui sustentando que o amor é “a origem mais pura, mais profunda da legislação: a causa das causas. É a fonte natural do Direito”.⁹

Aí está muito do sanatório necessário às graves enfermidades morais de nossa prática política, sem o qual se inviabiliza a separação dos Poderes, já que, a despeito da separação supor a maldade humana e justamente tentar proteger as turbas dessa maldade, ela também

---

⁷ TELLES JUNIOR, Goffredo. *Iniciação na Ciência...*, § 175 (O Primeiro Mandamento), p. 383, grifado no original.

⁸ *Ibidem*, § 175, p. 384.

⁹ *Ibidem*, loc. cit.

precisa de um mínimo de bons sentimentos para sua eficácia. É que a prática política, assim como o direito e a ciência, não pode ser contra o amor. Não pode ser propriedade do fanático, do ganancioso ou do orgulhoso que sustente absurdos insustentáveis em nome de seu prestígio político e intelectual e com fins diversos que não seja o de colaborar ao bem das pessoas. Em nosso modesto modo de ver é o que se pode extrair da filosofia “goffrediana”, considerando que ela emprega o amor como a última trincheira da prática política, do direito, e da metodologia científica. É este entrincheiramento que habilita a filosofia “goffrediana” a merecer as mais sublimes honrarias, sem contar que ela denota leveza e pureza em um ambiente carregado e poluído, sobretudo por não deixar de colocar em relevo, mesmo implicitamente, o dever de cada pessoa – especialmente políticos e juristas – de esforçar-se pelo próprio aprimoramento moral. Ora, este dever torna-se inevitável se nem a prática política, nem o direito, nem a ciência podem ser contra o amor. Logo, torna-se menos político e menos jurista aquele que, dia após dia, não se engaja na duríssima tarefa de vencer totalmente ou pelo menos amainar os próprios vícios.

82.   Aí está o motivo pelo qual julgamos louvável a atitude de FEDRO inquietar-se pela falta de elogios dirigidos a Eros, em seu entender deus muito ilustre e poderoso. Sua inquietação foi capaz de dar início, no banquete de ÁGATON, a uma grande série de elogios ao amor. Por isso, este banquete – sem desprezar outros fatos históricos memoráveis – é fora de dúvida fonte de inspiração ao dever incessante, pessoal, e intransferível, de cada ser humano, investigar, no recôndito de sua alma, sobre o significado do amor, a fim de que cada vez mais tenha condições de evitar a violação de sua regra matriz: o *Primeiro Mandamento*. A pureza do pensamento de Mestre GOFFREDO revela-nos que o espírito do banquete não pode fenecer, sendo tal espírito, em verdade, vereda inevitável à restauração da legalidade e à implementação de autêntica separação dos Poderes, livres de quaisquer sofismas, chalaças e falsos pretextos.

§ 10.º FONTES.

SUMÁRIO: 83. Bibliografia (em ordem alfabética) – 84. Legislação brasileira relativa à pesquisa histórica (em ordem cronológica) – 85. Regimentos Internos do E. Supremo Tribunal Federal (idem) – 86. Casos julgados relativos à pesquisa histórica do segundo capítulo (idem).

83. Bibliografia (em ordem alfabética).

ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. **A Uniformidade, a Simplicidade, e a Economia do Nosso Processo Forense**. São Paulo: Siqueira, Nagel & C., 1915.

_____. **O Processo Criminal Brasileiro**. Vol. II. 3.ª edição. Rio de Janeiro: Typ. Baptista de Souza, 1920.

ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes. **Princípios Fundamentais de Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

AMARAL, Roberto; BONAVIDES, Paulo. **Textos políticos da História do Brasil**. V. 1. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1996, p. 601-602.

ANDRADE, Paes de; BONAVIDES, Paulo. **História Constitucional do Brasil**. 3.ª edição. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2.ª edição. Vol. IV, art. 332 a 475. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

ARMELIN, Donaldo. **Legitimidade para agir no Direito Processual brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

ARRUDA ALVIM, José Manoel de. **Código de Processo Civil Comentado**. Vol. I – art. 1.º a 6.º. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.

_____. **Ensaio sobre a litispendência no Direito Processual Civil**. Vol. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

_____. **Manual de Direito Processual Civil**. V. 1 (Parte Geral). 7.ª edição, 2.ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. 2.^a edição, 2.^a tiragem. Atualizada por Rosolea Miranda Folgosi. São Paulo: Malheiros, 2001.

AZEVEDO, José Affonso Mendonça. **A Constituição Federal Interpretada pelo Supremo Tribunal Federal (1891 - 1924)**. Rio de Janeiro: Typographia da Revista do Supremo Tribunal, 1925, p. 151, julgamento no item "406-A", de 29 de fevereiro de 1896.

BAASP (Boletim da Associação dos Advogados do Estado de São Paulo), n. 2.394, de 22 a 28 de novembro de 2004, ano XLVII, Editorial, p. 01 e 02.

BALEEIRO, Aliomar; LIMA SOBRINHO, Barbosa. **Constituições Brasileiras: 1946**. Vol. V. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001 (Coleção, Constituições Brasileiras).

_____. **Constituições Brasileiras: 1891**. Vol. II. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001 (Coleção, Constituições Brasileiras).

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Apontamentos sobre a teoria dos órgãos. **Revista de Direito Público**, v. 04, n. 16, abril-junho, 1971, p. 30 a 37.

_____. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3.^a edição. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. 17.^a edição. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. **Discrecionariedade e controle judicial**. 2.^a edição, 6.^a tiragem. São Paulo: Malheiros, 2003.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **A Theoria das Constituições Rígidas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1934.

BARBI, Celso Agrícola. **Ação declaratória principal e incidente**. 4.^a edição. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

_____. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 11.^a edição. Vol. I, art. 1.^o ao 153. Atualizadora: Eliana Barbi Botelho. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao estado de direito. In: **Temas de Direito Processual Civil**. 2.^a série. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 83 a 95.

_____. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 11.^a edição. Vol. V, art. 476 a 565. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. **Litisconsórcio Unitário**. Rio de Janeiro: Forense, 1972.

- _____. **O novo processo civil**. 22.^a edição, 5.^a tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- _____. O processo civil brasileiro: uma apresentação. In: **Temas de Direito Processual Civil**. 5.^a série. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 01 a 24.
- _____. Pressupostos Processuais. In: **Temas de Direito Processual Civil**. 4.^a série. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 83 a 93.

BARBOSA, Rui. Juristas e Retóricos. In: **Antologia**. Seleção, prefácio e notas de Luís Viana. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1953.

_____. Política e Politicalha. In: **Antologia**. Seleção, prefácio e notas de Luís Viana. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1953.

_____. A Lei. In: **Antologia**. Seleção, prefácio e notas de Luís Viana. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1953.

_____. Competência do Supremo Tribunal. In: **Collectanea Juridica – O habeas corpus. A amnistia. O Supremo Tribunal no nosso mecanismo político. Cessões de clientella. As condecorações. A posse dos direitos reais**. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1928.

_____. **Commentarios á Constituição Federal brasileira**. Colligidos e ordenados por Homero Pires. Vol. I (Das disposições preliminares). São Paulo: Saraiva, 1932.

_____. **Oração aos Moços**. Edição popular anotada por Adriano de Gama Kury. 5.^a edição. Casa de Rui Barbosa: Rio de Janeiro, 1999.

_____. **Os actos inconstitucionaes do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal**. Capital Federal [Rio de Janeiro]: Companhia Impressora: 1892.

_____. Tribunal de Contas. Exposição de Motivos. In: **Obras Completas de Rui Barbosa**. Vol. XVIII (1891), Tomo III. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura.

_____. Oração perante o Supremo Tribunal Federal em 23 de abril de 1892. In: **Obras Completas de Rui Barbosa**. Vol. XIX (1892), Tomo III, Trabalhos Jurídicos – Estado de sítio. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura, 1956.

_____. O voto do Senhor Ministro Pisa e Almeida. In: **Obras Completas de Rui Barbosa**. Vol. XIX (1892), Tomo III, Trabalhos Jurídicos – Estado de sítio. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura, 1956.

_____. Posições invertidas; a liberdade no Império; a opressão na República. Os arestos da justiça imperial mantendo *habeas corpus* contra a sentença da justiça republicana denegando-o. In: **Obras Completas de Rui Barbosa**. Vol. XIX (1892), Tomo III, Trabalhos Jurídicos – Estado de sítio. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura, 1956.

_____. Tribunal de Contas. Exposição de Motivos. In: **Obras Completas de Rui Barbosa**. Vol. XVIII (1891), Tomo III. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura, 1956.

_____. O Supremo Tribunal Federal na Constituição Brasileira. In: **Pensamento e ação de Rui Barbosa**. Seleção de textos pela Fundação Casa de Rui Barbosa. Coleção Biblioteca Básica Brasileira. Brasília: Senado Federal, 1999.

BARENDT, Eric. Is there a United Kingdom Constitution? **Oxford Journal of Legal Studies**, vol. 17, number 1, Spring 1997, p. 137 a 146.

BARRETO, Célia de Barros et al. O Brasil Monárquico. Vol. I, Tomo II. In: BUARQUE DE HOLANDA, Sérgio (Direção). **História Geral da Civilização Brasileira**. 2.^a edição. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1965.

_____. O Brasil Monárquico. Vol. II, Tomo II. In: BUARQUE DE HOLANDA, Sérgio (Direção). **História Geral da Civilização Brasileira**. 2.^a edição. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1965.

BARRETO, Tobias. A questão do poder moderador. In: **Estudos de Direito**. Publicação Posthuma dirigida por Sylvio Romero. Rio de Janeiro: Laemmert & C., 1892.

BARROSO, Luis Roberto. Agências reguladoras. Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática. **Revista Forense**, n. 365, p. 85 a 105.

_____. **O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 6.^a edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BASILE, Juliano. Cade desafia AGU e aprovação de fusão de bancos [sic]. **Valor Econômico**. Seção de Finanças. São Paulo, 28 de outubro de 2004, p. C2.

BASTOS, Celso Ribeiro; VARGAS, Alexis Galiás de Souza Vargas. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, n. 30, p. 69 a 77.

_____; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. V. 4, tomo I (art. 44 a 69). 2.^a edição. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. **Hermenêutica e Interpretação Constitucional**. 2.^a edição. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional.

BATTAGLINI, Mario; MININNI, Mattia. **Manuale Legislativo della Corte Costituzionale – com i lavori preparatori, la giurisprudenza e note di richiamo**. Padova: CEDAM, 1957.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Comentário ao art. 1.^o do CPC. In: MARCATO, Antonio Carlos (Coordenador). **Código de Processo Civil Interpretado**. São Paulo: Atlas, 2004.

_____. Discricionariedade judicial. **Revista Forense**, n. 354, p. 232 a 234.

BERGER, Raoul. "Due Process Law" (Cap. 11). In: **Government by Judiciary – The transformation of the Fourteenth Amendment**. Second edition. Indianapolis: Liberty Fund, 1997 (originalmente publicado em 1977).

_____. "From Natural Law to Libertarian Due Process" (Cap. 14). In: **Government by Judiciary – The transformation of the Fourteenth Amendment**. Second edition. Indianapolis: Liberty Fund, 1997 (originalmente publicado em 1977).

BERCOVICI, Gilberto. Carl Schmitt, o Estado total e o guardião da Constituição. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, n. 01 propondo estudos sobre "Justiça Constitucional", janeiro-junho, 2003, p. 195 a 201.

BICUDO, Hélio. O verdadeiro caminho da democracia. In: SADER, Emir (organizador). **Constituinte e democracia no Brasil hoje**. 3.^a edição. São Paulo: Brasiliense, 1985.

BIN, Roberto. **L'Ultima Fortezza – Teoria della Costituzione e conflitti di attribuzione**. Milano: Giuffrè, 1996.

BITTENCOURT, C. A. Lúcio. Alguns aspectos da Carta Constitucional. **Revista Forense**, n. 73, p. 41 (grifado no original).

BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral da Política – a Filosofia Política e as Lições dos Clássicos**. Organização: Michelangelo Bovero. Tradução: Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História Constitucional do Brasil**. 3.^a edição. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

_____; AMARAL, Roberto. **Textos políticos da História do Brasil**. V. 1. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1996, p. 601-602.

BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio. A coisa julgada. In: **Coisa julgada**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 01 a 19.

_____. Conflito entre a intangibilidade da coisa julgada e outro princípio constitucional. Um falso problema. In: BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio. In: **Coisa julgada**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, 89 a 123.

_____. [Sobre o mandado de injunção]. In: CONGRESSO NACIONAL (Brasil). **Diário do Congresso Nacional**, da terça-feira do dia 17 de abril de 1990, Seção I. Disponível no sítio digital da Câmara dos Deputados: <<http://www.camara.gov.br/>>

_____. Do mandado de segurança. **Revista do Advogado**, n. 7, out.-dez., 1981, p. 81 a 87.

_____. O mandado de segurança: contribuição para seu estudo, **Revista de Processo**, n. 66 (1992), p. 122 a 137.

_____. Da propositura da ação de mandado de segurança. **Revista dos Tribunais**, n. 418 (1970), p. 19 a 30.

_____. A execução das decisões do CADE. **Revista Forense**, n. 344, p. 111 a 120.

_____. Apresentação da edição de 1988 da obra 'Teoria e Prática do Processo Civil e Comercial' de Francisco de Paula Baptista. In: **Teses, Estudos e Pareceres de Processo Civil**. Vol. 1, p. 308 a 314.

_____. A Autoridade da Coisa Julgada e a Imutabilidade da Motivação da Sentença. In: **Teses, Estudos e Pareceres de Processo Civil**. Vol. 2, p. 97 a 154.

_____. A "causa petendi" nas ações reivindicatórias. In: BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio. In: **Teses, Estudos e Pareceres de Processo Civil**. Vol. 1, p. 138 a 155.

_____. As novas tendências do direito processual: uma contribuição para seu reexame. In: **Teses, Estudos e Pareceres de Processo Civil**. Vol. 1, p. 263 a 307.

_____. A sentença mandamental. In: **Teses, Estudos e Pareceres de Processo Civil**. Vol. 1, p. 168 a 184.

_____. Conteúdo da causa de pedir. In: **Teses, Estudos e Pareceres de Processo Civil**. Vol. 1, p. 156 a 175.

_____. Da ação civil. In: **Teses, Estudos e Pareceres de Processo Civil**. V. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 33 a 128.

_____. O dismantelamento do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade. In: **Teses, Estudos e Pareceres de Processo Civil**. V. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 258 a 272.

_____. O princípio da liberdade jurisdicional. In: **Teses, Estudos e Pareceres de Processo Civil**. V. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 33 a 50.

_____. Litisconsórcio Unitário. Eficácia do reconhecimento do pedido por um só dos réus na ação de dissolução de sociedade. In: **Teses, Estudos e Pareceres de Processo Civil**. V. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 179 a 198.

BRACKTON, Henry de. De Legibus et Consuetudinibus Anglæ (Sobre as Leis e os Costumes da Inglaterra). In: **Bracton Online - Home Page, Harvard School Libray**. Tradução: o texto da obra em latim é de George Woodbine (1876-1953), e foi traduzida para o inglês pelo historiador Samuel E. Thorne ao longo de trinta anos. Textos em latim e inglês disponíveis em: <<http://hls1.law.harvard.edu/bracton/Common/index.htm>>. Acesso em 10 de fevereiro de 2004.

BRASIL. Assembléia Geral, Constituinte e Legislativa (1823). **Diário da Assembléia Geral, Constituinte e Legislativa do Império do Brasil – 1823**. Edição fac-similar. Vol. 6, Tomo III. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003.

BRITTO, Carlos Ayres. O Regime Constitucional dos Tribunais de Contas. In: GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérulo da (Organizadores). **Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva**. São Paulo: Malheiros, 2003.

BROSSARD, Paulo. Depoimento [na qualidade de Ministro da Justiça]. In: **Arquivos do Ministério da Justiça**. Ano 45, n. 180, julho-dezembro, 1992, p. 69 e 70.

BRYCE, James. **The American Commonwealth**, Volume I (The National government, the State government). Indianapolis: Liberty Fund, 1995 (Edição da Liberty Fund equivale à 3.^a edição publicada até 1941, com algumas adições).

BUENO, Cássio Scarpinella. **Partes e Terceiros no Processo Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2003.

BÜLOW, Oskar von. **La Teoría de las Excepciones Procesales y los Presupuestos Procesales**. Traducción de Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: E.J.E.A., 1964.

BUZAID, Alfredo. **A Ação Declaratória no Direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1943.

_____. **Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no Direito brasileiro**. Saraiva: São Paulo, 1958.

_____. Do Despacho Saneador. **Revista de Direito Processual Civil**, vol. 1, 1960, p. 45 a 49.

CALAMANDREI, Piero. Appunti sulla Sentenza come Fatto Giuridico. In: **Studi sul Processo Civile**, Vol. Terzo, p. 131 a 140.

_____. **La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile**. Padova: CEDAM, 1950.

_____. La giurisdizione. In: **Opere Giuridiche** a cura de Mauro Cappelletti. Volume Quarto. Napoli: Morano, 1965.

_____. Il significato costituzionale delle giurisdizioni di equità. In: **Opere Giuridiche**. Volume terzo a cura de Mauro Cappelletti. Napoli: Morano, 1965.

_____. La relatività del concetto d'azione. In: **Studi sul processo civile**. Volume Quinto. Padova: Cedam, 1947.

CALMON DE PASSOS, J. J. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 9.^a edição. Vol. III, art. 270 a 331. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. Em torno das condições da ação – a possibilidade jurídica do pedido. **Revista de Direito Processual Civil**, vol. 4, 1964, p. 57 a 66.

_____. **Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. Súmula Vinculante. **Revista Diálogo Jurídico**, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, nº 10, janeiro, 2002, p. 16.

CALMON, Pedro. **História da Civilização brasileira**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2002 (Coleção biblioteca básica brasileira).

CAMPILONGO, Celso Fernandes; VEIGA DA ROCHA, Jean Paul C.; LESSA MATTOS, Paulo Todescan (Coordenadores). **Concorrência e Regulação no Sistema Financeiro**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

CAMPOS, Francisco. Diretrizes Constitucionais do novo Estado Brasileiro. **Revista Forense** n. 73, p. 05 a 22.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6.^a edição. Coimbra: Almedina, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro. Constitucionalismo moderno e o papel do Poder Judiciário na sociedade contemporânea. **Revista de Processo**, n. 60, p. 110 a 117.

_____. **La Giurisdizione Costituzionale delle Libertà**. Ristampa inalterata da Prima edizione (1955). Milano: Giuffrè, 1976.

CARDOSO, José Eduardo Martins. A jurisdição voluntária e a coisa julgada. **Justitia**, v. 140, out./dez., 1987, p. 38 a 81.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e Competência**. 13.^a edição. São Paulo: Saraiva, 2004.

CARNELUTTI, Francesco. **Diritto e Processo**. Napoli: Morano, 1958.

_____. **Sistema di Diritto Processuale Civile**. Vol. I (Funzione e composizione del processo). Padova: CEDAM, 1936.

_____. **Teoria Geral do Direito**. Tradução de Antônio Carlos Ferreira. 2.^a impressão. São Paulo: LEJUS, 1999.

CARONE, Edgar. **A República Velha: instituições e classes sociais**. 2.^a edição. São Paulo: Difusão Européia do Livro.

CARRE DE MALBERG, Raymond. **Teoria General del Estado**. Versión española de José Lión Depetre. México: Fondo de Cultura Economica, 1948.

CARVALHO, Ludmila Lavocat Galvão Vieira de. **A Causa Petendi Aberta na Ação Direta de Inconstitucionalidade e na Ação Declaratória de Constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal**. Dissertação de mestrado defendida na Universidade de São Paulo. São Paulo: [s. n.], 2002.

CASTRO FILHO, José Olympio de Castro Filho. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 5.^a edição. Vol. X, art. 1.103 a 1.220. Atualizador José Rubens da Costa. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

CERQUEIRA LEITE, Beatriz Westin de. As Instituições Políticas do Império e a prática parlamentar. **História**. São Paulo (UNESP), 1993, v. 12.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Istituzioni di Diritto Processuale Civile**. Volume I (I concetti fondamentali; La dottrina delle azioni). Napoli: Jovene, 1960

_____. **Principii di Diritto Processuale Civile – Le azione. Il processo di cognizione**. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1965.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2.^a edição. Volume IV, art. 332 a 475. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____; GRINOVER, Ada. Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 20.^a edição. São Paulo: Malheiros, 2004.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no Direito brasileiro**. 2.^a edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. Declaração de inconstitucionalidade de dispositivo normativo em sede de juízo abstrato e efeitos sobre os atos singulares praticados sob sua égide. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, n. 19, p. 279 a 307.

CONSTANT, Benjamin. **Cours de Politique Constitutionnelle**. 2.^a édition. Tome premier. Paris: Guillaumin, 1872.

CORRÊA, Oscar Dias. A Missão atual do Supremo Tribunal Federal e a Constituinte. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, V. 160, abril-junho de 1985, p. 01 a 31.

COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos do Direito Processual Civil**. Tradução de Rubens Gomes Sousa. São Paulo: Saraiva, 1946.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. V. 6. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993, p. 3.125 a 3.140.

_____. Conflitos de Atribuição. In: LIMONGI FRANÇA, R. (Coordenação) **Enciclopédia Saraiva do Direito**. V. 18 (confissão-contencioso). São Paulo: Saraiva, 1978, p. 77.

CRISTINO, Vânia. Previdência vai ter agência reguladora – Governo estuda novo organismo, que terá independência da administração direta. **O Estado de São Paulo**. São Paulo, 28 de outubro de 2004, p. B5.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. **A causa petendi no processo civil**. 2.^a edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001 (Coleção estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman, V. 27).

_____. **A Motivação da Sentença no Processo Civil**. Tese de livre-docência. São Paulo: [s. n.], 1987.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 12.^a edição. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. Tomo I. 5.^a edição. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. **Instituições de Direito Processual Civil**. Volumes I e II. 2.^a edição. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. **Litisconsórcio**. 7.^a edição. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada. Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**, 20.^a edição. São Paulo: Malheiros, 2004

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 17.^a edição. São Paulo: Atlas, 2004.

_____. **Discrecionalidade administrativa na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1991.

DOMINGOS, João; GALLUCCI, Mariângela. Câmara ignora decisão de Ministro e transmite depoimento de acusado na CPI da Pirataria. **O Estado de São Paulo**. São Paulo, 19 de março de 2004, p. A6.

FAORO, Raymundo. **Os Donos do Poder**. V. 1 e 2. 10.^a edição. São Paulo: Globo; Publifolha, 2000 (Grandes nomes do pensamento brasileiro).

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição brasileira**. 2.^a edição. 2.^o Volume – Artigos 46 a 129. São Paulo: Saraiva, 1977.

_____. **Comentários à Constituição brasileira (Emenda Constitucional n.º 1, de 17-10-1969)**. 4.^a edição. São Paulo: Saraiva, 1983.

_____. O modelo político na Constituição do Império. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**. n. 06, 1975.

FERREIRA, Pinto. **Comentários à Constituição brasileira**. V. 2 (art. 22 a 53). São Paulo: Saraiva, 1990.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **As agências reguladoras e seu poder normativo**. São Paulo: Dialética, 2001.

FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. **Condições da Ação – enfoque sobre o interesse de agir no processo civil brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000 (Coleção estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman, V. 43).

GALLUCCI, Mariângela; DOMINGOS, João. Câmara ignora decisão de Ministro e transmite depoimento de acusado na CPI da Pirataria. **O Estado de São Paulo**. São Paulo, 19 de março de 2004, p. A6.

_____. STJ dá salvo-conduto a jornalista do “NYT”. **O Estado de São Paulo**, São Paulo, 14 de maio de 2004, p. A4.

GOMES, Fábio; SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Teoria Geral do Processo Civil**. 2.^a edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A Motivação das Decisões Penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GÓMEZ MONTORO, Angel J.. **El conflicto entre organos constitucionales**. Prólogo: Manuel Aragón. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992 (Colección Estudios Constitucionales).

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 9.^a edição. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. Crítica da 'separação dos poderes': as funções estatais, os regulamentos e a legalidade no Direito brasileiro, as 'leis-medida' (Cap. X). In: **O Direito posto e o Direito pressuposto**. 5.^a edição. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. Crítica da discricionariedade e restauração da legalidade (Cap. IX). In: **O Direito posto e o Direito pressuposto**. 5.^a edição. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. O Direito do modo de produção capitalista e a Teoria da Regulação (Cap. V). In: **O Direito posto e o Direito pressuposto**. 5.^a edição. São Paulo: Malheiros, 2003.

GRECO, Leonardo. **Jurisdição voluntária moderna**. São Paulo: Dialética, 2003.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil brasileiro**. 1.^o Volume. 13.^a edição. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. **Direito Processual Civil Brasileiro**. 3.^o Volume. 16.^a edição. São Paulo: Saraiva, 2003.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **As Condições da Ação Penal (Uma tentativa de revisão)**. São Paulo: José Bushatsky, 1977.

_____. A Reclamação para garantia da autoridade das decisões dos Tribunais. **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal**, n. 2, jun.-jul. de 2000, p. 11 a 18.

_____. Da ação direta de representação da inconstitucionalidade. **Revista do Advogado**, São Paulo, n. 07, outubro-dezembro de 1981, p. 88 a 95.

_____. O controle do raciocínio judicial pelos Tribunais Superiores brasileiros. **Ajuris**, n. 50, novembro, 1990, p. 05 a 20.

_____; DINAMARCO, Cândido Rangel; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. **Teoria Geral do Processo**. 20.^a edição. São Paulo: Malheiros, 2004.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Agências reguladoras. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, n. 46, p. 94 a 99.

GÜNTHER, Reinhard. El Tribunal Constitucional de la Republica Federal de Alemania. **Revista Chilena de Derecho**, Vol. 12, n. 01, Enero-Abril, 1985, p. 75 a 105 (Pontificia Universidad Catolica de Chile).

GUIMARÃES, Luiz Machado. Carência de ação. In: **Estudos de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Jurídica e Universitária, 1969.

HAMILTON, Alexander. The Powers of the Senate Continued, n.º 65. **The Federalist**. In: Great Books of the Western World. Vol. 43. Chicago, Londres, Toronto: Encyclopædia Britannica, Inc., 1952, p. 198 a 200.

HECK, Luís Afonso. **O Tribunal Constitucional Federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais – contributo para uma compreensão da Jurisdição Constitucional Federal Alemã**. Porto Alegre: Sergio A. Fabris Editor, 1995.

JAYME, Thiago Vitale. Estudo faz ranking de “constitucionalidade”. **Valor Econômico (Valor Online)**, notícia de 07 de outubro de 2004, edição n.º 1112. Disponível em: <www.valor.com.br/veconomico/?show=imprimir&id=2633809>. Acesso em 06 de novembro de 2004.

JEFFERSON, Thomas. **Escritos Políticos**. Tradução: Leônidas Gontijo de Carvalho. São Paulo: IBRASA (Instituição Brasileira de Difusão Cultural), 1964, (Biblioteca “Clássicos da Democracia”, n. 22).

JELLINEK, Georg. **Teoria General del Estado**. Tradução por Fernando de los Rios, da 2.ª edição de 1905. Buenos Aires: Editorial Albatros, 1954.

KANE, Mary Kay; WRIGHT, Charles Alan. **Law of Federal Courts**. Sixth edition. Minnesota: West Group, 2002.

KELSEN, Hans. A jurisdição constitucional [exposição que deu origem à publicação em francês: “La garantie jurisdictionelle de la Constitution (La justice constitutionnelle)"]. In: KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional [Verfassungs-und Verwaltungsgerichtsbarkeit im Dienste des Bundesstates...]**. Tradução do alemão por Alexandre Krug; do italiano por Eduardo Brandão; do francês por Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 121 a 186.

_____. Quem deve ser o guardião da Constituição [Wer soll der Hüter der Verfassung sein?]. In: Kelsen, Hans. **Jurisdição Constitucional [Verfassungs-und Verwaltungsgerichtsbarkeit im Dienste des Bundesstates...]**. Tradução do alemão por Alexandre Krug; do italiano por Eduardo Brandão; do francês por Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 237 a 298.

_____. **Teoria Pura do Direito**. Tradução: João Baptista Machado. 6.^a edição. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KIMMINICH, Otto. A jurisdição constitucional e o princípio da divisão dos poderes. Tradução: Anke Schlimm e Gilmar Ferreira Mendes. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 105, jan.-mar., 1990, p. 283 a 302.

LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo, Enxada e Voto: o município e o regime representativo no Brasil**. 4.^a edição. São Paulo: Alfa-Omega, 1978 (Biblioteca Alfa-Omega de Ciências Sociais, Série 1.^a, Volume 2).

LESSA MATTOS, Paulo Todescan; VEIGA DA ROCHA, Jean Paul C.; CAMPILONGO, Celso Fernandes (Coordenadores). **Concorrência e Regulação no Sistema Financeiro**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

LESSA, Pedro. **Do Poder Judiciário**. 2.^o Milheiro. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1915 (Direito Constitucional Brasileiro).

LIEBMAN, Enrico Tullio. Ações Concorrentes. In: LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre coisa julgada**. Tradução: Alfredo Buzaid e Benvindo Aires; e dos textos posteriores por Ada Pellegrini Grinover. 3.^a edição. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

_____. **Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre coisa julgada**. Tradução: Alfredo Buzaid e Benvindo Aires; e dos textos posteriores por Ada Pellegrini Grinover. 3.^a edição. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

_____. Nulidade da sentença proferida sem citação do réu. In: **Estudos sobre o Processo Civil brasileiro**. São Paulo: Bestbook, 2004.

_____. **Manuale di Diritto Processuale Civile**. Principi. Sesta edizione. Milano: Giuffrè, 2002.

_____. O despacho saneador e o julgamento de mérito. **Revista Forense**, n. CIV (104), 1945, p. 216 a 226.

_____. **Processo de Execução**. São Paulo: Saraiva, 1946.

LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. A guarda da Constituição em Hans Kelsen. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, n. 01 propondo estudos sobre "Justiça Constitucional", janeiro-junho, 2003, p. 203 a 209.

LIMA SOBRINHO, Barbosa; BALEEIRO, Aliomar. **Constituições Brasileiras: 1946**. Vol. V. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001 (Coleção, Constituições Brasileiras).

LOEWENSTEIN, Karl. **Political Power and the Government al Process**. First Phoenix Edition. Chicago e London: The University of Chicago Press e Phoenix Books, 1965.

LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. **A Administração Pública e a Ordem Jurídica Privada (Jurisdição Voluntária)**. Belo Horizonte: Bernardo Alvares [Editora], 1961.

LOPES, João Baptista. **Ação Declaratória**. 5.^a edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, (Coleção estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman, V. 10).

LUCIFREDI, Pier Giorgio. **Appunti di Diritto Costituzionale Comparato**. Vol. 2 (Il sistema britannico). Sesta edizione. Milano: Giuffrè, 1992.

LUCIFREDI, Roberto. Attribuzioni (conflitto di). In: **Enciclopédia del Diritto**, Giuffrè, Vol. IV, Atto-Bana, 1959.

MACHADO, Uirá. Advogados criticam trânsito STF-governo. **O Estado de São Paulo**, São Paulo, 21 de agosto de 2004, p. A5.

MADISON, James. The Particular Structure of the New Government and the Distribution of Power Among Its Different Parts, n.º 47. **The Federalist**. In: Great Books of the Western World. Vol. 43. Chicago, Londres, Toronto: Encyclopædia Britannica, Inc., 1952, p. 153 a 156.

_____. The Structure of the Government Must Furnish the Proper Checks and Balances Between the Different Departments, n.º 51. **The Federalist**. In: Great Books of the Western World. Vol. 43. Chicago, Londres, Toronto: Encyclopædia Britannica, Inc., 1952, p. 162 a 165.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Recurso Extraordinário e Recurso Especial**. 8.^a edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MARANHÃO, Jarbas. A Constituição de 1988 e o Tribunal de Contas: seus primórdios, normas e atribuições. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 30, n. 119, julho-setembro de 1993, p. 255 a 268.

MARCATO, Antonio Carlos. **Procedimentos Especiais**. 10.^a edição. São Paulo: Atlas, 2004.

MARQUES, José Frederico. **Ensaio sobre a jurisdição voluntária**. Campinas: Millennium, 2000.
_____. Questões de processo constitucional (O art. 119, I, "1" da Constituição da República). In: BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini (Coordenadores). **Estudos em homenagem a Joaquim Canuto Mendes de Almeida**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

_____. **Instituições de Direito Processual Civil**. Volume II. 3.^a edição. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

MARTINS, Ives Gandra; BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil**. V. 4, tomo I (art. 44 a 69). 2.^a edição. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle Concentrado de Constitucionalidade – Comentários à Lei n.º 9.868 de 10-11-1999**. São Paulo: Saraiva, 2001.

MATTIROLO, Luigi. **Trattato di Diritto Giudiziario Civile Italiano**. Volume I. Quinta edizione. Torino: Fratelli Bocca Editori, 1902.

MAZZIOTTI, Manlio. **I conflitti di attribuzione fra i Poteri dello Stato**. Volumes I e II. Milano: Giuffrè, 1972.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Natureza, conteúdo e implicações do ato institucional n.º 05**. In: Estudos e Pareceres de Direito Público: Assuntos administrativos, municipais, financeiros. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.

MELLO, Augusto Cordeiro de. **O Processo no Supremo Tribunal Federal – Notas jurisprudenciais ao Regimento Interno**. Volumes I e II. São Paulo/Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1964.

MELO FRANCO, Afonso Arinos, O constitucionalismo brasileiro na primeira metade do século XIX. In: **Estudos de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1957.

MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra. **Controle Concentrado de Constitucionalidade – Comentários à Lei n.º 9.868 de 10-11-1999**. São Paulo: Saraiva, 2001

_____. **Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. 4.ª edição. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. Objeto da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental I. **Repertório IOB de Jurisprudência**. Caderno 1 (Tributário, Constitucional e Administrativo), 1.ª Quinzena de Junho de 2001, n.º 11/2001, 1.º de junho, 1/16043, p. 304 a 309.

_____. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Identificação do parâmetro de controle para os fins do art. 103, § 1.º, da Constituição Federal. **Repertório IOB de Jurisprudência**. Caderno 1 (Tributário, Constitucional e Administrativo), 1.ª Quinzena de Março de 2001, n.º 5/2001, 1.º de março, 1/15734, p. 143 a 145.

MEZZANOTTE, Carlo. Le nozioni di “potere” e di “conflitto” nella giurisprudenza della Corte Costituzionale. **Giurisprudenza Costituzionale**, Milano, Giuffrè, Fasc. 2, 4, parte prima, anno XXIV, 1979.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo II (Introdução à teoria da Constituição). 2.ª edição. Coimbra: Coimbra editora, 1988.

MONIZ DE ARAGÃO, Egas D. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 10.ª edição. Vol. II, art. 154 a 269. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MORAES, Alexandre de. Agências reguladoras. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, n. 55/56, janeiro-dezembro, 2001, p. 185 a 197.

MORATO, Leonardo L. **Ação de Reclamação Constitucional**. Dissertação de mestrado defendida na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo: [s. n.], 2004.

MOREIRA ALVES, José Carlos. Poder Judiciário. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, jan.-mar., 1997, ano 5, n. 18, p. 269 a 282 (Painel apresentado no dia 24.05.1996 no XVII Congresso Brasileiro de Direito Constitucional).

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Algumas notas sobre os órgãos constitucionalmente autônomos (um estudo de caso sobre os Tribunais de contas no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, V. 223, janeiro-março de 2001, p. 01 a 24.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat – Barão de. **Do Espírito das Leis**. Tradução: Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. Vol. I. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1962 (Clássicos Garnier da Difusão Européia do Livro).

MURPHY, Walter F.; FLEMING, James E.; BARBER, Sotirios A.; MACEDO, Stephen. **American Constitutional Interpretation**. Third Edition. New York: Foundation Press, 2003.

NEGRÃO, Theotonio; GOUVÊA, José Roberto F.. **Código de Processo Civil e legislação processual em vigor**. 36.^a edição. São Paulo: Saraiva, 2004.

NERY JUNIOR, Nelson. Intervenção do Ministério Público nos Procedimentos Especiais de Jurisdição Voluntária. **Revista de Processo**, n. 46, p. 07 a 28.

_____. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 5.^a edição, 2.^a tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999 (Coleção estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman, V. 21).

_____. **Teoria Geral dos Recursos**. 6.^a edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NEUBORNE, Burt. An Overview of the Bill of Rights. In: MORRISON, Alan B. (General Editor), from New York University School of Law. **Fundamentals of American Law**. Oxford: Oxford University Press, 1998, capítulo 5.

NEVES, Celso. **Estrutura Fundamental do Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

NOGUEIRA, Octaciano. **Constituições Brasileiras: 1824**. Vol. I. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001 (Coleção, Constituições Brasileiras).

NUNES, Castro. **Teoria e Prática do Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1943.

NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia – Introdução ao Direito Econômico**. 3.^a edição. São Paulo: RT, 2001.

_____. Desenvolvimento econômico – um retrospecto e algumas perspectivas. In: SALOMÃO FILHO, Calixto (Coord.). **Regulação e Desenvolvimento**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 24.

PACHECO, José da Silva. A “Reclamação” no STF e no STJ de acordo com a nova Constituição. **Revista dos Tribunais**, n. 646, p. 19 a 32.

PANDIÁ CALÓGERAS, João. **Formação Histórica do Brasil**. 7.^a edição. São Paulo: Companhia Editorial Nacional, 1967.

PAULA BAPTISTA, Francisco de. **Compendio de Theoria e Pratica do Processo Civil Comparado com o Commercial e de Hermeneutica Juridica**. 7.^a edição. Lisboa: Editora de A. M. Teixeira & C.^{TA}, 1910.

PENSOVECCHIO LI BASSI, Antonino. Conflitti costituzionali. In: **Enciclopédia del Diritto**, Milano, Giuffrè, Vol. VIII, Compe-Cong, 1961, p. 998 a 1015.

_____. **Il conflitto di attribuzioni**. Milano: Giuffrè, 1957.

PIERANDREI, Franco. Corte Costituzionale. In: **Enciclopédia del Diritto**, Giuffrè, Vol. X, Contrato-Cor, 1962, p. 875 a 1.035.

PIMENTA BUENO, José Antonio. **Direito Público Brasileiro e analyse da Constituição do Imperio**. Rio de Janeiro: Typographia Imp. e Const. de J. Villeneuve E.C., 1857.

PIZZORUSSO, Alessandro. Conflitto. In: **Novissimo Digesto Italiano**, Torino, UTET, Appendice Vol. II, Cog-Dir, 1981, p. 366 a 391.

POLETTI, Ronaldo. **Constituições Brasileiras: 1934**. Vol. III. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001, (Coleção, Constituições Brasileiras).

_____. **Controle da Constitucionalidade das Leis**. 2.^a edição. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1967 – com a emenda n.º 01, de 1969**. Tomo IV (art. 118 a 153, parágrafo 1.º). 2.^a edição. São Paulo: RT, 1970.

_____. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Tomo XVI: art. 1.103 a 1.210. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

PORRAS NADALES, Antonio J. Conflictos entre organos constitucionales del Estado y principio de division de poderes. **Revista de Estudios Políticos**, n. 52, Julio-Agosto, 1986, p. 21 (Centro de Estudios Constitucionales).

POUND, Roscoe. **Desenvolvimento das garantias e constitucionais da liberdade**. Tradução: E. Jacy Monteiro. São Paulo: IBRASA (Instituição Brasileira de Difusão Cultural), 1965 (Biblioteca "Clássicos da Democracia", n. 29).

PRADO JÚNIOR, Caio. **História Econômica do Brasil**. 46.^a reimpressão da edição *princeps*. São Paulo: Brasiliense, 2004.

PRATA, Edson. **Jurisdição Voluntária**. São Paulo: LEUD, 1979.

QUEM não paga suas dívidas tem seu nome sujo: Presidente, Governador, Prefeita – Precatórios alimentares: até quando vamos ser lesados? **Jornal do Advogado OAB SP**, São Paulo, maio de 2004, p. 16.

RESS, Georg. Control de Constitucionalidad de las leyes en la Republica Federal de Alemania. **Primer Encuentro Jurídico Argentino – Germano (05 al 08 de abril de 1988)**, Buenos Aires, 1990, p. 131 a 163.

RODRIGUES, José Carlos. **Constituição politica do Imperio do Brazil seguida de acto addicional, da lei de sua interpretação e de outras**. Rio de Janeiro: Casa dos Editores Eduardo & Henrique Laemmert, 1863.

RODRIGUES, José Honório. **Atas do Conselho de Estado – Obra Comemorativa do Sesquicentenário da Instituição Parlamentar**. Vol. II – Segundo Conselho de Estado, 1823-1834. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, 1973.

RODRIGUES, Walter Piva. Súmula Vinculante em Matéria Processual. **Revista do TRT da 15.^a Região**, n. 16, setembro de 2001, p. 181 a 186.

ROMANO, Santi. Nozione e natura degli organi costituzionali dello Stato. In: **Scritti Minori**. Volume Primo (Diritto Costituzionale). Milano: Giuffrè, 1950., p. 01 a 40.

ROSAS, Roberto. **Direito Processual Constitucional – Princípios Constitucionais de Processo Civil**. 3.^a edição. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999.

SAGER, Lawrence G. The Sources and Limits of Legal Authority. In: MORRISON, Alan B. (General Editor), from New York University School of Law. **Fundamentals of American Law**. Oxford: Oxford University Press, 1998, capítulo 2.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Condutas anticoncorrenciais no setor bancário. **Revista de Direito Mercantil**, n. 114, p. 51 a 62.

SANTOS, José Maria. **A política geral do Brasil**. São Paulo: J. Magalhães, 1930.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. 1.º e 2.º Volumes. 20.^a edição. São Paulo: Saraiva, 1998.

SANTOS, Wanderley Guilherme dos. **Poder e política: crônica do autoritarismo brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense-Universitária, 1978.

SCARTEZZINI, Jorge Tadeo Flaquer. Conflito de atribuições: noções gerais e aspectos relevantes. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**, n. 05, janeiro-junho, 2000, p. 60 a 70.

SEABRA FAGUNDES, Miguel. **A legitimidade do poder político na experiência brasileira**. Conferência Proferida no XI Encontro de Advogados na Seccional Pernambucana da OAB. Publicação da OAB-PE: Recife, 1982.

_____. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. Atualizador: Gustavo Binenbojm. 7.^a edição. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SHAPIRO, Martin. Agencie indipendente: Stati Uniti ed Unione Europea. In: **Diritto Pubblico**, Padova, CEDAM, n. 3, settembre-dicembre, Anno II (1996), p. 667 a 697.

SCHIMTT, Carl. **La defensa de la Constitucion [Der Hüter der Verfassung]**. Tradução: Manuel Sanchez Sarto. Segunda Edición. Madrid: Tecnos, 1998 (Colección Semilla y surco: Serie de Ciencia Política).

SCHWARTZ, Bernard. Administrative Law. In: MORRISON, Alan B. (General Editor), from New York University School of Law. **Fundamentals of American Law**. Oxford: Oxford University Press, 1998, capítulo 6.

SIDOU, Othon J. M.. A controvertida jurisdição voluntária. In: CALMON, Eliana; BULOS, Uadi Lamêgo. **Direito Processual: inovações e perspectivas – Estudos em homenagem ao Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 305 a 321.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Volume 1 (Do Processo de Conhecimento, arts. 1.º a 100). 2.ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. Eficácias da Sentença e Coisa Julgada. In: **Sentença e Coisa Julgada (Ensaio e Pareceres)**. 4.ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____; GOMES, Fábio. **Teoria Geral do Processo Civil**. 2.ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SKIDMORE, Thomas. **Brasil: de Getúlio a Castelo**. 4.ª edição. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1975.

SORRENTINO, Federico. I conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato. **Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico**, Milano, Giuffrè, anno XVII, n. 3, luglio-settembre de 1967, p. 670 a 772.

SPINOLA, Aristide. Artigo sem título [aborda a coisa julgada no período do Império brasileiro]. **O Direito**, 5.º volume, 1874, p. 185.

STEINBERGER, Helmut. Historic Influences of American Constitutionalism upon German Constitutional Development: Federalism and Judicial Review. **Columbia Journal of Transnational Law**, New York, Vol. 36, n. 1-2, 1997, p. 189 a 208.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do Direito**. 2.ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TÁCITO, Caio. Conflito de atribuições. In: CARVALHO SANTOS, J. M. (Coord.); AGUIAR DIAS, José de. (Coadjuvado por). **Repertório Enciclopédico do Direito brasileiro**. Vol. XI. Rio de Janeiro: Borsoi, 1947, p. 46 a 49.

_____. Novas Agências Administrativas. In: **Temas de Direito Público: Estudos e Pareceres**. 3.º volume. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2002, p. 51 a 60.

_____. O Desvio de poder no controle dos atos administrativos, legislativos e jurisdicionais. In: **Temas de Direito Público (Estudos e Pareceres)**. 1.º Volume. Renovar, 1997, p. 181 a 198.

_____. O Princípio da Legalidade: Ponto e Contraponto. In: **Temas de Direito Público (Estudos e Pareceres)**. 1.º Volume. Renovar, 1997, p. 337 a 348.

_____. Poder Vinculado e Poder Discricionário. In: **Temas de Direito Público (Estudos e Pareceres)**. 1.º Volume. Renovar, 1997, p. 315 a 321.

TAVARES, André Ramos. **Tribunal e Jurisdição Constitucional**. Celso Bastos Editor: São Paulo, 1998.

TELLES JÚNIOR, Goffredo. **Iniciação na Ciência do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2001.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Curso de Direito Processual Civil**. 41.ª edição. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TIEDMAN, Christopher G.. **The unwritten Constitution of the United States**. New York; London: Putnam's Sons, 1890.

TRUJILLO RINCÓN, María Antonia. **Los conflictos entre organos constitucionales del Estado**. Prólogo: Luis López Guerra. Madrid: Publicaciones del Congreso de los Diputados, 1995.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1993.

_____. **Teoria do Direito Processual Penal – Jurisdição, Ação e Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

UCHÔA CAVALCANTI, João Barbalho. **Constituição Federal Brasileira, 1891: Comentada**. Edição fac-similar. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2002.

VEIGA DA ROCHA, Jean Paul C.; CAMPILONGO, Celso Fernandes; LESSA MATTOS, Paulo Todescan (Coordenadores). **Concorrência e Regulação no Sistema Financeiro**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Da jurisdição constitucional: aspectos inovadores do controle concentrado de constitucionalidade. In: CALMON, Eliana; BULOS, Uadi Lammego (Coordenadores). **Direito Processual – inovações e perspectivas: estudos em homenagem ao Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 167 e 187.

VERONESI, Paolo. Profili Soggettivi ed oggettivi. In: BINDI, Elena; PERINI, Mario. **Recenti tendenze in materia di conflitti di attribuzione tra poteri dello Stato**. Atti del Seminario tenutosi a Siena il 24 maggio 2002. Milano: Giuffrè, 2003.

VIDIGAL, Luís Eulálio Bueno. Existe o direito de ação? **Revista de Direito Processual Civil**, vol. 5, janeiro-junho de 1962, p. 07 a 12.

_____. Pressupostos Processuais e Condições da Ação. **Revista de Direito Processual Civil**, vol. 6, 1967, p. 05 a 11.

WALD, Arnoldo. A recente evolução do conflito de atribuições. **Revista de Processo**, n. 71, p. 234 a 242.

_____. Conflito de atribuições e reforma constitucional. **Revista Trimestral de Direito Público**, n. 09, 1995, p. 31 a 39.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Controle das Decisões Judiciais por meio de Recursos de Estrito Direito e de Ação Rescisória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. Existe a “discrecionariiedade judicial”? **Revista de Processo**, n. 70, p. 188 a 195.

_____. **Omissão Judicial e Embargos de Declaração**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

WRIGHT, Charles Alan ; KANE, Mary Kay. **Law of Federal Courts**. Sixth edition. Minnesota: West Group, 2002.

YARSHELL, Flávio Luiz. **Ação Rescisória – Juízos Rescindente e Rescisório**. São Paulo: Malheiros, 2005.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **La Giustizia Costituzionale**. Bologna: Il Mulino, 1977.

ZANOBINI, Guido. *Corso di Diritto Amministrativo*. Vol. Quinto (Le principali manifestazioni dell'azione amministrativa). Milano: Giuffrè, 1952.

84. Legislação brasileira relativa à pesquisa histórica (em ordem cronológica).

REINO DE PORTUGAL E ALGARVES [Brasil colonial]. *Aviso de 12 de novembro de 1808. Collecção das Leis Brasileiras – desde a chegada da Corte ate a época da independencia: 1808 a 1810*. V. 1.º. Ouro Preto: Na Typografia de Silva, 1834, p. 192.

REINO DE PORTUGAL E ALGARVES e BRASIL. *Ordenações Filipinas*, Livro 3, T. LXXV, 1. [As Ordenações compõem parte da legislação nacional, consoante Lei datada de 20 de outubro de 1823, e esta pode ser consultada no sítio digital da Câmara dos Deputados do Brasil em: <http://www.camara.gov.br/Internet/InfDoc/conteudo/colecoes/Legislacao/Legimp-F_82.pdf>].

- *Carta Imperial do Brasil de 25 de março de 1824*, podendo ser consultada no sítio digital da Câmara dos Deputados do Brasil, em <<http://www.camara.gov.br/Internet/InfDoc/conteudo/colecoes/Legislacao/Legimp-G.pdf>>, acesso em 24 de dezembro de 2004.
- *Decreto de 23 de agosto de 1828* (Revalida os atos judiciais praticados por Francisco Coelho de Aguiar na qualidade de Juiz de Órfãos da cidade de Vitória), podendo ser consultado: sítio digital da Câmara dos Deputados do Brasil, no diretório de legislação do Império em: <http://www.camara.gov.br/Internet/InfDoc/conteudo/colecoes/Legislacao/Legimp-K_3.pdf>, acesso em 24 de dezembro de 2004.
- *Lei criadora do Supremo Tribunal de Justiça de 18 de setembro de 1828*, podendo ser consultada: sítio digital da Câmara dos Deputados do Brasil, no diretório de legislação do Império em: <http://www.camara.gov.br/Internet/InfDoc/conteudo/colecoes/Legislacao/Legimp-K_9.pdf>, acesso em 24 de dezembro de 2004.
- *Lei de 1.º de outubro de 1828* (Dá nova forma às Câmaras municipais, marca suas atribuições, e o processo para sua eleição, e dos juizes de paz), podendo ser consultada: sítio digital da Câmara dos Deputados do Brasil, no diretório de legislação do Império em: <http://www.camara.gov.br/Internet/InfDoc/conteudo/colecoes/Legislacao/Legimp-K_19.pdf>, acesso em 24 de dezembro de 2004.
- *Decreto de 02 de janeiro de 1829* (Designa o dia da instalação e os das conferências do Supremo Tribunal de Justiça), podendo ser consultado: sítio digital da Câmara dos Deputados do Brasil, no diretório de legislação do Império em:

<http://www.camara.gov.br/Internet/InfDoc/conteudo/colecoes/Legislacao/Legimp-L_9.pdf>, acesso em 24 de dezembro de 2004.

- *Lei de 14 de junho de 1831* (Dispõe sobre a forma de eleição da Regência e suas atribuições), podendo ser consultada: podendo ser consultada: sítio digital da Câmara dos Deputados do Brasil, no diretório de legislação do Império em: <http://www.camara.gov.br/Internet/InfDoc/conteudo/colecoes/Legislacao/Legimp-14/Legimp-14_8.pdf>; e também em AMARAL, Roberto; BONAVIDES, Paulo. **Textos políticos da História do Brasil**. V. 1. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1996, p. 601-602.
- *Ato Adicional Lei n.º 16, de 12 de agosto de 1834* (Reforma constitucional), podendo ser consultado: sítio digital da Câmara dos Deputados do Brasil, no diretório de legislação do Império em: <http://www.camara.gov.br/Internet/InfDoc/conteudo/colecoes/Legislacao/Legimp-19/Legimp-19_3.pdf>, acesso em 24 de dezembro de 2004.
- *Lei n.º 105 de 12 de maio de 1840* (Lei de interpretação do Ato Adicional n.º 16 de 16 de agosto de 1834), podendo ser consultada: sítio digital da Câmara dos Deputados do Brasil, no diretório de legislação do Império em: <http://www.camara.gov.br/Internet/InfDoc/conteudo/colecoes/Legislacao/Legimp-26/Legimp-26_2.pdf>, acesso em 24 de dezembro de 2004.
- *Regulamento n.º 124 de 05 de fevereiro de 1842* (Contendo o Regimento provisório do Conselho de Estado), podendo ser consultado: sítio digital da Câmara dos Deputados do Brasil, no diretório de legislação do Império em: <http://www.camara.gov.br/Internet/InfDoc/conteudo/colecoes/Legislacao/legimp-28/Legimp-28_36.pdf>, acesso em 24 de dezembro de 2004.
- *Decreto n.º 523 de 20 de julho de 1847* (Criação do cargo de presidente do Conselho de Ministros), podendo ser consultado em: AMARAL, Roberto; BONAVIDES, Paulo. **Textos políticos da História do Brasil**. V. 8. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1996, p. 281, ou <http://www.camara.gov.br/Internet/InfDoc/conteudo/colecoes/Legislacao/legimp-33/Legimp-33_17.pdf>, acesso em 24 de dezembro de 2004.
- *Decreto n.º 8.621 de 28 de julho de 1882* (marca a hora em que devem começar as conferências do Supremo Tribunal de Justiça), na revista mensal **O Direito**, n. 29, 1882, p. 44, ou **Collecção das Leis do Brasil**. V. 2. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, p. 62.
- *Constituição Federal do Brasil de 24 de fevereiro de 1891* (República Velha).¹

¹ Excetuando a Lei n.º 848 de 11 de outubro de 1890, toda a legislação brasileira do período republicano do Brasil usada no presente estudo pode ser consultada no sítio digital do Senado Federal do Brasil, item “legislação” do menu principal, em: <<http://www.senado.gov.br/sf/legislacao/legisla/>>. Último acesso em 10 de janeiro de 2005.

- *Decreto n.º 848 de 11 de outubro de 1890* do Governo Provisório (Organiza a Justiça Federal), em **Collecção das Leis do Brazil**. V. 10. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1890, p. 2.744 a 2.791.
- *Lei n.º 221 de 20 de novembro de 1894* (Completa a organização da Justiça Federal da República), em **Collecção das Leis do Brazil**. Vol. I. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1895, p. 16 a 41.
- *Decreto n.º 3.084 de 05 de novembro de 1898* (Aprova a consolidação das leis referentes à Justiça Federal).
- *Constituição de 16 de julho de 1934*, podendo ser consultado: sítio digital do Senado Federal do Brasil.
- *Decreto n.º 19.398 de 11 de novembro de 1930*, podendo ser consultado: sítio digital do Senado Federal do Brasil (Institui o Governo Provisório da República dos Estados Unidos do Brasil, e dá outras providências).
- *Decreto n.º 21.076 de 24 de fevereiro de 1932* (Decreta o Código Eleitoral).
- *Carta brasileira de 10 de novembro de 1937* {Estado Novo}.
- *Decreto-lei n.º 1.202 de 08 de abril de 1939* (Dispõe sobre a Administração dos Estados e dos Municípios).
- *Decreto-lei n.º 1.608 de 18 de setembro de 1939* (Código de Processo Civil revogado).
- *Constituição Federal do Brasil de 18 de setembro de 1946* (Janela democrática e início do Regime Militar de 1964).
- *Ato Institucional n.º 01 de 09 de abril de 1964* ("Outorgado a nação pelos Comandantes-em-chefe do exército, da marinha e da aeronáutica, representando o Comando Supremo da Revolução, que modifica a Constituição de 1946, na parte relativa aos poderes do Presidente da Republica" (sic)).
- *Ato institucional n.º 02 de 27 de outubro de 1965*.("Mantem a Constituição de 1946 e as Constituições estaduais e respectivas emendas, com as modificações que menciona" (sic)).

- *Ato institucional n.º 03 de 05 de fevereiro de 1966* (“Fixa eleições indiretas para Governador, Vice-Governador, Prefeito e Vice-Prefeito das capitais e reduz a metade prazos de inelegibilidade estabelecidos na emenda constitucional n.º 14 e em letras dos incisos “i” e “ii” da Lei n.º 4.738, de 15 de julho de 1965” (sic)).
- *Ato institucional n.º 04 de 07 de dezembro de 1966* {“Convoca extraordinariamente o Congresso Nacional e fixa normas para a votação da nova Carta Constitucional” (sic))}.
- *Carta do Brasil de 24 de janeiro de 1967* (Regime Militar).
- *Ato Institucional n.º 05 de 13 de dezembro de 1968*. (“São mantidas a Constituição de 24/01/1967 e as Constituições estaduais, com as modificações constantes deste ato. O Presidente da República poderá decretar o recesso do Congresso Nacional, das Assembleias Legislativas e das Câmaras de Vereadores, por ato complementar em estado de sítio ou fora dele, só voltando o mesmo a funcionar quando convocados pelo Presidente da República. O Presidente da República, no interesse nacional, poderá decretar a intervenção nos Estados e Municípios, sem as limitações previstas na Constituição. poderá suspender os direitos políticos de quaisquer cidadãos pelo prazo de 10 anos e cassar mandatos eletivos federais, estaduais e municipais. Ficam suspensas as garantias constitucionais ou legais de vitalidade, inamovibilidade e estabilidade, bem como a de exercício em funções por prazo certo. O Presidente da República, em qualquer dos casos previstos na Constituição, poderá decretar o estado de sítio e prorrogá-lo, fixando o respectivo prazo. Poderá após investigação, decretar o confisco de bens de todos quantos tenham enriquecido ilicitamente, no exercício do cargo ou função. Fica suspensa a garantia de *habeas corpus*, nos casos de crimes políticos, contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular”).
- *Carta de 17 de outubro de 1969* (formalmente instituída pela *emenda constitucional n.º 01 de 17 de outubro de 1969*; Cume do Regime Militar e início de sua decadência).
- *Lei n.º 5.869 de 11 de janeiro de 1973* (Código de Processo Civil em vigor).
- *Emenda constitucional n.º 07 de 13 de abril de 1977* (Conhecido como “Pacote de Abril”).
- *Constituição Federal brasileira de 10 de outubro de 1988* (Fim do Regime Militar, renascimento democrático).
- *Lei nº 8.884 de 11 de junho de 1994*, (Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE em autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão as infrações contra a ordem econômica e dá outras providências).

- *Lei n.º 9.427 de 26 de dezembro de 1996* (Institui a agência nacional de energia elétrica - ANEEL, disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica e dá outras providências).
- *Lei n.º 9.478 de 06 de agosto de 1997* (Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências).
- *Decreto nº 2.335 de 06 de outubro de 1997* (Constitui a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, autarquia sob regime especial, aprova sua estrutura regimental e o quadro demonstrativo dos cargos em comissão e funções de confiança e dá outras providências).
- *Decreto n.º 2.338 de 07 de outubro de 1997* (Aprova o regulamento da Agência Nacional de Telecomunicações e dá outras providências).
- *Lei n.º 9.782 de 26 de janeiro de 1999* (Define o sistema nacional de vigilância sanitária, cria a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, e dá outras providências).
- *Lei n.º 9.986 de 18 de julho de 2000* (Dispõe sobre a gestão de recursos humanos das agências reguladoras e dá outras providências).

85. Regimentos Internos do E. Supremo Tribunal Federal (em ordem cronológica).

Regimento Interno de 08 de agosto de 1891 (Organizado em virtude dos art. 340 e 364 do Decreto n.º 848 de 11 de outubro de 1890), **O Direito**, n. 57, p. 169-210.

Revisão do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal em 24 de maio de 1909, revisto em virtude de decisão de 24 de junho de 1908, **O Direito**, n. 109, p. 309-372.

Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal de 28 de fevereiro de 1940, **Diário da Justiça**, ano XV, n.º 48, p. 1.239 a 1.253.

Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal de 04 de setembro de 1970, **Diário da Justiça**, ano XLV, n.º 167, p. 3.953 a 3.983.

Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Consolidado e atualizado até maio de 2002 por Eugênia Vitória Ribas. Brasília: STF, 2005. Disponível integralmente no sítio digital do Supremo Tribunal Federal, em: <http://www.stf.gov.br/legislacao/Regimento_Interno.pdf>.

86. Casos julgados relativos à pesquisa histórica do segundo capítulo (em ordem cronológica).

REINO UNIDO DE PORTUGAL E ALGARVES [Brasil colonial]. Aviso de 12 de novembro de 1808. **Collecção das Leis Brasileiras – desde a chegada da Corte ate a época da independencia: 1808 a 1810**. V. 1.º. Ouro Preto: Na Typografia de Silva, 1834, p. 192.

BRASIL. Conselho de Estado. Conflicto de jurisdição. Suscitante: Presidência da Província de São Paulo. Suscitado: Juízo dos Feitos da Fazenda. **O Direito**, 3.º volume - n. 1 a 8, 1874, 534 e 535.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Conflicto de jurisdição. Suscitante: Tribunal da Relação de Recife. Suscitado: Commandante das Armas de Recife. **O Direito**, 7.º volume, 1875, p. 578 a 580.

BRASIL. Conselho de Estado. Conflicto de jurisdição. Suscitante: Presidência da Província de Matto Grosso. Suscitado: Juiz de Direito da Capital. **O Direito**, 8.º volume, 1875, p. 791.

BRASIL. Presidência da Província de São Paulo. Conflicto de jurisdição. Suscitante: Presidente da Província de S. Paulo. Suscitado: Joaquim Eugenio de Lima. **O Direito**, 9.º volume, 1876, p. 203 a 211.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Revista Cível n.º 9880. Recorrente: José Maria Mafra, na qualidade de Presidente da Sociedade da Beneficência dos Artistas da Construção Naval. Recorrido: Jacintho José da Silva. **O Direito**, 29.º volume, 1882, p. 252 a 256.

BRASIL. Tribunal de Relação de São Paulo. Conflicto de Jurisdição. Suscitante: Juis de Direito da Capital de S. Paulo. Suscitado: Chefe de Polícia da Província de S. Paulo. **O Direito**, 42.º volume, 1887, 62 e 63.

BRASIL. Conselho de Estado. Conflicto de jurisdição. Suscitante: Presidência da Província de Pernambuco. Suscitado: Juiz dos Feitos da Fazenda. **O Direito**, 50.º volume, 1889, p. 295.

BRASIL. Juízo de Direito de Cantagallo. Aggravo Cível. Aggravante: Miguel Joaquim Ribeiro de Carvalho. **O Direito**, 52.º volume, 1890, p. 415 a 420.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* n.º 1.063. Impetrante: Senador Rui Barbosa. Pacientes: Senador João Cordeiro, Deputados Alcindo Guanabara e Alexandre José Barbosa Lima, Major Thomaz Cavalcanti de Albuquerque, Frederico de Sant'Anna Nery e José de Albuquerque Maranhão. **O Direito**, 76.º volume, 1898, p. 406 a 412. Disponível também em : <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/julghistoricos/monta_resumo.asp?IDE_PROCESSO=hc1063>. Acessado em 20 de agosto de 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* n.º 1.073. Impetrantes: Drs. Joaquim da Costa Barradas, José Candido de Albuquerque Mello Mattos e João Damasceno Pinto de Mendonça. Pacientes: Senador João Cordeiro, Deputados Alcindo Guanabara e Major Thomaz Cavalcanti de Albuquerque. **O Direito**, 76.º volume, 1898, p. 413 a 426. Também está disponível em: <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/julghistoricos/monta_resumo.asp?IDE_PROCESSO=hc1073>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Apelação cível Appellante: União Federal. Appellados: Joaquim Barbosa dos Santos Werneck e outros. n.º 1.269. **O Direito**, 104.º volume, 1907, p. 154 a 159.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **Conflicto de Atribuição n.º 199**. Suscitante: Guinle & Cia. Suscitados: Administração Pública Federal e do Districto Federal. Relator: Amaro Cavalcanti. Julgamento em 02 de dezembro de 1908. Autos disponíveis para consulta em Brasília, na seção de Arquivo Judiciário do Supremo Tribunal Federal, em uma das caixas relativas a “conflictos de jurisdição”, ordenadas por critério cronológico.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Apelação cível n.º 1.638. Appellante: União Federal. Appellado: Dr. Alvaro Freitas Guimarães. **O Direito**, 109.º volume, 1909, p. 193 a 195.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Conflicto de jurisdição n.º 306. Suscitante: Dr. Francisco Chaves de Oliveira Botelho, entre o Juiz Seccional do Estado do Rio de Janeiro e a Assembléia Legislativa do mesmo Estado. Relator: Sebastião de Lacerda. **Revista do Supremo Tribunal**, Rio de Janeiro, Vol. III – Primeira Parte, Janeiro-Junho, 1915, p. 234 a 238.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Apelação Cível n.º 2.359. Appellante: União Federal e outro. Appellados: Horácio C. Lopes e outros. Relator: Pedro Lessa. **Revista do Supremo Tribunal**, Rio de Janeiro, Vol. XIX – Abril, 1919, p.69 a 71.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* n.º 4.697. Paciente: Deodoro Machado Mendonça. Relator: Pires e Albuquerque. **Revista do Supremo Tribunal**, Rio de Janeiro, Vol. XIX – Abril, 1919, p.537 a 538.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* n.º 8.608. Impetrante: Waldemar Pedrosa. Paciente: Capitão-Tenente Paulo Emilio Pereira da Silva. **Revista do Supremo Tribunal**, Rio de Janeiro, Vol. XLIII – Agosto, 1922, p.126 a 134.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso de *Habeas Corpus* n.º 15.866-MG. Recorrente: Juiz Arístides Sica. Recorrido: Tribunal da Relação. Relator: Pedro dos Santos. **Revista do Supremo Tribunal Federal**, Vol. XCII, agosto de 1925, p. 115-147.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Conflito de jurisdição n.º 771. Suscitante: Dr. Hercules Mondadori. Suscitados: Juiz de Direito da comarca de Ouro Fino (MG) e o Juiz Federal da 2.ª Vara da Secção de S. Paulo. Relator: Heitor de Souza. **Arquivo Judiciário**, Rio de Janeiro, Vol. VI, Abril, Maio e Junho, 1928, p. 486 e 487.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **Conflito de Jurisdição n.º 1319**. Suscitantes: Companhia Agrícola e Pastoril do São Francisco S.A., Armando da Costa Britto, e André Bezerra do Rego Barros. Suscitado: Juiz da 5.ª Vara Cível na qualidade de Diretor do Fórum de Recife-PE. Relator: Castro Nunes. Julgamento em 09 de abril de 1941. Autos disponíveis para consulta em Brasília, na seção de Arquivo Judiciário do Supremo Tribunal Federal, em uma das caixas relativas a “conflitos de jurisdição”, ordenadas por critério cronológico.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Conflito de jurisdição n.º 1.332. Suscitante: Juiz da Fazenda Pública em São Paulo. Suscitado: Delegado Fiscal e Diretor da Recebedoria do Imposto sobre a Renda. Relator: Castro Nunes. **Arquivo Judiciário**, Rio de Janeiro, Vol. LXI, Janeiro, Fevereiro e Março, 1941, p. 297 a 303.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Conflito de jurisdição n.º 1.399. Suscitante: Procurador Regional da República. Suscitados: Delegado Fiscal do Tesouro Nacional e o Diretor das Rendas Internas, de um lado, e de outro o Juiz estadual dos Feitos da Fazenda e o Juiz de Itaguassú. Relator: Orosimbo Nonato. **Arquivo Judiciário**, Rio de Janeiro, Vol. LXVII, Julho, Agosto e Setembro, 1943, p. 160 a 164.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **Conflito de Jurisdição n.º 1483**. Suscitante: Companhia Construtora Nacional. Suscitados: Diretor da Recebedoria do Distrito Federal e Diretor da Recebedoria das Rendas do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Bento de Farias. Julgamento em 16 de maio de 1944. Autos disponíveis para consulta em Brasília, na seção de Arquivo Judiciário do Supremo Tribunal Federal, em uma das caixas relativas a “conflitos de jurisdição”, ordenadas por critério cronológico.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **Conflito de Jurisdição n.º 1.607**. Suscitante: Editora Estado da Bahia S.A.. Suscitados: 2.ª Junta de Conciliação e Julgamento da Justiça do Trabalho de Salvador – BA e a Comissão Especial de Reestruturação dos Quadros de Jornalistas. Relator: Ribeiro da Costa. Julgamento em 22 de maio de 1946. Autos disponíveis para consulta em Brasília, na seção de Arquivo Judiciário do Supremo Tribunal Federal, em uma das caixas relativas a “conflitos de jurisdição”, ordenadas por critério cronológico.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **Conflito de Jurisdição n.º 1.720**. Suscitante: Juízo de Menores do Distrito Federal. Suscitado: Ministro da Justiça e Negócios Interiores. Relator: Edgard Costa. Julgamento em 22 de dezembro de 1948. Autos disponíveis para consulta em Brasília, na seção de Arquivo Judiciário do Supremo Tribunal Federal, em uma das caixas relativas a “conflitos de jurisdição”, ordenadas por critério cronológico.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **Conflito de Jurisdição n.º 1.761**. Suscitante: 2.ª Junta de Conciliação e Julgamento da Justiça do Trabalho de Salvador – BA. Suscitado: Ministro do Trabalho, Indústria e Comércio. Relator: Ribeiro da Costa. Julgamento em 29 de dezembro de 1948. Autos disponíveis para consulta em Brasília, na seção de Arquivo Judiciário do Supremo Tribunal Federal, em uma das caixas relativas a “conflitos de jurisdição”, ordenadas por critério cronológico. O acórdão está disponível em: **Arquivo Judiciário**, Rio de Janeiro, Vol. XCI, Julho, Agosto e Setembro, 1949, p. 46 a 50.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **Conflito de Jurisdição n.º 2.050**. Suscitante: Delegado Regional do Trabalho. Suscitado: Junta de Conciliação e Julgamento da Justiça do Trabalho de Pelotas – RS. Relator: Edgard Costa. Julgamento em 07 de abril de 1954. Autos disponíveis para consulta em Brasília, na seção de Arquivo Judiciário do Supremo Tribunal Federal, em uma das caixas relativas a “conflitos de atribuição”, ordenadas por critério cronológico. Também disponível em: <<http://gemini.stf.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d=SJUR&n=-julg&s1=conflito+e+2050&u=http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/Jurisp.asp&Sect1=IMAGE&Sect2=THESOFF&Sect3=PLURON&Sect6=SJURN&p=1&r=1&f=G&l=20>>. Acesso em 07 de novembro de 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **Mandado de Segurança n.º 3.557**. Impetrante: João Café Filho. Autoridade Coatora: Congresso Nacional. Relator: Hahnemann Guimarães. Julgamentos em: 14 de dezembro de 1955, 11 de janeiro de 1956, e 07 de novembro de 1956. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/julghistoricos/monta_resumo.asp?IDE_PROCESSO=ms3557> e <<http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/JulHistoricos/arquivos/MS3557.RTF>> ou em <<http://gemini.stf.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d=SJUR&n=-julg&s1=caf%E9+filho&u=http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/Jurisp.asp&Sect1=IMAGE&Sect2=THESOFF&Sect3=PLURON&Sect6=SJURN&p=1&r=1&f=G&l=20>>. Acesso em 07 de novembro de 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **Conflito de Jurisdição n.º 2.266**. Suscitante: Juízo dos Feitos da Fazenda Pública de São Luiz. Suscitado: Ministério da Fazenda, pela Alfândega de São Luiz. Relator: Barros Barreto. Julgamento em 07 de outubro de 1957. Autos disponíveis para consulta em Brasília, na seção de Arquivo Judiciário do Supremo Tribunal Federal, em uma das caixas relativas a “conflitos de atribuição”, ordenadas por critério cronológico. Também disponível em: <<http://gemini.stf.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d=SJUR&n=-julg&s1=2266+e+conflito&u=http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/Jurisp.asp&Sect1=IMAGE&Sect2=THESOFF&Sect3=PLURON&Sect6=SJURN&p=1&r=1&f=G&l=20>>. Acesso em 07 de novembro de 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **Conflito de Jurisdição n.º 2.861**. Suscitante: Liquidante do Banco Paulista S.A.. Suscitado: Juiz de Direito da 4.ª Vara Cível da Comarca de São Paulo e o Juiz de Direito da 7.ª Vara Cível da Comarca de São Paulo. Relator: Victor Nunes. Julgamento em 16 de dezembro de 1964. Autos disponíveis para consulta em Brasília, na seção de Arquivo Judiciário do Supremo Tribunal Federal, em uma das caixas relativas a “conflitos de atribuição”, ordenadas por critério cronológico; ou <<http://gemini.stf.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d=SJUR&n=-julg&s1=2861+e+conflito&u=http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/Jurisp.asp&>

Sect1=IMAGE&Sect2=THESOFF&Sect3=PLURON&Sect6=SJURN&p=1&r=1&f=G&l=20>.
Acesso em 08 de novembro de 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **Conflito de Jurisdição n.º 2.959**. Suscitante: Moysés Werneck. Suscitados: Estado da Guanabara e Serviço de Patrimônio da União. Relator: Villas Bôas. Julgamento em 22 de março de 1965. Autos disponíveis para consulta em Brasília, na seção de Arquivo Judiciário do Supremo Tribunal Federal, em uma das caixas relativas a “conflitos de atribuição”, ordenadas por critério cronológico. Também disponível em: <<http://gemini.stf.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d=SJUR&n=-julg&s1=2959&u=http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/Jurisp.asp&Sect1=IMAGE&Sect2=THESOFF&Sect3=PLURON&Sect6=SJURN&p=1&r=2&f=G&l=20>>. Acesso em 10 de novembro de 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Conflito de Atribuições n.º 3.126**. Suscitante: Procurador-Geral da Justiça do Estado de São Paulo. Suscitado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Djaci Falcão. Julgamento em 13 de novembro de 1968. Disponível em: <<http://gemini.stf.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d=SJUR&n=-julg&s1=conflito+de+atribui%E7%E3o&u=http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/Jurisp.asp&Sect1=IMAGE&Sect2=THESOFF&Sect3=PLURON&Sect6=SJURN&p=3&r=46&f=G&l=20>>. Acesso em 14 de novembro de 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Competência do Plenário, mas a decisão ficou sem confirmação deste. **Conflito de Jurisdição n.º 5.173**. Suscitante: Juscelino Kubitschek de Oliveira. Suscitados: Comissão Geral de Investigações e Órgãos do Judiciário. Relator: Adalício Nogueira. Julgamentos em 12 de agosto de 1969, e 25 de agosto de 1969. Autos disponíveis para consulta em Brasília, na seção de Arquivo Judiciário do Supremo Tribunal Federal, em uma das caixas relativas a “conflitos de atribuição”, ordenadas por critério cronológico. Não se sabe o motivo especial deste processo não estar disponível no endereço eletrônico do Supremo Tribunal Federal.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Conflito de Atribuições n.º 5.108**. Suscitante: Juiz da Comarca de Teresópolis. Suscitado: Ministério Público Estadual e Ministério Público da Justiça Militar. Relator: Raphael de Barros Monteiro. Julgamento em: 14 de agosto de 1969. Disponível em: <<http://gemini.stf.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d=SJUR&n=-julg&s1=conflito+de+atribui%E7%E3o&u=http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/Jurisp.asp&Sect1=IMAGE&Sect2=THESOFF&Sect3=PLURON&Sect6=SJURN&p=3&r=45&f=G&l=20>>. Acesso em 14 de novembro de 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **Conflito de Atribuições n.º 5.076**. Suscitante: Justiça Federal. Suscitado: Tribunal Superior do Trabalho. Relator: Aliomar Baleeiro. Julgado em 19 de novembro de 1969. Disponível em: <<http://gemini.stf.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d=SJUR&n=-julg&s1=5076&u=http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/Jurisp.asp&Sect1=IMAGE&Sect2=THESOFF&Sect3=PLURON&Sect6=SJURN&p=1&r=1&f=G&l=20>>. Acesso em 14 de novembro de 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **Conflito de Atribuições n.º 5.321**. Suscitante: Procuradoria Geral da Justiça da Guanabara. Suscitado: Procuradoria da República do Estado da

Guanabara. Relator: Djaci Falcão. Julgado em 02 de abril de 1970. Disponível em: <<http://gemini.stf.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d=SJUR&n=-julg&s1=5321&u=http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/Jurisp.asp&Sect1=IMAGE&Sect2=THESOFF&Sect3=PLURON&Sect6=SJURN&p=1&r=1&f=G&l=20>>. Acesso em 14 de novembro de 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **Conflito de Atribuições n.º 5.334**. Suscitante: 4.^a Comissão de Conc. e Julg. do Instituto do Açúcar e do Alcool-PE. Suscitado: Juiz de Direito da 2.^a Vara da Comarca de Goiana-PE. Relator: Aducto Cardoso. Julgado em 22 de abril de 1970. Disponível em: <<http://gemini.stf.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d=SJUR&n=-julg&s1=5334&u=http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/Jurisp.asp&Sect1=IMAGE&Sect2=THESOFF&Sect3=PLURON&Sect6=SJURN&p=1&r=2&f=G&l=20>>. Acesso em 14 de novembro de 2004, e o sublinhado consta do original.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **Conflito de Atribuições n.º 01**. Suscitante: 4.^a Comissão. de conciliação. e julgamento do Instituto do açúcar e do álcool. Suscitado: Juiz de Direito da Comarca de També-PE. Relator: Eloy da Rocha. Julgado em 19 de setembro de 1972. Disponível em: <<http://gemini.stf.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d=SJUR&n=julg&s1=ca+1&u=http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/Jurisp.asp&Sect1=IMAGE&Sect2=THESOFF&Sect3=PLURON&Sect6=SJURN&p=1&r=1&f=G&l=20>>. Acesso em 14 de novembro de 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **Conflito de Atribuições n.º 06**. Suscitante: Juiz de Direito da Vara Crime e de Menores de Feira de Santana [sic]. Suscitado: Superintendente Regional do Departamento de Polícia Federal. Relator: Carlos Thomp. Flores. Julgado em 23 de agosto de 1973. Disponível: <<http://gemini.stf.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d=SJUR&n=-julg&s1=ca+6&u=http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/Jurisp.asp&Sect1=IMAGE&Sect2=THESOFF&Sect3=PLURON&Sect6=SJURN&p=1&r=1&f=G&l=20>>. Acesso em 14 de novembro de 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **Conflito de Jurisdição n.º 6.394-6**. Suscitante: Tribunal Regional do Trabalho da Nona Região. Suscitado: Corregedoria da Justiça do Estado do Paraná. Interessados: Oficiais de Registro de Imóveis da Comarca de Ponta Grossa. Relator: Moreira Alves. Julgado em 10 de março de 1983. Disponível em: <<http://gemini.stf.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d=SJUR&n=-julg&s1=6394&u=http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/Jurisp.asp&Sect1=IMAGE&Sect2=THESOFF&Sect3=PLURON&Sect6=SJURN&p=1&r=1&f=G&l=20>>. Acesso em 16 de novembro de 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **Conflito de Atribuições n.º 24-5**. Suscitante: Ministério Público estadual. Suscitado: Ministério Público Federal. Relator: Aldir Passarinho. Julgado em 15 de maio de 1985. Disponível em: <<http://gemini.stf.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d=SJUR&n=-julg&s1=ca+24&u=http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/Jurisp.asp&Sect1=IMAGE&Sect2=THESOFF&Sect3=PLURON&Sect6=SJURN&p=1&r=1&f=G&l=20>>. Acesso em 16 de novembro de 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **Conflito de Atribuição n.º 35-1-RJ**. Suscitantes: Banco Brasileiro de Descontos S/A e outros. Suscitados: Juiz de Direito da 20.ª Vara Cível da Comarca da Capital do Rio de Janeiro, Conselho Monetário Nacional e Banco Central do Brasil. Interessado: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Sydney Sanches. Julgado em 02 de dezembro de 1987. DJ de 01 de dezembro de 1989. Disponível também em: <<http://gemini.stf.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d=SJUR&n=-julg&s1=ca+35&u=http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/Jurisp.asp&Sect1=IMAGE&Sect2=THESOFF&Sect3=PLURON&Sect6=SJURN&p=1&r=1&f=G&l=20>>. Acesso em 19 de novembro de 2004

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **Conflito de Atribuição n.º 38-5-RJ**. Suscitante: Texaco Brasil S/A Produtos de Petróleo. Suscitados: Juiz de Direito da 16.ª Vara Cível da Comarca da Capital e Conselho Nacional do Petróleo. Interessados: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro e Pulvergetal Indústria e Comércio Ltda. e outros. Relator: Paulo Brossard. Julgado em 11 de outubro de 1989. DJ de 27 de outubro de 1989. Disponível também em: <<http://gemini.stf.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d=SJUR&n=-julg&s1=ca+38&u=http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/Jurisp.asp&Sect1=IMAGE&Sect2=THESOFF&Sect3=PLURON&Sect6=SJURN&p=1&r=1&f=G&l=20>>. Acesso em 16 de novembro de 2004.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção. **Conflito de Atribuição n.º 11-SC (90.4843-5)**. Suscitante: Tribunal Regional do Trabalho da 12.ª Região. Suscitado: Tribunal de Contas da União. Interessado: João Gomes. Relator: José de Jesus Filho. Julgado por unanimidade em 13 de novembro de 1990. **Revista do Superior Tribunal de Justiça**, n. 19, março, 1991, p. 47 a 49.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção. **Conflito de Atribuição n.º 13-PR (90.95174)**. Suscitante: Tribunal Regional do Trabalho da 9.ª Região. Suscitado: Tribunal de Contas da União. Interessado: João Gomes. Relator: Hélio Mosimann. Julgado por unanimidade em 13 de novembro de 1990. **Revista do Superior Tribunal de Justiça**, n. 19, março, 1991, p. 127 a 129.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **Conflito de Jurisdição n.º 6.989-8-DF**. Suscitante: Tribunal Regional do Trabalho da 8.ª Região. Suscitado: Tribunal de Contas da União. Relator: Moreira Alves. Julgado em 02 de agosto de 1991. DJ de 21 de agosto de 1991. Disponível também em: <<http://gemini.stf.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d=SJUR&n=-julg&s1=6989&u=http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/Jurisp.asp&Sect1=IMAGE&Sect2=THESOFF&Sect3=PLURON&Sect6=SJURN&p=1&r=1&f=G&l=20>>. Acesso em 16 de novembro de 2004.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção. **Conflito de Atribuição n.º 19-MG (91.0016207-8)**. Suscitante: Banco Itaú S/A. Suscitados: Juízo Federal da 1.ª Vara de MG, Juízo Federal da 6.ª Vara de MG, Juízo Federal da 11.ª Vara de MG, Juízo Federal da 12.ª Vara de MG, Juízo Federal da 13.ª Vara de MG, Juízo Federal de Juiz de Fora-MG, e Banco Central do Brasil. Relator: Garcia Vieira. Julgado em 19 de novembro de 1991. **Revista do Superior Tribunal de Justiça**, n. 28, dezembro, 1991, p. 30 a 33.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção. **Conflito de Atribuição n.º 16-0-RO (91.0014318-9)**. Suscitante: Cooperativa de Produção dos Garimpeiros de Ariquemes Ltda. Suscitados: Juízo Federal da 1.ª Vara de RO, Tribunal Regional Federal da 1.ª Região, Governador do Estado de Rondônia. Interessados: Ministério Público Federal, União Federal. Relator: Pádua Ribeiro. Julgado em 26 de novembro de 1991. **Revista do Superior Tribunal de Justiça**, n. 28, dezembro, 1991, p. 25 a 29.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Seção. **Conflito de Atribuição n.º 23-0-RJ (2004/0028212-9)**. Suscitante: Ministério Público Federal. Suscitado: Juízo Federal da 13.ª Vara do Rio de Janeiro. Relator: Costa Lima. Julgado em 22 de setembro de 1992. DJ de 09 de novembro de 1992, p. 20329. Disponível também em: <<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=conflito+23&&b=JUR2&p=true&t=&l=20&i=43>>. Acesso em 16 de novembro de 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Controle concentrado e vácuo legislativo. **Informativo STF**, Brasília, 171, 15 a 19 de novembro de 1999. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/noticias/informativos/anteriores/info171.asp#Controle%20Concentrado%20e%20Vácuo%20Legislativo>>. Acesso em 25 de setembro de 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **Agravo Regimental n.º 234.073-4**. Agravantes: Luiz Glicério Silveira Ferrari e outro. Agravado: Ministério Público Federal. Relator: Néri da Silveira. DJ 28 de abril de 2000. Julgado em 28 de março de 2000. Disponível também em: <<http://gemini.stf.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d=SJUR&n=-julg&s1=234073&u=http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/Jurisp.asp&Sect1=IMAGE&Sect2=THESOFF&Sect3=PLURON&Sect6=SJURN&p=1&r=1&f=G&l=20>>. Acesso em 16 de novembro de 2004.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção. **Agravo Regimental no Conflito de Atribuição n.º 150-SP (2004/0028212-9)**. Agravante: Caixa Econômica Federal. Agravado: Sindicato da categoria profissional dos empregados e de trabalhadores em vigilância e segurança privada / conexos e similares de Campinas e Região – Sindivigilância Campinas. Relator: José Delgado. Julgado em 28 de abril de 2004. DJ de 31 de maio de 2004, p. 168. Disponível também em: <https://ww2.stj.gov.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200400282129&dt_publicacao=31/05/2004>. Acesso em 16 de novembro de 2004.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Plenário. **Conflito de Atribuição n.º 155-PB (2004/0110672-8)**. Suscitante: Ministério Público Federal. Suscitado: Ministério Público do Estado da Paraíba. Interessados: José Targino Maranhão e Edmilson Gomes de Souza. Relator: José Arnaldo da Fonseca. Julgado em 13 de outubro de 2004. DJ de 03 de novembro de 2004, p. 130. Disponível também em: <https://ww2.stj.gov.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200401106728&dt_publicacao=03/11/2004>. Acesso em 16 de novembro de 2004.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção. *Habeas Corpus* n.º 35445-DF (2004/0066761-3). Impetrante: Sérgio Cabral. Impetrado: Ministro de Estado da Justiça. Paciente: Willian Rohter Júnior. Relator: Francisco Peçanha Martins. DJ 18.05.2004. Processo arquivado na caixa n.º 9157. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/SCON/decisoes/doc.jsp?livre=200400667613.reg.&&b=DTEXT&p=true&t=&l=20&i=2>>. Acesso em 28 de setembro de 2004.

RESUMO

A intenção de nossa pesquisa é fornecer à comunidade jurídica do Brasil estudo abrangente sobre determinado processo judicial brasileiro. O fim deste processo é solucionar, como questão principal, incertezas que possam surgir em torno dos limites dos Poderes do Estado; os chamados conflitos de atribuição.

A pesquisa processual é antecedida por detalhado histórico sobre a separação brasileira de Poderes.

ABSTRACT

Our research is intended to provide for Brazil's law students and researchers a comprehensive study about a specific Brazilian judicial procedure. The strict purpose of the procedure in question is to resolve uncertainties which may eventually emerge regarding the limits between branches.

Before the procedural research there are a detailed historic about the branches of the Brazilian constitutional system.