

O Controle de Constitucionalidade das Leis no Brasil: a
Construção de um Sistema Híbrido.

Rogério Bastos Arantes

Dissertação apresentada ao Departamento de
Ciência Política da Universidade de São Paulo
para obtenção do título de Mestre, sob a
orientação da Profa.Dra. Maria Tereza Sadek.

São Paulo - 1994

A Flávia

AGRADECIMENTOS

Gostaria de registrar minha gratidão a todos aqueles que contribuíram para a realização deste trabalho.

O pessoal de casa, meus pais Geraldo e Teresinha, meu avô Castorino e meus irmãos Cláudio, Virgínia e Alexandre acompanharam de longe minha trajetória, desde os primeiros e difíceis anos da graduação em São Paulo. Neste período, sua compreensão e apoio foram decisivos para que eu continuasse os estudos. Hoje, o orgulho manifesto que sentem pelo sucesso da empreitada é a melhor recompensa que eu poderia obter.

Para o meu pai, vai um agradecimento especial, ou antes, uma homenagem, pois este trabalho tem muito da sua visão de mundo. Se aqui a preocupação principal é com as instituições políticas deste país, é porque considero o "governo das leis" acima do "governo dos homens". E a importância das Leis eu aprendi, de berço, com ele.

A orientação cotidiana de Maria Teresa Sadek foi decisiva para a realização deste trabalho. Mas sua companhia carinhosa e sua influência intelectual já vem de longe, desde que começamos a trabalhar juntos em 1988. Nessa época, as indefinições típicas de um profissional em formação se dissiparam a partir dos seus ensinamentos e estímulos. Teca me ensinou a pesquisar, ajustou meu olhar desfocado da política, e me mostrou os limites e possibilidades da nossa disciplina. A ela devo o fato de estar aqui hoje, apresentando os resultados de um trabalho de três anos, que em grande medida desenvolvemos a quatro mãos. Não que ela tenha qualquer responsabilidade pelos erros cometidos ao longo destes capítulos, mas se houver algum mérito nesta dissertação ele é fruto do acompanhamento cuidadoso e sempre amigo de Teca.

Se o espaço fosse maior e os manuais de metodologia não recomendassem moderação neste momento, cada

um dos amigos e colegas que me acompanharam durante estes anos mereceria um agradecimento especial. Como não posso fazê-lo, gostaria que soubessem que guardei comigo todas as palavras de incentivo nos momentos difíceis, de compreensão nos momentos em que fui obrigado a me isolar de todos, e de confiança nas horas em que o trabalho ameaçava empacar. Hoje, com a lembrança ainda fresca desses momentos, devo dizer que a produção de uma tese não é um trabalho frio e isolado, mas depende do carinho e estímulo daqueles que nos cercam. E isso, posso afirmar, eu tive em abundância, não sei se merecida, mas pela qual sou infinitamente grato.

Não poderia deixar de registrar, é claro, a força que retirei dos "momentos interdisciplinares", calorosos, das discussões com os colegas do Neps. E ao Márcio Aith, cuja leitura do primeiro capítulo me ajudou a afastar em grande parte o "risco jurídico" deste trabalho, também devo destaque nestes agradecimentos.

Ao longo da pós-graduação, o apoio de várias instituições foi fundamental para a consecução deste objetivo. Sou grato ao CNPq, pelo apoio financeiro durante os primeiros anos de mestrado, e à FAPESP, pelo amparo especial de seis meses que permitiu a redação final da dissertação. Agradeço ao Idesp, na pessoa de Bolívar Lamounier, as condições que possibilitaram a realização da pesquisa que fundamenta esta dissertação, além do privilégio de poder partilhar de sua companhia e da força de suas idéias.

A Flávia foi durante todo esse tempo o meu porto seguro. Nos momentos de dificuldade, dela recebi carinho. Nos momentos de desânimo, recebi força. Nos momentos de temeridade, alguns chacoalhões. A ela, com amor, dedico este trabalho.

SUMÁRIO

Introdução.....	01
Capítulo I.	
O problema: o controle da constitucionalidade das leis.....	06
1. Tipologia das soluções possíveis.....	06
2. Quadro comparativo.....	16
a. O sistema difuso-incidental norte-americano.....	17
b. Os sistemas de controle constitucional baseados no modelo concentrado.....	30
Capítulo II.	
As soluções constitucionais brasileiras para o problema do controle da constitucionalidade das leis: a construção de um sistema híbrido.....	47
Introdução.....	47
1. A Constituição de 1891.....	51
2. A Constituição de 1934.....	61
3. A Constituição de 1937.....	67
4. A Constituição de 1946.....	72
5. O Regime Militar pós-64.....	77
Capítulo III.	
O controle da constitucionalidade das leis na Constituição de 1988.....	84
Introdução.....	84
1. A solução adotada pela Constituição de 1988.....	87
Capítulo IV.	
O novo quadro político constitucional: nossa confusa separação de poderes.....	100
Introdução.....	100
1. A pedra de toque do sistema político: a medida provisória.	106
2. O uso das medidas provisórias no Governo Sarney.....	114
3. Governo Collor: para além do mero intervencionismo econômico.....	119
Capítulo V.	
O sistema híbrido de controle constitucional e o plano Collor I.....	139
Introdução.....	139
1. A medida provisória 168 e o bloqueio dos cruzados novos...	140

a. As principais inconstitucionalidades da MP 168 e da lei 8024/90.....	143
b. As decisões do STF sobre a medida provisória 168.....	151
2. A medida provisória 173 e a proibição de concessão de liminares em ações contra o plano.....	169
3. A reedição "maquiada" da MP 185 rejeitada pelo Congresso, através da MP 190.....	180
Conclusão.....	186
Capítulo VI.	
Considerações finais.....	189
Bibliografia.....	194

LISTA DE QUADROS, GRÁFICOS E TABELAS

Capítulo I.

Quadro I.	Controle de constitucionalidade das leis.....	08
Quadro II.	Modelos de controle constitucional das leis (I)..	11
Quadro III.	Modelos de controle constitucional das leis (II).	16

Capítulo II.

Gráfico I.	O poder judiciário na Constituição de 1891.....	54
Gráfico II.	O poder judiciário na Constituição de 1934.....	61
Gráfico III.	O poder judiciário na Constituição de 1937.....	69
Gráfico IV.	O poder judiciário na Constituição de 1946.....	73
Gráfico V.	O poder judiciário na Constituição de 1967.....	81

Capítulo III.

Gráfico VI.	Evolução do sistema de controle constitucional no Brasil.....	84
Gráfico VII.	O poder judiciário na Constituição de 1988....	89
Gráfico VIII.	Diferenciação da estrutura judiciária e centralização política.....	93
Tabela I.	Avaliação dos juizes sobre mudanças introduzidas pela Constituição de 1988.....	95
Tabela II.	Avaliação dos juizes sobre a atuação do STF...	96
Tabela III.	Avaliação dos juizes sobre a Ação de Constitucionalidade e a advocatória.....	98

Capítulo IV.

Quadro IV.	Separação de poderes na Constituição de 1988....	103
Tabela IV.	Medidas provisórias - Governo Sarney (out-88/mar-90).....	115
Quadro V.	Medidas provisórias transformadas em lei, por assunto. Governo Sarney (out-88/mar-90)....	117
Tabela V.	Posição dos partidos antes da posse de Collor..	123
Quadro VI.	As inconstitucionalidades do plano Collor I....	130
Tabela VI.	Medidas provisórias - Governo Collor (1990)....	134
Quadro VII.	Medidas provisórias transformadas em lei, por assunto. Governo Collor (1990).....	136

Capítulo V.

Tabela VII.	Número de processos distribuídos e julgados na justiça federal de 1o. grau, por região, entre 1988 e 1991.....	148
Tabela VIII.	Ações Diretas de Inconstitucionalidade (out-88/dez-92).....	150

INTRODUÇÃO.

Certamente uma grave lacuna das ciências sociais no Brasil é a parca produção acadêmica sobre o poder judiciário brasileiro e, em particular, a inexistência de estudos de natureza política sobre o nosso Supremo Tribunal Federal.

Órgão de cúpula do poder judiciário e guardião da Constituição Federal desde a fundação da República, ocupando sempre uma posição estratégica no arranjo institucional de poderes ao longo das sucessivas reviravoltas constitucionais, é realmente extraordinário o fato de que o Supremo Tribunal Federal nunca tenha merecido atenção especial dos cientistas políticos brasileiros.

É verdade que podemos encontrar vários trabalhos do ponto de vista jurídico sobre o judiciário e seu órgão de cúpula, o STF. Mas sua abrangência é quase sempre restrita à descrição dos textos legais e constitucionais que dão forma à instituição judiciária. Não que isso seja de pouca importância, mas a falta de uma análise política, capaz de demonstrar as consequências mais amplas do papel institucional do judiciário, é uma lacuna que esses trabalhos ainda não conseguiram preencher.

Há muito o que fazer nesse sentido: desde uma reconstrução dos principais aspectos históricos da instituição, passando por estudos comparativos com outros países até a análise de questões mais recentes como a organização e funcionamento do judiciário e sua relação com o conjunto das demais instituições políticas brasileiras.

A preocupação básica deste trabalho localiza-se em uma dessas questões. Especificamente, a relação entre judiciário e política no Brasil atual.

A falta de estudos de ciência política sobre o papel institucional do judiciário e do seu órgão de cúpula, o STF, associada à importância crescente que esta instituição vem assumindo no cenário político nacional já seria suficiente para motivar a realização de pesquisas e análises nesta área.

De fato, este trabalho é fruto destas motivações. Mas gostaria de tentar registrá-lo também como resultado de algo que julgo mais amplo do que a própria carência de estudos na área e a relevância teórica e prática do tema. Refiro-me aqui à "salutar reorientação" das ciências sociais no Brasil ocorrida em função das questões colocadas pelo processo político recente de transição e consolidação democrática. Nas palavras de Bolívar Lamounier, "o mesmo processo - a redemocratização - que levou o país a repensar sua estrutura institucional, também está levando a ciência política a uma salutar reorientação. Pouco a pouco, vai-se constituindo uma nova agenda intelectual, tendo o *funcionamento das instituições políticas como foco analítico e a consolidação do regime democrático como parâmetro normativo.*" E mais: esta reorientação, além de consolidar um campo específico das ciências sociais, tem produzido também mudanças de mentalidade nas demais áreas da disciplina, superando "a velha tendência a descartar a esfera institucional como o reino dos 'meros formalismos'".⁽¹⁾

(1) Bolívar LAMOUNIER. "Redemocratização e Estudo das Instituições Políticas no Brasil." in: MICELI, Sérgio (org.) *Temas e Problemas da Pesquisa em Ciências Sociais*. São Paulo: Sumaré/Fapesp; Rio de Janeiro: Fundação Ford, 1992. p.43. grifo meu.

Sei dos riscos que corre o autor que tenta um auto-registro de seu trabalho no curso atual de sua disciplina. Os erros são frequentes e os balanços acadêmicos posteriores tratam sempre de corrigi-los. Mas não poderia deixar de explicitar uma das razões básicas do presente trabalho: contribuir para a reafirmação da importância dos aspectos institucionais no processo político e para o entendimento das dificuldades enfrentadas pela democracia brasileira na tentativa de se consolidar.

Talvez o judiciário seja a única das macro-instituições brasileiras que ainda não conheceu plenamente os efeitos da reorientação de que nos fala Lamounier. Embora já tenhamos alguns trabalhos sociológicos neste sentido, há ainda um extenso caminho a trilhar na direção da consolidação de instrumentos de pesquisa, de reflexões substantivas que delimitem claramente o campo de estudos sobre a instituição e da transformação dos poucos e isolados especialistas em verdadeiros interlocutores.

Talvez a dificuldade específica neste caso resida naquilo que Elliot Slotnick⁽²⁾ denomina a "esquizofrenia" do novo campo de estudos aberto pela interconexão entre a sociologia e o saber jurídico. É que neste novo terreno, tanto cientistas sociais como juristas são obrigados a rever conceitos básicos de suas disciplinas, e ao mesmo tempo incorporar outros que até então não eram obrigados a levar em consideração em suas análises. Entre nós, cientistas sociais, por exemplo, o direito formal sempre foi o monarca absoluto no "reino dos meros formalismos". Assim, conclui

(2) SLOTNICK, Elliot E. "Judicial Politics" in CROTTY, William (Ed.) *Political science: looking to the future*. Northwestern University Press. Evanston, Illinois. 1991. Vol IV, cap.3

Slotnick, aqueles que se aventuram nesta interconexão podem até produzir resultados importantes, mas estes resultados se tornam objeto de interlocução entre poucos.

Não há como desconsiderar, principalmente a partir da Constituição de 1988, que o judiciário brasileiro tornou-se variável fundamental do processo político. Basta uma simples retrospectiva dos principais conflitos entre os poderes de Estado, e destes com a própria sociedade, nos últimos anos, para constatar que a reorganização institucional operada em 1988 colocou o judiciário na difícil posição de árbitro do jogo político entre estes grandes contendores. É este o problema principal que analiso nesta dissertação.

Pensar a relação entre judiciário e política, entretanto, exige um trabalho preliminar de definição das características da organização judiciária que têm implicação na esfera política e, em sentido oposto, em que medida o sistema político propriamente dito necessita reservar um papel específico ao judiciário que não pode ser exercido pelos demais poderes.

De acordo com a análise jurídica, o eixo dessa relação encontra-se na capacidade delegada a esta instituição de controlar a constitucionalidade das leis produzidas no parlamento e dos atos normativos editados pelo executivo. Nesse sentido, o capítulo I desta dissertação demonstrará como a adoção deste princípio pelas constituições contemporâneas seguiu duas direções nitidamente distintas: o modelo difuso de origem norte americana e o modelo concentrado de origem austríaca.

Ainda como parte desse esforço preliminar de definição dos aspectos institucionais que condicionam a

relação entre judiciário e política no Brasil atual, o capítulo II se dedica à análise das soluções constitucionais brasileiras do período republicano para o problema do controle da constitucionalidade das leis. Neste capítulo, demonstrarei como a evolução da forma de controle constitucional entre nós produziu um tipo original, sem paralelo no mundo contemporâneo, que associando elementos dos dois modelos básicos deu origem a um sistema *híbrido*.

O capítulo III é reservado à Constituição de 1988, onde este sistema *híbrido* adquire sua forma mais acabada, refletindo tanto as transformações anteriores como os impasses na opção definitiva por uma das formas principais de controle constitucional.

No capítulo V, analiso finalmente o desempenho deste sistema, tomando como exemplo o plano econômico editado pelo governo Collor em 15 de março de 1990, e as decisões do Supremo Tribunal Federal em ações contrárias às medidas econômicas. Antes, porém, para que tivéssemos uma idéia precisa do que foi este episódio, analiso no capítulo IV a relação entre os poderes legislativo e executivo na Constituição de 88, particularmente em torno das chamadas medidas provisórias.

CAPÍTULO I

O PROBLEMA: O CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS.

1. Tipologia das soluções possíveis.

A questão do controle da constitucionalidade das leis decorre da distinção consolidada apenas com o Estado Moderno entre lei constitucional e lei ordinária, com a supremacia da primeira sobre a segunda. Dentro de um ordenamento jurídico ideal, todos os textos legais inferiores e atos normativos dos diversos poderes devem concordância e obediência à Constituição. Esta, por sua vez, só pode ser modificada mediante processo legislativo especial, definido no interior do seu próprio texto.

Nesta perspectiva, "o controle da constitucionalidade tem por objetivo prevenir ou reprimir a produção legal, ou os seus efeitos, assim como a de atos normativos, sempre que uma ou outra estiverem em posição de inadequação face à constituição. Incide ele tanto sobre os requisitos formais da lei ou ato normativo, v.g., a competência do órgão produtor, a forma e procedimentos observados na produção, como sobre o conteúdo substancial dos mesmos, ou seja, sua conformidade aos direitos e garantias consagradas pela constituição." (1)

O controle aparece inicialmente como forma de impedir que leis e atos normativos firam os direitos e garantias individuais previstos constitucionalmente. Compõe,

(1) Paulo Napoleão Nogueira da SILVA. *A evolução do controle da constitucionalidade e a competência do Senado Federal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992. p. 19.

neste caso, um dos mecanismos de defesa do indivíduo e da sociedade frente aos abusos do poder público, uma das idéias básicas do liberalismo clássico. Seu desenvolvimento, entretanto, irá salientar um outro aspecto da política moderna que é o relacionamento entre os poderes do próprio Estado. Aqui, dependendo da separação de poderes e respectivas competências que se adotar, o órgão encarregado desse controle assumirá uma posição de guarda da Constituição contra possíveis extrapolações do âmbito discricionário de cada um dos poderes.

— As constituições contemporâneas contemplam estes dois aspectos do conflito constitucional quando prevêm, por exemplo, questões em que a própria Constituição é objeto (com frequência em torno de direitos e garantias) e questões envolvendo poderes ou órgãos de Estado em torno de prerrogativas e atribuições. Neste último caso, o órgão encarregado do controle, além de guarda da Constituição, irá transformar-se em árbitro do jogo político entre os contendores.

— É principalmente por causa deste segundo aspecto, a sua relação com o jogo político propriamente dito, que encontramos diversas soluções para o problema do controle da constitucionalidade das leis.

Veremos a seguir como a análise jurídica tem trabalhado tradicionalmente com os diversos tipos de controle constitucional das leis.

Segundo Paulo Nogueira da Silva, por exemplo, o controle constitucional pode ser de dois tipos, dependendo do momento em que é acionado:

Quadro I. CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS

TIPO	MOMENTO
PREVENTIVO	INCIDE SOBRE O PROCESSO LEGISLATIVO, ANTES DA PROMULGAÇÃO DA LEI
REPRESSIVO	INCIDE SOBRE A LEI VIGENTE

O controle preventivo da constitucionalidade das leis é exercido antecipadamente em relação à transformação de qualquer projeto ou iniciativa em lei. Daí conclui Silva que, "como regra, o controle preventivo é de natureza exclusivamente política" uma vez que o processo legislativo é restrito à esfera do parlamento, admitindo quando muito, a co-participação do executivo (ambos órgãos políticos *strictu sensu*) mas nunca admitindo qualquer tipo de apreciação judicial.⁽²⁾

Este tipo de controle pode se dar tanto em uma das etapas do processo de elaboração legislativa envolvendo apenas os dois poderes (quando o Presidente deixa de sancionar lei que julga inconstitucional, por exemplo) ou durante o mesmo processo mas invocando a participação de um órgão externo de controle constitucional. Este é o caso da França onde o Conselho Constitucional, integrado por ex-Presidentes, e mais nove membros com mandato de nove anos,⁽³⁾ além de cuidar das questões eleitorais, manifesta-se também sobre a constitucionalidade das leis e regimentos das duas câmaras legislativas. Para tanto, antes da

(2) Paulo Napoleão Nogueira da SILVA. *A evolução do controle da constitucionalidade...* p. 22.

(3) Destes nove, três são nomeados pelo Presidente da República, três pelo Presidente da Assembléia Nacional e três pelo Presidente do Senado. Cf. *Ibid*, p. 24.

promulgação, a arguição pode ser feita junto ao Conselho pelos presidentes da República, da Assembléia ou Senado, pelo Primeiro Ministro ou ainda por 60 deputados ou 60 senadores.

No caso das "leis orgânicas", que dizem respeito basicamente à organização dos poderes públicos, o pronunciamento do Conselho é sempre obrigatório. Seus julgamentos são sempre secretos e as decisões são tomadas por maioria de votos. As partes não têm acesso ao processo a não ser por intermédio da apresentação de memoriais escritos por parte dos órgãos interessados.⁽⁴⁾

Segundo Cappelletti, este tipo de controle constitucional, que se verifica na França, é muito limitado e rudimentar, por várias razões: "E isto não tanto pela limitação das garantias 'judiciárias' (independência, imparcialidade) do órgão ao qual ele é confiado, quanto pelos gravíssimos limites *subjetivos* (só quatro órgãos legitimados ao recurso), *objetivos* (incontrolabilidade, por parte do *Conseil Constitutionel*, dos decretos com força de lei do executivo, os quais na V República assumem uma extensão impressionante, a tal ponto de cobrirem, por exemplo todo o campo do processo civil) e *temporais* do aparelho que pode colocar em movimento o próprio controle, um controle que não pode mais ocorrer depois da promulgação da lei."⁽⁵⁾

As razões desse inexpressivo e pouco diferenciado sistema de controle constitucional estariam baseadas na idéia de ilegitimidade de qualquer interferência do

(4) Cf. Mauro CAPPELLETTI. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2a. ed. Porto Alegre: Fabris, 1984. p. 28

(5) *Ibid*, p. 30, grifo do autor.

judiciário na atividade legislativa do parlamento, decorrente da severa aplicação do princípio da separação de poderes que se faz na França.⁽⁶⁾

O controle repressivo, por sua vez, é aquele que incide sobre a lei vigente. Na verdade, pode-se dizer que, em termos de controle constitucional, o tipo repressivo constitui-se no objeto mesmo da análise jurídica sobre o tema, enquanto o tipo preventivo, por estar geralmente vinculado ao processo legislativo, na maioria das vezes não é colocado sob essa rubrica analítica.

A maior parte dos juristas reconhece basicamente duas formas para este tipo de controle: a difusa e a concentrada.

Em termos comparativos gerais, o controle difuso teve origem nos Estados Unidos sendo amplamente seguido pelas demais ex-colônias britânicas (Canadá, Austrália e Índia) e pelos países sul americanos. Já o controle concentrado foi inicialmente instituído pela Constituição austríaca de 1920-1929, sendo dominante entre os países da Europa continental do ocidente (Itália, Alemanha, Espanha).⁽⁷⁾

Para chegar a estes dois grandes modelos, a análise jurídica costuma servir-se de dois critérios

(6) Cappelletti aponta razões históricas e ideológicas para este fato: 1. "A permanente lembrança das graves interferências que, anteriormente à Revolução, os juizes franceses muito frequentemente perpetravam na esfera dos outros poderes", com sentido fortemente anti-liberal, constituindo-se nos mais implacáveis adversários da Revolução. 2. a influência decisiva do pensamento de Montesquieu e Rousseau que não admitiam qualquer interferência dos juizes nos atos dos órgãos legitimados pela soberania popular. Cf. *Ibid*, p. 96-97.

(7) Gilmar Ferreira MENDES. *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 120. Mauro CAPPELLETTI. *O controle judicial...*, p. 67-68.

básicos: 1. o do órgão encarregado do controle constitucional e 2. o da natureza do pleito em que a arguição de constitucionalidade é feita. Da combinação entre os dois surgiria uma tipologia das soluções constitucionais possíveis para o problema do controle da constitucionalidade das leis.

O quadro a seguir resume os argumentos sobre a existência de dois grandes modelos de controle constitucional, mediante a observação dos critérios apontados acima:

Quadro II. MODELOS DE CONTROLE CONSTITUCIONAL DAS LEIS (I)

C R I T É R I O S

F O R M A S	ÓRGÃO ENCARREGADO	NATUREZA DO PLEITO
DIFUSA	QUALQUER ÓRGÃO JUDICIAL PODE APRECIAR A CONSTITUCIONALIDADE DA LEI.	<i>INCIDENTAL</i>
CONCENTRADA	ATRIBUIÇÃO DE UM SÓ ÓRGÃO JUDICIAL, OU EXTRA-JUDICIAL.	<i>DIRETA</i>
INCIDENTAL	<i>DIFUSA</i>	QUANDO EXERCIDO EM UM PLEITO QUALQUER, NO ÂMBITO DOS PROCESSOS COMUNS E NÃO ESPECIFICAMENTE CONSTITUCIONAIS
DIRETA	<i>CONCENTRADA</i>	QUANDO A NATUREZA DO PLEITO É A PRÓPRIA LEI E SUA CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO.

O quadro acima sobrepõe propositadamente os dois critérios (órgão encarregado do controle e natureza do

pleito), a exemplo do que faz a análise jurídica, dando origem aos seguintes modelos:

1. Difuso-Incidental: quando a natureza do pleito diz respeito à satisfação de uma demanda qualquer, não especificamente sobre a constitucionalidade da lei, mas em cujo processo esta pode ser questionada por uma das partes e observada pela autoridade judicial. Pressupõe, portanto, a faculdade de todo juiz ou tribunal, na aplicação da lei ao caso concreto, de examinar os seus fundamentos constitucionais.

É por esse motivo que o quadro acima, quando sobrepõe os critérios, acaba produzindo uma relação direta entre eles: a forma difusa implica no modo incidental de julgamento e vice-versa.

Por outro lado, a decisão judicial no sistema difuso não tem efeito vinculante sobre outros processos, mesmo que de igual natureza, restringindo-se apenas às partes em litígio do caso em exame. Dessa forma, pelo menos teoricamente, podem ocorrer tantas diferentes decisões quanto for o número de órgãos judiciais acionados. Outra característica básica do controle difuso é que uma decisão judicial que considere inconstitucional a lei que se pretende aplicar ao caso concreto não é capaz, ao mesmo tempo, de fulminar esta própria lei afastando sua vigência.

2. Concentrado-Direto: aqui começam os problemas da sobreposição dos critérios *órgão encarregado* e *natureza do pleito*. Enquanto o elemento difuso está necessariamente ligado à natureza incidental do processo, e vice-versa, o mesmo não se pode dizer da relação entre os elementos

concentrado e direto, responsável pela origem daquilo que seria o segundo grande modelo de controle da constitucionalidade. Isto porque direto é o pleito em que a própria constitucionalidade da lei é que está em julgamento, ao passo que concentrado é a forma em que a atribuição de julgá-la é monopólio de um tribunal especial. Ocorre que, se o elemento direto está associado à forma concentrada, esta por sua vez não se reduz necessariamente ao julgamento de ações diretas sobre a constitucionalidade das leis, podendo fazê-lo também na forma incidental, isto é, na apreciação de casos concretos que tenham no tribunal especial seu local de julgamento originário ou em grau de recurso.

Na verdade, a associação entre o elemento direto e o concentrado no chamado segundo modelo se consolidou graças ao fato de que inexistia sistema de controle constitucional capaz de realizar difusamente o julgamento direto da constitucionalidade das leis. Em suma, o elemento direto pressupõe a concentração dessa competência em um órgão especial, mas este não necessariamente está livre da apreciação de tipo incidental.

Vale ressaltar aqui a diferença básica entre as naturezas incidental e direta dos processos no que diz respeito aos seus resultados: ao contrário do que afirmei para o caso incidental, no controle direto, como o objeto é a própria lei, a decisão incide sobre a validade constitucional mesma do diploma legal em exame, afastando ou confirmando sua vigência perante a Constituição. A decisão tem efeito *erga omnes* - contra todos -, ao passo que a forma incidental se restringe apenas às partes.

Do que foi dito, pode-se concluir que a *natureza do pleito* não se constitui propriamente num *critério* de classificação, sendo incorreta a sobreposição feita acima. Reformulando a análise, pode-se classificar os dois grandes modelos como difuso (que sobrepõe as formas difusa e incidental) e concentrado (que pode encerrar os elementos direto e incidental). Assim, o critério *órgão encarregado* predomina sobre o segundo, constituindo-se na base dessa nova classificação.

Ainda assim é preciso avançar um pouco mais nessa tipologia. É que a classificação desses dois modelos, mesmo sendo feita à base do *órgão encarregado*, é insuficiente pois não dá conta de uma outra possibilidade: a combinação entre a forma difusa e a concentrada. Ou seja, um sistema *híbrido* capaz de combinar a competência de juízes e tribunais inferiores de apreciar a constitucionalidade das leis em processos quaisquer (difuso) e um órgão, ou uma combinação de órgãos, responsável pelo julgamento de ações diretas sobre a constitucionalidade das leis (concentrado). Este por sinal é o caso brasileiro.

Paulo Nogueira da Silva faz referência a essa possibilidade mas conclui, sem explicar, que "o controle incidental é sempre difuso; ainda mesmo se, por questões de competência, a exceção houver sido oposta perante um órgão de jurisdição concentrada, como pode ocorrer em relação ao Supremo Tribunal Federal brasileiro."⁽⁸⁾

Tal afirmação teria sentido, a meu ver, se se tratasse tal Tribunal como apenas órgão de cúpula do aparelho judicial, ainda que combinando competências originárias e de grau de recurso. Isto é, como o controle

(8) Paulo Napoleão Nogueira da SILVA. *A evolução do controle da constitucionalidade...*, p. 25.

difuso é sempre exercido pelo aparelho judicial, o fato de existir um órgão como o STF brasileiro diria respeito mais às características de organização do próprio poder judiciário do que ao tipo de controle constitucional que se pretendeu adotar. Assim, mesmo com a existência de um órgão de cúpula, o sistema de controle permaneceria difuso-incidental na medida em que este órgão seria o responsável apenas por julgar os recursos contra decisões judiciais inferiores e/ou processos de sua competência originária, ambos na forma incidental.

Todavia, uma vez que se atribui a este órgão também a competência de julgar ações diretas sobre a constitucionalidade das leis, com efeito *erga omnes*, parece óbvio que o sistema de controle deixa de ser difuso-incidental. Mais precisamente, permanece ainda difuso-incidental mas agora não só, pois foram introduzidos os elementos concentrado e direto. É o que demonstraremos adiante com a análise da evolução constitucional do STF.

2. Quadro comparativo.

Refazendo a classificação, e chamando esta última combinação de controle híbrido, tem-se um novo quadro dos controles constitucionais possíveis:

Quadro III. MODELOS DE CONTROLE CONSTITUCIONAL DAS LEIS (II)

	ÓRGÃO ENCARREGADO	NATUREZA DO PLEITO	EXEMPLOS
DIFUSO	QUALQUER ÓRGÃO JUDICIAL PODE APRECIAR A CONSTITUCIONALIDADE DA LEI	QUANDO EXERCIDO EM UM PLEITO QUALQUER NO ÂMBITO DOS PROCESSOS COMUNS E NÃO ESPECIFICAMENTE CONSTITUCIONAIS	ESTADOS UNIDOS
CONCENTRADO	ATRIBUIÇÃO DE UM TRIBUNAL ESPECIAL	QUANDO ESTÁ EM QUESTÃO A PRÓPRIA CONSTITUCIONALIDADE DA LEI	ÁUSTRIA, ESPANHA, ITÁLIA, ALEMANHA
HÍBRIDO	COMBINAÇÃO DO SISTEMA DIFUSO COM UM ÓRGÃO DE JURISDIÇÃO CONCENTRADA	INCIDENTAL PARA A PARTE DIFUSA DO SISTEMA E DIRETA E/OU INCIDENTAL PARA O ÓRGÃO ESPECIAL	BRASIL

O quadro acima permite identificar melhor os tipos de controle constitucional possíveis. Uma análise dos países citados exemplarmente permitirá o esclarecimento de pontos ainda obscuros.

a. O sistema difuso-incidental norte-americano.

No que diz respeito ao caso norte americano, Tocqueville já apontava em meados do século XIX, na sua famosa visita ao novo continente, que nenhuma nação do mundo, até então, havia constituído um poder judiciário da mesma forma que os Estados Unidos.

O pensador francês começa sua análise do judiciário americano com uma constatação paradoxal: " O que o estrangeiro com maior dificuldade compreende nos Estados Unidos é a sua organização judiciária. Por assim dizer, não há ocorrência política para a qual não ouça ele (o estrangeiro) ser chamada a autoridade do juiz; e conclui, à vista disso, naturalmente, que o juiz é, nos Estados Unidos, uma das primeiras forças políticas. Depois, quando passa a examinar a constituição dos tribunais, só descobre nela, a princípio, atribuições e hábitos judiciários. Aos seus olhos, o magistrado nunca parece introduzir-se nos negócios públicos a não ser por acaso; mas esse mesmo acaso repete-se todos os dias."⁽⁹⁾

Por "atribuições e hábitos judiciários" Tocqueville está tomando três princípios básicos da atividade judicial moderna, decorrentes do advento do Estado de Direito liberal, e que em certa medida perduram até hoje:

1. *O juiz apenas se pronuncia sobre casos concretos.* Não cabe ao juiz se manifestar sobre qualquer lei, abstratamente. É preciso que haja litígio, um caso concreto de conflito entre partes diante da lei, para que ele possa se ocupar dela.

(9) Aléxis de TOCQUEVILLE. *A Democracia na América*. 2a.ed. Belo Horizonte: Itatiaia. São Paulo: EDUSP, 1977. p. 82.

2. *O juiz apenas se pronuncia sobre casos particulares.* Não cabe manifestação do juiz sobre questões e princípios gerais. Sua atuação está restrita ao julgamento de demandas apenas de particulares. Se sua sentença sobre um caso particular atinge algum princípio geral e este tende a cair na impotência, o juiz, entretanto, manteve-se dentro do círculo de suas atribuições. Ao contrário, manifestando-se sobre um princípio geral qualquer mas na ausência de um caso particular, estará saindo deste mesmo círculo e exercendo um papel que não é o seu.

3. *O juiz apenas se pronuncia quando provocado.* Embora haja exceções, este princípio pode ser considerado como essencial à organização judiciária moderna, diz Tocqueville. O judiciário é um órgão passivo por natureza; "é preciso pô-lo em movimento para que se mova."⁽¹⁰⁾ O juiz nunca pode tomar a iniciativa de ações concretas e muito menos de ataques à legislação. Tanto melhor que nem emita opiniões prévias ou fora dos autos pois, do contrário, estará pondo em risco as garantias processuais e a imparcialidade do julgamento.

Obviamente, Tocqueville não é o único autor de sua época a apontar tais características do judiciário. Também estas foram melhor descritas pela análise jurídica posterior que as fez avançar sobre outros conceitos, hoje consagrados, como o princípio da legalidade, da certeza jurídica, da discricionariedade dos poderes, etc.

Não cabe agora discutir estes novos conceitos, o que será feito mais à frente. Do que foi dito, gostaria apenas de reter a principal consequência dos princípios básicos da organização judiciária americana apontados por

(10) *Ibid*, pg.83.

Tocqueville: *a tentativa de afastar a política da esfera dos tribunais.*

Quando se impede o juiz de proferir sentenças ou até opiniões sobre princípios gerais, quando se impede o juiz de se ocupar da lei abstratamente, quando se impede a sua manifestação sem prévia provocação de um particular, o que se tem em vista é, para além do funcionamento imparcial da justiça, a garantia da separação e equilíbrio dos poderes. Nesta divisão funcional, a política propriamente dita é reservada à esfera dos demais poderes (aqui independente de serem de fato separados, como no presidencialismo, ou não, como no parlamentarismo). Seu lugar privilegiado é o parlamento, órgão de representação da sociedade e responsável pela produção das leis. Só ele tem a legitimidade, conferida pelo mandato popular, de elaborar, promulgar e revogar leis. As leis são a consequência objetiva do processo político nas sociedades modernas e devem ser tomadas como tal quando pensamos o papel reservado ao judiciário nesse contexto.

Seu papel, diante dessa divisão funcional, é o de mero aplicador das leis. Tudo o mais será visto como distorção ou abuso de poder.

O paradoxal, segundo Tocqueville, é que o judiciário americano, mesmo conservando estes princípios básicos e movimentando-se dentro do círculo de atribuições próprias deste ramo de poder, ao mesmo tempo, é dotado de um imenso poder político e cotidianamente introduz-se nos negócios públicos. De onde vem essa força política? pergunta Tocqueville.

"A causa acha-se exclusivamente no seguinte fato: os americanos reconheceram o direito de fundarem os juizes

as suas decisões na *Constituição*, antes que nas leis. Noutras palavras, permitiram-lhes jamais aplicar as leis que lhe parecessem inconstitucionais."⁽¹¹⁾

Este é o elemento básico do modelo difuso de controle constitucional americano: a faculdade que têm os juízes e tribunais de examinar antes os fundamentos constitucionais da lei que devem aplicar. Acrescido ao elemento de que as sentenças que proferem restringem-se às partes em conflito, o que era uma fato paradoxal (atividade judicial e política se misturando) aparece agora dotado de uma lógica própria e original.⁽¹²⁾

Os juízes americanos não têm o poder de fulminar a vigência das leis que reputam inconstitucionais em seus julgamentos. Se assim o fizessem, estariam comprometendo o equilíbrio e a separação de poderes. Embora não perca sua vigência, a lei censurada pelo juiz tem sua eficácia abalada. Uma vez atacada, seguir-se-ão outros processos pois, os que se virem na mesma situação serão incentivados a tomar o rumo dos tribunais. No limite, se os casos se multiplicarem e as sucessivas sentenças confirmarem os

(11) Aléxis de TOCQUEVILLE. *A Democracia na América*. p. 83, grifo do autor

(12) Embora a distinção entre lei constitucional e lei ordinária possa ser encontrada embrionariamente antes mesmo do advento do Estado Moderno, pode-se considerar que a invenção do controle constitucional propriamente dito é obra dos americanos do século XIX. Esta se deu não por previsão constitucional mas pela prática da própria Suprema Corte. A sentença do *Chief Justice* John Marshall, no caso clássico *Madison X Marbury* de 1803, é tomada pela análise jurídica como a origem do controle constitucional das leis. Nela, pela primeira vez, declarava-se a inconstitucionalidade de uma lei como fruto do entendimento de que a *Constituição* é superior a todos os demais textos legais. Estes lhe devem concordância, caso contrário são nulos, sendo dever dos juízes negar-lhes aplicação. Cf. Mauro CAPPELLETTI. *O controle judicial...*, p. 46. e Gilmar Ferreira MENDES. *Controle de constitucionalidade...*, p. 11.

fundamentos inconstitucionais da lei, "ocorrerá, então, uma destas duas coisas: o povo muda a sua constituição ou a legislatura revoga a sua lei."⁽¹³⁾

Nem mesmo a Suprema Corte foi criada para a decisão sobre a lei em si. Aí também pode-se observar a natureza incidental dos pleitos que atingem a Constituição e o princípio do contraditório como garantia de que a lei não será atacada levianamente.⁽¹⁴⁾

Continuando sua análise, Tocqueville descreve o debate constituinte americano acerca da organização do judiciário frente à questão do federalismo. À época da formulação da Constituição, já eram 13 as justiças estaduais em pleno funcionamento e dotadas de tribunais de instância máxima, sem apelação. Quando escreve *A Democracia na América*, esse número já havia subido para 24. Da mesma forma que a questão da dupla soberania (União e estados) pautou os debates sobre a divisão de competências nos ramos legislativo e executivo, também o ponto central das discussões sobre a organização judiciária foi quais matérias ficariam na órbita de julgamento de uma justiça da União e quais caberiam às justiças dos estados.

A fixação dessas competências acabou acompanhando a divisão de matérias entre os legislativos estadual e federal, seguindo uma forte direção federativa. Isto é, os casos envolvendo leis estaduais teriam como foro as justiças dos estados; as leis da União a justiça da União. Parece simples, mas a engenharia institucional teria necessariamente que se ocupar de um outro problema: prever

(13) Aléxis de TOCQUEVILLE. *A Democracia na América*. p. 84

(14) Mauro CAPPELLETTI. *O controle judicial...* p. 104 e Gilmar Ferreira MENDES. *Controle de constitucionalidade...* p. 128.

os litígios entre cidadãos de estados diferentes, ou dos próprios estados entre si, ou destes com a União. Assim, a justiça que era da União passou a ser também a justiça da federação, ou simplesmente, justiça federal. Além de julgar as matérias de interesse da União, foi elevada à condição de árbitro nos conflitos inter-estaduais e dos estados com a União.

Uma das hipóteses centrais que acionariam este tipo de arbitragem diz respeito às vedações aos estados de legislarem sobre matérias de competência da União como, por exemplo, circulação de moeda, direito de importação, etc. Caso o legislativo estadual resolvesse regular tais matérias ou o executivo estadual se recusasse a cumprir leis federais nesse sentido, a reclamação deveria ser feita junto à justiça federal.

Este papel de árbitro, particularmente da Suprema Corte, não se confunde com o tribunal especial do modelo concentrado de controle constitucional. A arbitragem é antes uma exigência do tipo de organização política americana do que uma qualidade de órgão de jurisdição constitucional concentrada. Mesmo com esta competência, a Suprema Corte não escapa aos limites impostos pelo modelo difuso de controle da constitucionalidade das leis.

Isto, a meu ver, deve-se ao fato de que ela está aprisionada por dois fortes princípios do arranjo político institucional americano: a separação de poderes e o federalismo. O primeiro fez dela apenas órgão de cúpula da justiça federal, tendo por isso que obedecer às regras do controle constitucional difuso, seja em grau de recurso ou de competência originária. A Suprema Corte julga da mesma forma que os juízes e tribunais inferiores (embora seus

juízes tenham maior visibilidade) e suas sentenças têm o mesmo alcance que as demais, isto é, incapazes de atingir abstratamente a lei ou afastar a vigência daquelas que reputam inconstitucional na apreciação de casos concretos. O segundo princípio, o federalismo, impôs-lhe a devida distância do julgamento de matérias de competência das justiças estaduais, embora figure como árbitro dos litígios entre as unidades da federação.

Vantagens e desvantagens têm sido apontadas em relação ao modelo americano de controle constitucional. O fato do controle ser exercido difusamente por órgãos do aparelho judicial, sempre na forma incidental, sugere que a lei não será atacada levianamente. As diversas garantias processuais, a possibilidade de interposição de recursos, o princípio do contraditório e a não suspensão da vigência da lei considerada inconstitucional são elementos apontados por alguns como fatores que contribuem para a preservação da separação e equilíbrio dos poderes. Sendo o controle constitucional algo imprescindível contra abusos do poder público, notadamente o legislativo e o executivo, é bom que ele seja exercido por um poder externo a estes últimos.

E mais, atribuindo-se ao judiciário tal tarefa, que deve ser desempenhada dentro dos limites de sua organização tradicional, o conflito constitucional (coisa iminentemente política), é revestido de caráter apenas legal e de disputa basicamente jurídica. Concluem os defensores dessas vantagens que, com isso, constitui o judiciário uma barreira que pode ser acionada pelos indivíduos contra os abusos do Estado e, ao mesmo tempo, preserva-se o princípio de que ao próprio judiciário não cabe manifestação sobre assuntos políticos.

Outros, com base nestes mesmos elementos, afirmam justamente o contrário: vedar ao judiciário a possibilidade de se intrometer na política e ao mesmo tempo colocar nas mãos de cada juiz o direito de fundar suas decisões na Constituição, antes que nas leis, é uma contradição nos termos. Exemplificando, não estaria justamente "fazendo política" o juiz que reputa inconstitucional uma lei do Congresso americano que fere garantias individuais?. Como separar direito e política? As técnicas oferecidas pela ciência jurídica seriam suficientes para conferir a neutralidade necessária aos julgamentos e afastar as consequências políticas de suas decisões? Concluem os críticos que o conjunto de argumentos favoráveis ao modelo difuso é casuístico, sem lógica, ou até mesmo dotado de grande hipocrisia: os juizes não se metem em política a não ser por acaso, mas o acaso repete-se todos os dias.

Mas a principal crítica ao modelo difuso procura salientar o grave risco que representa a possibilidade de diferentes juizes proferirem sentenças divergentes sobre uma mesma questão, dado que têm o direito de interpretar constitucionalmente as leis, e cada um a sua maneira, antes de aplicá-las.⁽¹⁵⁾

É fato que a organização judiciária foi pensada justamente para produzir a homogeneidade das decisões judiciais. A obediência aos códigos processuais, a formação de jurisprudência, a própria cultura jurídica são fortes condicionantes de uniformização das decisões individuais de cada juiz. Se a homogeneidade não for atingida na primeira instância, mesmo com estes condicionantes, existem ainda várias formas de recurso às instâncias superiores que

(15)Mauro CAPPELLETTI. *O controle judicial...*, p. 77.

encarregar-se-ão de uniformizar a interpretação das leis e consolidar a jurisprudência. Reduz-se assim o risco do caos interpretativo e decisório.

No entanto, continuam estes críticos, e quando se tratar de medida legal de interesse público, urgente e relevante, que não pode correr este risco mesmo que pequeno e muito menos esperar o ritmo lento dos tribunais comuns? Não há mecanismo institucional no sistema difuso puro que permita cortar caminho rumo a uma decisão final rápida e com efeito vinculante sobre outras que ainda estão por ser tomadas.

Hans Kelsen, pai do modelo concentrado de controle constitucional, reforçando um aspecto desta crítica, observa que a grave deficiência do modelo difuso é justamente confundir interesse de particulares com interesse público. A questão da constitucionalidade das leis não pode ser reduzida, pelo modo incidental de controle, a uma questão de interesses privados. Tanto que o *Judiciary Act*, de 1937, expressando essa preocupação, assegurou ao governo americano " a faculdade de intervir na lide entre particulares, sempre que estiver em discussão a constitucionalidade de lei federal atinente ao interesse público. Confere-se, igualmente, o poder de apelar para a Corte Suprema contra decisão que declara inconstitucionalidade de lei federal, e se consagra vedação aos juízes singulares para conceder *injunctions* que afastem a aplicação de lei do Congresso, sob o fundamento de inconstitucionalidade."⁽¹⁶⁾

As modificações introduzidas pelo *Judiciary Act* de 1937 parecem indicar que o modelo difuso, até mesmo no seu país de origem, acarreta de fato vários riscos para a

(16) Gilmar Ferreira MENDES. *Controle de constitucionalidade...* p. 129.

consecução dos objetivos de governo. Ou seja, quando se permite ao governo americano intervir no processo em que se esteja discutindo a constitucionalidade de lei atinente ao interesse público, quando se permite o recurso à Corte Suprema contra declaração de inconstitucionalidade de lei federal e quando se impede o juiz de conceder *injunctions*⁽¹⁷⁾ que afastem a aplicação de lei do Congresso, o que se deseja é impedir a excessiva "jurisdicização da política" ou que medidas relevantes de governo sejam obstruídas facilmente pelos órgãos judiciais.

O *Judiciary Act* de 1937 marca justamente a superação de uma fase da história da Suprema Corte conhecida como a fase do "governo dos juizes". A partir da segunda metade do século XIX, herdando a posição política consolidada pela ação de John Marshall à frente do Tribunal, a Suprema Corte americana atuou livremente e com razoável desenvoltura na "construção da Constituição" mediante o preenchimento de suas lacunas e adaptando-a às mudanças econômicas e sociais que se operavam nos Estados Unidos e no mundo. Neste período, que vai de meados do século XIX até a década de 30 do século XX, "os *justices* atingem ao fastígio de seu poder, escolhendo no vasto arsenal dos precedentes a diretriz, que lhes parecia mais justa, para os casos novos, no que, - é opinião geral - não julgavam apenas segundo a lei, mas entravam no mérito da política legislativa, como a

(17)As "injunctions" do direito americano podem ser comparadas às medidas liminares no Brasil. Segundo Baleeiro, "a 'injunção' é mandado ou ordem expedida por juízo ou Tribunal, a pedido do interessado, em tramitação breve e sumaríssima, para impedir alguém, particular ou autoridade, de executar fatos ou atos susceptíveis de prejuízo a direito manifesto daquele interessado." Aliomar BALEEIRO. *O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido*. 1a. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968. p. 74.

'terceira câmara do congresso', - praticando o que foi estigmatizado como 'o governo dos juizes', ou melhor, 'a oligarquia judiciária'."(18)

Neste período, embora tenha ocorrido votos dissonantes na Corte Suprema, sua atuação predominante foi no sentido de preservar direitos e garantias individuais contra ações governamentais de intervenção na vida econômica, e até mesmo contra os primeiros sinais de uma legislação social de proteção ao trabalho que já se disseminava entre as lideranças políticas.

A mudança de rota do Tribunal, em relação a uma postura liberal-individualista bem adaptada ao capitalismo concorrencial do século XIX, ocorreu a partir da crise de 1929 e da eleição de Roosevelt em 1933. As primeiras medidas econômicas do novo presidente, conhecidas como *New Deal*, foram quase todas declaradas inconstitucionais pela Suprema Corte, à época ainda apegada aos valores que pautaram sua atuação anterior à crise econômica. Em 1936, reeleito com os votos de quase todos os estados americanos, Roosevelt partiu para o ataque contra a Suprema Corte junto à opinião pública e também patrocinando projetos no Congresso que incidiam sobre a forma de nomeação de seus juizes e da sistemática de seus trabalhos. Frente à pressão, a Suprema Corte americana recuou e passou a votar favoravelmente às medidas do governo.(19)

É nesse contexto que se inserem as mudanças efetivadas através do *Judiciary Act* de 1937 que buscaram afastar a intervenção excessiva dos juizes nos assuntos exclusivamente políticos. O período que se segue ao "governo

(18)Aliomar BALEEIRO.O *Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido*. p. 44

(19)*Ibid*, p.50-53.

dos juizes", portanto, irá caracterizar-se pela substituição do "ativismo judicial" por uma postura mais flexível em relação aos objetivos de governo, que perdura até os dias de hoje.

Todavia, tais alterações não foram suficientes para descaracterizar a essência do modelo difuso norte americano uma vez que não incidiram sobre a natureza da Corte Suprema, que permaneceu apenas como órgão de cúpula do judiciário e sem as prerrogativas e atribuições próprias das cortes constitucionais do modelo concentrado. Refiro-me aqui, em especial, ao monopólio da declaração de inconstitucionalidade e à possibilidade de acolher ação direta sobre a constitucionalidade de lei em tese.

Na verdade, as barreiras ao principal risco do modelo difuso (tantas diferentes decisões quanto forem os órgãos judiciais acionados, para o mesmo caso), nos Estados Unidos, são o princípio do *stare decisis* e a força vinculante da jurisprudência, combinados entre si. O princípio do *stare decisis* obriga que um mesmo tribunal mantenha ao longo do tempo a mesma interpretação das leis para casos semelhantes e a força vinculante da jurisprudência significa que as decisões dos tribunais superiores devem ser seguidas pelos juizes inferiores⁽²⁰⁾. Trata-se, portanto, de uma força vinculante que percorre em sentido descendente toda a hierarquia judicial americana, conferindo homogeneidade às decisões e diminuindo drasticamente o risco da insegurança jurídica.

Nesse sentido, o princípio do *stare decisis* e o efeito vinculante da jurisprudência acabam indiretamente por

(20) Clémerson Merlin CLEVE. *Atividade legislativa do poder executivo no Estado contemporâneo e na Constituição de 1988*. São Paulo: Editor Revista dos Tribunais, 1993. p. 76

conferir efeito *erga omnes* às decisões da Suprema Corte americana. Embora não exista aí qualquer mecanismo similar à ação direta, a decisão no modo incidental implica na nulidade definitiva da lei por obra da força vinculante da jurisprudência. Note-se que não se trata de *anulação* da lei, como ocorre com as ações diretas, mas apenas de *nulidade* como resultado do cumprimento de um princípio da organização judiciária americana.

Todavia, para esta regra não se pode descartar certas exceções: a possibilidade de revivescimento de leis, segundo Cappelletti, tomadas por inconstitucionais ou, o que é muito mais frequente, a declaração de inconstitucionalidade de leis anteriormente confirmadas em sua validade constitucional. Esta "mudança de rota" da Suprema Corte só é possível graças ao fato de que suas decisões não *anulam* as leis como no modo direto do modelo concentrado, mas apenas são capazes de afastar sua vigência através da regra do *stare decisis* e da vinculação jurisprudencial. E mais, segundo Cappelletti, é justamente em matérias constitucionais que essa regra tem sido "menos rigorosamente observada (...) que em outras matérias, em consequência do caráter mais dinâmico e da disciplina mais lacunosa e genérica de tais matérias, que implicam em uma interpretação mais acentuadamente evolutiva."⁽²¹⁾ De tal forma isso veio ocorrendo que alguns autores chegaram a afirmar que o princípio da jurisprudência vinculante foi praticamente suprimido no campo da justiça constitucional.

Mesmo assim, diante das alterações no modelo difuso puro americano, poder-se-ia advogar que, como os seus resultados estão bem próximos daqueles obtidos pelo modelo

(21) Mauro CAPPELLETTI. *O controle judicial...* p. 79-81

concentrado, nossa classificação inicial deveria ser reformulada. Entretanto, julgo que não, por três motivos: primeiro, porque permanece intocado o modo incidental de julgamento da Suprema Corte e com isso continua válida a crítica de Kelsen de que controvérsias entre particulares não devem dar origem a decisões que acabam por ter efeito geral sobre toda a sociedade. Segundo, porque, não se pode confundir o efeito vinculante da jurisprudência nos Estados Unidos com o monopólio da declaração de inconstitucionalidade da corte constitucional do modelo concentrado, como veremos em detalhes a seguir. Embora os resultados se aproximem, os meios de atingí-los são inversos: de baixo para cima nos Estados Unidos e de cima para baixo no modelo concentrado, tendo em vista toda a extensão do aparelho judicial. Terceiro, porque, para os nossos propósitos comparativos, é bem mais interessante manter isolado o exemplo americano para que possamos entender melhor o rumo das reformas do sistema de controle constitucional no Brasil. Aqui sim as mudanças foram em direção ao modelo concentrado, como veremos adiante, ao passo que nos Estados Unidos foi o princípio geral do *stare decisis* e da jurisprudência vinculante que impediram a derrocada do modelo difuso de controle constitucional.

b. Os sistemas de controle constitucional baseados no modelo concentrado.

Os exemplos de Áustria, Espanha, Itália e Alemanha, permitem identificar melhor as características do modelo

concentrado de controle constitucional e suas diferenças em relação ao modelo difuso descrito acima.

A Constituição austríaca de 1920, sob inspiração da teoria kelseniana, instituiu o Tribunal Constitucional como órgão especial de controle da constitucionalidade das leis. A razão primeira dessa instituição foi a necessidade de um árbitro imposta pela ocorrência de conflitos constitucionais entre os componentes da federação, estados e União. Assim, mediante um requerimento especial (*antrag*), o governo federal poderia recorrer ao Tribunal Constitucional contra leis estaduais e estes ao mesmo Tribunal contra leis da União.

A partir de 1920, a Constituição austríaca sofreu modificações e revisões que atingiram também a forma e o exercício do controle constitucional, mas que não chegaram a afetar seu princípio básico: a concentração da competência de declaração de inconstitucionalidade das leis em um órgão especial, onde a representação, para ser acolhida, não necessita versar sobre caso concreto mas antes pode ser sobre a própria lei, a lei em si, e cuja decisão tem efeito *erga omnes*, afastando a vigência da lei que considerar inconstitucional.

Assim, em 1929, introduziu-se o elemento incidental, isto é, a possibilidade da questão constitucional ser arguida no curso de um processo comum nos tribunais ordinários. "Conciliou-se, assim, segundo Mendes, o sistema de controle direto com modalidade de controle concreto, provocado no curso de uma pendência judicial."⁽²²⁾. Mas esta conciliação não deve nos levar a concluir que o sistema austríaco passou a híbrido nos termos em que

(22) Gilmar Ferreira MENDES. *Controle de constitucionalidade...* p.131

propusemos acima. Isto porque, em primeiro lugar, a modificação no art. 140 da Constituição austríaca apenas acrescentou dois outros agentes na lista dos legitimados para instaurar processos de controle das leis junto à Corte Constitucional: o Tribunal Superior (Oberster Gerichtshof), corte suprema para causas civis e penais, e a Corte Administrativa (Verwaltungsgerichtshof), tribunal superior para causas administrativas. Em segundo lugar, porque estes novos agentes podem arguir a constitucionalidade de lei perante a Corte apenas pela via incidental, nunca pela via direta. Finalmente, a razão mais importante, porque estes tribunais são antes *obrigados* a remeter as questões constitucionais relevantes à Corte Constitucional para que esta decida definitivamente sobre a constitucionalidade da lei que os tribunais ordinários devem aplicar ao caso concreto. Como se vê, não se trata da introdução do princípio difuso pois *os tribunais ordinários não têm competência para deixar de aplicar leis que eventualmente considerem inconstitucionais*. Se surgir tal pendência, somente o parecer vinculatório da Corte Constitucional é capaz de solucionar a questão.

Segundo Cappelletti, a mudança de 1929 se deu porque, se os agentes inicialmente previstos como legitimados para acionar a Corte Constitucional (o Governo Federal e os governos dos Lander) eram suficientes para garantir "o respeito recíproco de sua repartição constitucional de competências", o mesmo não ocorria com outros casos como leis lesivas aos direitos individuais, por exemplo. A não ser que se tratasse de caso raro e excepcional, tais agentes não teriam motivação suficiente para promover ação perante à Corte Constitucional. Como os

juizes ordinários não poderiam deixar de aplicar as leis inconstitucionais que não haviam despertado interesse dos Governos federal e estaduais, muitos casos fugiriam ao controle constitucional. Daí porque a reforma de 1929 incluiu a possibilidade de arguição em via incidental por parte dos tribunais ordinários.⁽²³⁾

A revisão constitucional de 1975 introduziu novas mudanças alargando o leque de agentes legitimados para arguir a inconstitucionalidade das leis: 1/3 do parlamento passou a poder formular arguição direta de inconstitucionalidade de lei federal; criou-se também o recurso individual (*individualantrag*) contra lei ou regulamento que ferisse, diretamente, direitos e garantias individuais, desde que não houvesse outro caminho judicial adequado a essa defesa.

Além dessas formas, a Constituição austríaca^{*} permite também o controle de tipo preventivo no que diz respeito a eventuais discordâncias quanto à divisão de competências legislativas entre a União e os estados. Assim, se houver dúvida sobre a competência de estados de legislar sobre uma matéria específica, cabe requerimento (que deverá ser acompanhado do respectivo projeto de lei em discussão)

(23)Cappelletti considera ainda limitada tal mudança porque não incluiu os juizes das instâncias inferiores: "Todos os outros juizes devem, irremediavelmente, aplicar as leis aos casos concretos submetidos a seu julgamento, sem a possibilidade de abster-se da aplicação tampouco daquelas leis que sejam por eles consideradas manifestamente ou macroscopicamente inconstitucionais; com o sério inconveniente de que, em um processo civil, penal ou administrativo, somente na fase final (e eventual) desenvolvendo-se perante (os tribunais ordinários superiores) poderá, enfim, não ser aplicada uma lei que (...) necessariamente deve ser aplicada pelos juizes inferiores. Cf. Mauro CAPPELLETTI. *O controle judicial...* p.108

ao Tribunal Constitucional. O fato do requerimento ser submetido antes da promulgação da lei configura controle preventivo.

A exterioridade do Tribunal Constitucional austríaco em relação ao judiciário pode ser observada pela própria topografia da Carta Magna. Enquanto ele se localiza na Parte VI das "Garantias da Constituição e da Administração", arts. 137 a 148, a atividade judicial comum se localiza na parte III "Do Poder Executivo da Federação" responsável pela jurisdição ordinária ("Da jurisdição", arts. 82 a 94).⁽²⁴⁾ O fato do judiciário ser submetido ao capítulo do poder executivo, por si só, indica a sua falta de independência e autonomia frente aos demais poderes e reforça o seu impedimento no que diz respeito ao controle das leis.

O Tribunal Constitucional é composto por magistrados, funcionários administrativos e catedráticos das escolas de Direito ou Ciência Política, indicados pelo Governo e nomeados pelo Presidente Federal. Uma vez empossados, gozam das garantias e sofrem os mesmos impedimentos da magistratura comum. Não se confunde com ela, entretanto, não só porque a Constituição separa as coisas, mas porque o seu caráter político é mais acentuado.

Esta, aliás, é uma das diferenças básicas entre os dois modelos vistos até agora. Se o controle da constitucionalidade das leis é algo essencialmente político, no modelo difuso esta essência subsume-se de certa forma na lógica jurídica do procedimento que é exclusivamente judicial. Já no modelo concentrado, o caráter político do controle é reconhecido explicitamente pela engenharia

(24) Paulo Nogueira da SILVA. *A evolução do controle da constitucionalidade...* p. 35.

institucional que deposita o monopólio da função num órgão externo ao judiciário, de composição quase sempre oriunda da maioria política que governa e cujas decisões são recebidas pela sociedade e pelas demais instituições estatais como manifestações de uma vontade também política e não só meramente jurídico-formal. ♣

A exemplo da Áustria, também a Espanha conta com um Tribunal Constitucional desde a Constituição de 1976, num capítulo à parte daquele destinado ao poder judiciário. O Tribunal é composto por doze juizes, com mandato de nove anos, sendo quatro nomeados por indicação do Congresso, quatro por indicação do Senado, dois por indicação do Governo e dois por indicação do Conselho Geral do Poder Judiciário, todos sofrendo os mesmos impedimentos da magistratura comum.⁽²⁵⁾ A natureza dos pleitos que lhe chegam à apreciação pode ser direta ou incidental, mas somente ele detém o monopólio de declarar a inconstitucionalidade das leis.

A Itália é outro país onde foi adotado um Tribunal Constitucional, através da Constituição de 1947. A Corte italiana é composta por quinze juizes sendo cinco nomeados pelo Presidente da República, cinco pelo Parlamento e cinco pelos juizes dos Supremos Tribunais ordinários e administrativos.⁽²⁶⁾ Também na Itália o Tribunal Constitucional detém o monopólio do controle constitucional. A diferença em relação ao sistema austríaco é que ali todos os juizes ordinários, de todas as instâncias, ao se depararem incidentalmente com leis inconstitucionais podem e devem suspender o julgamento e remetê-las (as leis) à Corte

(25) *Ibid*, p. 35.

(26) *Ibid*, p. 36.

Constitucional. Como vimos, na Áustria, apenas os dois tribunais superiores têm legitimidade para isso.

Outro país onde foi instituído um órgão especial de controle constitucional é a República Federal da Alemanha, através da Lei Fundamental de Bonn, de 23 de maio de 1949. Mesmo após a reunificação com a parte comunista do leste (República Democrática Alemã), manteve-se praticamente intacto o sistema político inclusive o Tribunal Constitucional e o controle concentrado da constitucionalidade das leis.

O Tribunal Constitucional alemão é composto de juízes federais e juristas eleitos pela Assembléia Federal e pelo Conselho Federal. É dividido em duas turmas de 8 juízes que obedecem à seguinte composição: em cada uma delas, metade dos juízes é indicada pela Assembléia e a outra metade pelo Conselho Federal. Dos quatro indicados pela Assembléia, um deve ser escolhido entre juízes federais dos tribunais superiores e os três restantes entre juristas. Dos quatro indicados pelo Conselho Federal, a proporção entre juízes federais e juristas é de dois para dois. A eleição na Assembléia Federal é indireta, a partir de uma comissão de 12 deputados formada com base na proporcionalidade da representação partidária. No Conselho a eleição é direta, pela manifestação da maioria de 2/3. É vedada a escolha de integrantes dos órgãos legislativos federais e estaduais ou dos governos federal e estaduais. O mandato dos juízes do Tribunal é de 12 anos, sem a possibilidade de reeleição. Durante o exercício da função, é vedada qualquer outra atividade, política ou profissional, salvo a de professor universitário. (27)

(27) *Grundgesetz mit Deutschlandvertrag, Grundvertrag, Menschenrechts-Konvention, Bundeswahlgesetz,*

O modelo alemão reconhece também o direito dos *Länder* de instituírem seu próprio tribunal constitucional para julgar questões relativas às constituições dos estados. (28)

Segundo Mendes, as competências do Tribunal Constitucional Federal podem ser agrupadas da seguinte forma:

1. Cabe ao Tribunal apreciar as controvérsias entre órgãos federais superiores, entre União e estados no caso de dissenso quanto aos respectivos direitos e deveres e entre os próprios estados da federação.

2. Em segundo lugar, mas não menos importante, tem-se o controle das leis propriamente dito. "Este envolve o controle *in abstracto*, o controle concreto de normas, o processo de qualificação de normas (*normqualifikationsverfahren*), relativo à subsistência da lei como direito federal (Lei Fundamental, art. 126), e a

Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Parteiengesetz und Gesetz über den Petitionsausschub. 24a. ed. Munchen: Deutscher Taschenbuch Verlag (DTV), 1988. Agradeço ao Prof. Bruno Speck a tradução do capítulo referente à Lei sobre a Corte Constitucional, de 12/12/85.

(28) Como vimos no caso americano, o federalismo é um fator importantíssimo para a organização judiciária e para o sistema de controle constitucional nos países que adotam esta forma de Estado. Isto se deve principalmente ao fato de que convivem, dentro do mesmo ordenamento jurídico, leis estaduais, leis federais e leis da União. Esta questão, da descentralização legislativa, tem assumido enorme relevo não só onde vigora formalmente o princípio federalista mas também por causa do processo recente de regionalização da produção normativa observada nos chamados Estados unitários. Merlin Clève, nesse sentido, fala das "regiões (Bélgica, Itália, Portugal), as comunidades linguísticas (Bélgica) e as autonomias (Espanha)." Segundo o autor, "estes entes regionais, dotados de capacidade legislativa, acabaram por alterar o quadro da produção da lei nos Estados europeus, expressando um importante mecanismo de quebra do monopólio da produção da lei pelo Legislativo central" Cf. Clémerson Merlin CLEVE. *Atividade legislativa do poder executivo...* p.77-78

chamada verificação de normas (*normverifikation*), que permite ao Tribunal decidir, a requerimento de um outro tribunal, se uma determinada regra de direito internacional público integra o direito federal (Lei Fundamental, art. 100, p. 2o.)."⁽²⁹⁾ Dos quatro, os dois primeiros são os que mais nos importam: o controle *in abstracto*, isto é, o que incide diretamente e sobre a lei em si, tem como agentes legitimados para acioná-lo o Governo Federal, o Governo Estadual ou 1/3 dos membros do Parlamento Federal; o controle *in concreto*, isto é, aquele suscitado no curso de um pleito ordinário qualquer, é exercido quando do julgamento pelos tribunais comuns de 2a. instância que, considerando a lei em questão inconstitucional, devem sustar o feito e remeter o caso para a apreciação do Tribunal Constitucional.

3. Outra forma de se acionar o controle das leis pelo Tribunal Constitucional são os *recursos constitucionais* interpostos por qualquer cidadão contra lesão de seus direitos fundamentais, desde que esgotadas as outras vias processuais.

4. Cabe ao Tribunal julgar também os abusos cometidos por partidos políticos contra a ordem democrática ou que coloquem em risco a existência da República Federal da Alemanha e as denúncias do Parlamento ou do Conselho Federal contra o Presidente da República "nos casos de lesão dolosa à Lei Fundamental ou a outra lei federal."

5. Por último, sobre eleições, cabe ao Tribunal apreciar recursos contra o Parlamento, órgão responsável por

(29) Gilmar Ferreira MENDES. *Controle de constitucionalidade* p.140.

coordenar e controlar as eleições, advindos dos órgãos legitimados para isso.⁽³⁰⁾

O que confere destaque ao papel do Tribunal Constitucional na organização política alemã, além da competência propriamente dita de controle das leis, é a arbitragem que deve exercer nos conflitos entre órgãos da União e/ou nos conflitos federativos. Segundo Mendes, isto se deve a uma característica histórica da Constituição alemã.

Desde o século XIX, predomina a idéia de que a Carta Magna, antes de ser uma definição jurídica do Estado frente a sociedade, é uma "moldura"⁽³¹⁾ dentro da qual se desenvolve a luta pelo poder entre os diversos órgãos estatais e a garantia da manutenção da unidade política. Assim, ao mesmo tempo que reconhece a inevitabilidade dos conflitos entre órgãos e poderes da União e entre componentes da federação, elege o Tribunal Constitucional como órgão máximo na arbitragem destes conflitos e pedra angular da unidade política nacional. Deve-se lembrar que neste terreno os conflitos constitucionais versam basicamente sobre divergências entre os órgãos acerca da forma e do conteúdo das políticas a serem implementadas pelo Estado.⁽³²⁾

Aliás, é este estatuto político das constituições modernas, definido pela sua função original e mais

(30) *Ibid*, p. 139-141.

(31) *Ibid*, p. 150.

(32) Estão legitimados para interpelar a Corte Constitucional, na hipótese de conflito entre órgãos federais, o Presidente da República, o Parlamento, o Conselho federal, o Governo Federal e integrantes desses órgãos que figurem com direitos autônomos na Constituição ou nos regimentos do Parlamento ou do Conselho Federal. Cf. *Ibid*, p. 151.

elementar, que marca a diferença de organização política nos diversos países. Ou seja, juridicamente, todas, sem exceção, são tomadas como lei maior cujos princípios básicos devem nortear a vida da sociedade e do Estado, à qual devem concordância a legislação ordinária produzida pelos parlamentos e os atos normativos produzidos pelos executivos. Mas nem todas têm o mesmo estatuto político, decorrendo daí a diversidade de arranjos institucionais de poder, em particular, as formas de controle constitucional.

Se na Alemanha a Constituição é tomada como "moldura" do processo político também intra-estatal, faz-se necessária a figura de um árbitro que, em última instância, solucione os conflitos mediante a definição do que é constitucionalmente aceito e com isso preserve a unidade política.

Tocqueville apontara, na sua análise das instituições políticas americanas, a importância do estatuto político das constituições na definição dos arranjos institucionais de poder.⁽³³⁾ De certa forma, a Constituição dos Estados Unidos também configura uma espécie de moldura do processo político intra-estatal, além de conter os princípios básicos da relação entre Estado e sociedade. Também lá a Suprema Corte tem o papel de árbitro nos conflitos entre os órgãos da União e entre os componentes da federação, como vimos na Alemanha. Entretanto, diferencia-se deste último por ser apenas uma das formas, mesmo que alguns considerem a mais importante, de resolução desses conflitos e de apelação da sociedade contra abusos do poder público ou lesões de direitos individuais.

(33)Aléxis de TOCQUEVILLE. *A Democracia na América*. p. 83.

Na Alemanha, ao contrário, este papel é concentrado pelo Tribunal Constitucional, onde todos esses conflitos desaguam. Enquanto a Suprema Corte pode interpretar a Constituição no julgamento do caso concreto, o Tribunal Constitucional Federal pode fulminar a lei abstrata se incompatível com a Constituição. Ambas as constituições são o ancoradouro da unidade política, mas nos EUA as formas de se atracar são diversas enquanto na Alemanha há somente uma.

Mas estas diferenças podem ser consideradas como variações dentro de um grupo de constituições assemelhadas. Na verdade, sugestiva é a comparação destes casos com um país como a Inglaterra. Lá inexistente qualquer mecanismo institucional externo ao parlamento, de controle da constitucionalidade das leis. Isto porque praticamente não há diferença de status entre as leis constitucionais e as leis ordinárias produzidas pelo legislativo. "Ali, pois, a constituição pode mudar incessantemente, ou melhor, não existe. O Parlamento, ao mesmo tempo que é um corpo legislativo, é um corpo constituinte."⁽³⁴⁾

Na verdade, a Inglaterra chegou a experimentar a idéia do controle judicial das leis, embora de forma menos diferenciada. Segundo Cappelletti, a experiência inglesa se deu em alguns decênios do século XVII graças à aplicação da teoria de Edward Coke. Sua argumentação, defendida particularmente contra James I Stuart, baseava-se em dois princípios: 1. o de que a atividade legislativa do Parlamento devia se subordinar e jamais violar o direito costumeiro, a *common law*. 2. o de que o Rei, embora pudesse exercitar pessoalmente o poder judiciário, deveria deixá-lo

(34) *Ibid*, p. 83.

a quem de fato contasse com instrução na difícil Ciência do Direito. "Mas quem devia garantir, afinal de contas, a supremacia da *common law* contra os arbítrios do Soberano, de um lado, e do Parlamento, de outro ? É esta a indagação essencial; e a resposta de Coke era firme e decidida: aquele controle, aquela garantia eram *função dos juizes*."(35)

A predominância desta idéia teve curta duração e pouca acolhida pelos tribunais da época, sendo definitivamente enterrada com a Revolução Gloriosa de 1688 que fundou a era da *supremacia do Parlamento*, que se estende até os dias atuais.

De fato, as raízes dessa singularidade estão na história da monarquia constitucional inglesa e da evolução do governo parlamentar ao longo dos últimos séculos, que não cabe remontar aqui. O fato a ser observado para o nosso propósito comparativo é que as leis emanadas do parlamento inglês são tomadas como formalmente inquestionáveis perante as leis constitucionais, uma vez que o mandato popular confere à representação legislativa também uma qualidade semelhante a de um poder constituinte. Dessa forma, não há hierarquia a ser observada entre as leis inglesas nem faz sentido imaginar o controle de normas inferiores pela interpretação de normas superiores.(36) O parlamento se torna assim única instância de resolução dos conflitos políticos que envolvam princípios constitucionais do povo inglês.(37)

(35)Mauro CAPPELLETTI. *O controle judicial...* p.58-60, grifo do autor. Ver também Peter H. MERKL. *Modern Comparative Politics*. New York: Holt, Rinehart and Winston, Inc. 1970. cap. 9. p.452-453.

(36)Aliomar BALEEIRO.*O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido*. p. 28

(37)Na análise jurídica, esta comparação é feita geralmente em torno da distinção entre constituições "rígidas" e

Por fim, cabe ressaltar que a co-existência da forma concentrada com a forma incidental nos tribunais constitucionais de Alemanha, Áustria, Espanha e Itália não configura controle híbrido como no caso que veremos a seguir. Isto porque definimos como critério principal de nossa classificação o *órgão encarregado do controle constitucional* e não a *natureza do pleito*. De tal forma esse é o critério fundamental que nos países onde o controle é concentrado em um Tribunal Constitucional, este detém o monopólio da declaração de inconstitucionalidade das leis. Os conflitos constitucionais que ocorrerem nos órgãos judiciários comuns necessariamente terão que ser remetidos à corte constitucional para julgamento, não podendo estes órgãos concluir pela constitucionalidade ou não das leis que estão apreciando junto ao caso concreto.

Ao contrário, na medida em que se verificar a co-existência da forma difusa com um órgão especial de controle concentrado, aí sim teremos um modelo híbrido pois, de um lado, o Tribunal Constitucional perderá o monopólio da declaração de inconstitucionalidade com a participação dos órgãos judiciais comuns no controle e, de outro, a forma difusa perderá a característica das decisões incidentais uma vez que passará a existir um órgão capaz de julgar a lei em si, afastando ou confirmando sua validade constitucional.

Antes de passar à análise do caso brasileiro, cabe lembrar que priorizei, na descrição dos modelos de controle

constituições "flexíveis". Tanto Estados Unidos como Alemanha apresentam textos escritos que não podem ser modificados a não ser mediante processo legislativo especial, o que configura "rigidez" a suas constituições. Já a Inglaterra, além de sua constituição repousar sobre a tradição do direito costumeiro, o parlamento tem aquele poder de interpretar e complementar livremente a *commom law*.

constitucional feita acima, a forma institucional assumida por cada um deles nos diversos países citados exemplarmente. Entretanto, não poderia deixar de registrar que comumente a análise jurídica se serve de outro argumento para marcar a diferença entre estes grandes modelos: trata-se do problema da origem do Direito nas sociedades contemporâneas, se de raiz romana ou de raiz anglo-saxã. (38)

Também pela origem do Direito é comum a identificação de dois grandes blocos ou modelos de organização jurídica e judiciária. De um lado, os países que herdaram a tradição romana de direito caracterizam-se pela predominância da lei sobre o direito costumeiro, e, de outro, os países de tradição anglo-saxã caracterizam-se pela combinação entre a *common law* (direito costumeiro) e as leis formais. No primeiro caso, o costume e os valores de equidade servem apenas para cobrir lacunas da legislação no processo de aplicação da justiça. No segundo caso, eles são a própria fonte do direito a ser aplicado e as leis estatais são apenas instrumentos de interpretação e esclarecimento do direito costumeiro.

Embora a época contemporânea já tenha desfigurado em grande parte os termos absolutos dessa distinção, ainda permanecem as formas básicas de organização judiciária baseadas naqueles princípios. Assim, em um país onde ocorre a predominância da lei sobre o costume ou a equidade, o judiciário é organizado de maneira a ser um mero aplicador da lei e a jurisprudência que é capaz de firmar não chega a constituir fonte de direito. Pelo contrário, nestes países a jurisprudência nem sequer tem efeito vinculante sobre decisões futuras ou de tribunais inferiores, sendo

(38) Cf. Peter H. MERKL. *Modern Comparative Politics*. cap. 9. p. 432 e ss.

formalmente explicitada a hipótese de decisão *contra legem*, o que obviamente não é permitido. Já no sistema da *common law*, pelo menos na sua origem⁽³⁹⁾, como a lei posta pelo Estado era mero instrumento de conhecimento do direito costumeiro, é a jurisprudência que se constitui no fator preponderante de aplicação da justiça e, neste caso, é capaz de vincular obrigatoriamente outras decisões judiciais. ¶

Apesar do eixo de análise aqui ser outro, não se pode deixar de apontar as consequências dessa distinção básica para a questão do controle constitucional. Em países que herdaram o sistema da *common law*, como os Estados Unidos, vê-se que a combinação entre o modelo difuso e os princípios do "stare decisis" e da jurisprudência vinculante pode ser tomada como bem sucedida, como vimos anteriormente. Em países como a Alemanha, onde o direito repousa sobre a tradição romana, a inexistência do princípio difuso de controle constitucional também combina com a inexistência da força vinculante da jurisprudência. ¶

Da mesma forma, o sistema híbrido descrito acima em termos institucionais tem relação com o problema da origem do direito, se romana ou anglo-saxã. É o caso do Brasil, como aponta a análise jurídica repetidas vezes: o direito brasileiro teria origem na tradição romana mas, institucionalmente, adotou-se o modelo de controle constitucional americano. Para muitos, esta contradição seria uma das principais causas do mau funcionamento deste

(39) Isto porque "hoje, todavia, no contexto do 'Welfare State', o sistema inglês vai-se aproximando do sistema romanista. É que a lei vai assumindo uma função cada vez mais importante, especialmente como instrumento para a consecução de políticas públicas (...) O que se passa na Inglaterra se repete igualmente nos Estados Unidos". Cf. Clémerson Merlin CLEVE. *A atividade legislativa do poder executivo...* p. 77.

sistema no Brasil. De fato, como combinar o princípio difuso com a ausência de uma jurisprudência dotada de força vinculante?

CAPÍTULO II

AS SOLUÇÕES CONSTITUCIONAIS BRASILEIRAS PARA O PROBLEMA DO CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS: A CONSTRUÇÃO DE UM SISTEMA HÍBRIDO.

Introdução.

A existência de um modelo híbrido de controle da constitucionalidade das leis talvez nem deva ser tomada, do ponto de vista constitucional, como uma opção dentre outras na construção de arranjos institucionais do poder político.

Ou seja, tomando-se uma situação imaginária em que um dado país, para refundar sua organização política, instalasse novo poder constituinte com a finalidade, entre outras, de definir que tipo de controle constitucional deveria adotar, dificilmente o modelo híbrido estaria entre as opções do legislador. O fato dessa situação imaginária ter se concretizado na feitura da última Constituição brasileira promulgada em 1988 parece ser mais uma das tantas indefinições que marcaram a elaboração da Carta Magna em nosso país.

Chamo de indefinição a escolha do modelo híbrido,^{*} não só pela forma como se deu na Constituinte de 1986-87⁽¹⁾,

(1) A Subcomissão de Garantia da Constituição, Reformas e Emendas- relator deputado Nelson Friederich (PMDB-PR)- optou pela adoção de um Tribunal Constitucional. Já a Subcomissão da Organização do Poder Judiciário e do Ministério Público - relator deputado Plínio de Arruda Sampaio (PT-SP)- optou por acrescentar ao STF uma "Secção Constitucional" composta de 4 juizes do próprio Supremo, 4 indicados pelo Congresso e 4 pelo executivo. Ambas as propostas foram rejeitadas "extra-oficialmente" pelos ministros do Supremo, alguns manifestando publicamente o desconforto com a idéia de extinção do STF ou de sua transformação em Corte Constitucional, como Sydney Sanches: "Seria um abalo no

mas pelo fato de considerar esse modelo essencialmente contraditório, particularmente no quadro de separação de poderes e do presidencialismo que se adotou.

De tal forma é contraditório o modelo híbrido brasileiro que sua existência talvez seja transitória, caminhando necessariamente para a opção por um dos lados da combinação. O sistema político reformulado pela Constituição de 88 sofreu enormemente com essa contradição e algumas medidas, às vezes unilaterais por parte do executivo federal, foram tomadas para atenuá-la. Sua superação, entretanto, poderá ocorrer somente com a reforma da própria Constituição.

O nosso argumento geral é que a evolução do controle constitucional brasileiro coincide com a evolução do dilema básico de nossa história política republicana: a construção do Estado mediante o equacionamento da tensa relação poder central X particularidades regionais e econômico-sociais.

É de amplo conhecimento da análise política o significado do equacionamento dessa relação operado pela Revolução de 30 e a fase posterior do Estado Novo contra a organização política da República Velha, ou ainda daquele operado pelo Golpe de 64 e o Regime Militar contra a fase democrática anterior de 1945-64. Obviamente, há estudos

Poder Judiciário, a cúpula ficaria dividida", disse o ministro. E ainda: "A característica básica do judiciário é a imparcialidade. Será que uma corte com indicações político-partidárias será, de fato, imparcial?" Frente às pressões, o projeto da Comissão de Sistematização, do relator Bernardo Cabral, não contemplou as propostas, mantendo o STF como órgão de cúpula do judiciário e apenas reforçando seu papel de guardião da Constituição. *Folha de São Paulo*, 02/08/87 p.A-9. Analisaremos o sistema de controle constitucional da Constituição de 1988 no capítulo III

divergentes, razões diferentes são apontadas para essas rupturas autoritárias e os contextos históricos em que se deram de fato não foram semelhantes, mas, nenhuma das análises pôde fechar os olhos a uma consequência óbvia e comum desses acontecimentos: a verticalização do poder político e a centralização dos instrumentos de políticas do Estado no Governo central, em detrimento e contra as autonomias locais e regionais e as instituições representativas democráticas. ↓

O argumento específico é que a forma de controle constitucional sempre ocupou lugar estratégico nessas mudanças e sua evolução, do sistema puramente difuso da Constituição de 1891 até o sistema híbrido que temos hoje, revela um outro aspecto, correspondente, desta difícil equação: a centralização de poderes no Governo central exigiu que também se concentrasse a competência de controle da constitucionalidade das leis na instância superior do judiciário, não porque o STF poderia ser melhor "controlado" pelo poder central, mas porque a racionalidade da forma difusa era incompatível com a racionalidade de um executivo forte, comandante das políticas do Estado. Centralização e concentração são lados da mesma moeda. (2) ↓

A primeira Constituição republicana brasileira, com forte inspiração norte americana, instituiu o controle difuso-incidental da constitucionalidade das leis sob responsabilidade dos órgãos do poder judiciário. A partir dela, entretanto, esse modelo foi progressivamente se transformando em direção ao atual híbrido constitucional.

Assim, a Constituição de 1934 abriu caminho quando inovou em dois pontos: atribuiu ao Senado o papel de

(2) Veremos melhor este ponto adiante.

suspender, no todo ou em parte, a lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo judiciário, conferindo efeito *erga omnes* à decisão judicial; e atribuiu ao Procurador Geral da República a faculdade de propor ação direta junto ao STF sobre a constitucionalidade das leis que determinassem intervenção federal nos estados.

A seguir, a de 1937 (Estado Novo) removeu estes novos dispositivos e manteve o sistema difuso inicial. Mas, é preciso lembrar (os juristas nem sempre fazem isso) que esta é uma das peças peculiares da história brasileira onde regimes autoritários tentam governar pela força arbitrária e pela lei ao mesmo tempo. Nesse sentido, se manteve o sistema difuso, no mesmo ato determinou que a lei declarada inconstitucional poderia ser submetida novamente ao Parlamento, a juízo do Presidente, que, por 2/3 dos votos na Câmara e no Senado, tornaria sem efeito a decisão judicial e válida a lei. Como o Congresso foi fechado por Vargas, as leis só eram instituídas através de decreto do Presidente que por decreto mantinha o parlamento fechado e por decreto reconfirmava a validade do seu próprio decreto. A Constituição de 1946, democrática, manteve o sistema difuso e reintroduziu as duas inovações de 34, inclusive, ampliando os limites da ação direta contra intervenção nos estados.

O regime militar de 64 transformou radicalmente o sistema de controle constitucional. Embora conservando a forma difusa, através das emendas constitucionais de 1965 e 1969 além da própria Constituição de 67, concentrou praticamente todo o controle constitucional no STF através da representação de inconstitucionalidade contra qualquer lei ou ato normativo (mantendo o Procurador Geral como único titular) e de outros mecanismos como a advocatória.

Finalmente, a Constituição de 1988 herdou dessa evolução da forma de controle o seguinte paradoxo: de um lado, como reivindicação democrática de um dos ramos de poder, era preciso restaurar a independência e a autonomia do judiciário contra as amarras impostas pelo regime anterior, onde a forma difusa de controle constitucional era um dos pontos mais importantes. De outro, a experiência vinha demonstrando que a crescente concentração dessa competência num órgão especial, embora associada ao autoritarismo, era um mecanismo adequado à maior eficácia e estabilidade do sistema político. Comparativamente, a experiência de outros países assim também o demonstrava. O constituinte brasileiro terminou por conciliar as duas coisas, consagrando o sistema híbrido de controle da constitucionalidade das leis.

1. A Constituição de 1891.

A passagem do Império para a República em 1889 operou profundas mudanças na organização política do país. A influência norte americana com tripartição de poderes, presidencialismo e federalismo se fez sentir fortemente nesse período graças principalmente à ação de Rui Barbosa. Pode-se dizer, sem exagero, que a sua defesa do modelo americano foi o eixo do debate constituinte, e do embate com outras correntes políticas e de opinião é que surgiu a primeira Constituição republicana.

No que diz respeito ao judiciário, a discussão política aproximou-se muito daquela realizada pelos

constituintes norte americanos. Uma vez instalado o federalismo com a tripartição de poderes, como seria feita a organização do judiciário a nível nacional? Uma justiça só para cuidar de matérias da União e dos estados ou a divisão da magistratura em federal e estadual? Em caso de conflito entre os componentes da federação, a quem caberia o papel de árbitro, de última instância? Haveria alguma forma de garantir o cumprimento da Constituição, frente a ações arbitrárias de alguns dos poderes do Estado? Estas foram algumas das questões que a constituinte teria que resolver⁽³⁾.

Na verdade, parte da solução do problema do judiciário veio antes mesmo da promulgação da nova Carta, através do decreto 848 de 11/10/1890⁽⁴⁾. Com este decreto, o governo provisório instituiu a justiça federal e o STF e disciplinou as matérias de sua competência. Redigido por Campos Salles, então Ministro da Justiça, o decreto é precedido de uma Exposição de Motivos que merece ser reproduzida no seguinte trecho:

"A magistratura que agora se instala no país, graças ao regime republicano, não é um instrumento cego ou mero intérprete dos atos do poder legislativo. *Antes de aplicar a lei, cabe-lhe o direito de exame, podendo dar-lhe*

(3) Uma análise detalhada da organização do judiciário na passagem do Império para a República pode ser encontrada em Andrei KOERNER. *O Poder Judiciário na Constituição da República*. Dissertação de Mestrado apresentada ao Departamento de Ciência Política da USP. São Paulo, 1992.

(4) Nos últimos dias do mês de janeiro de 1891, portanto um mês antes da promulgação da nova Carta, já se encontravam nomeados todos os juizes federais nos estados e todo o restante da magistratura do país, segundo Wladimir Souza CARVALHO. *Da Justiça Federal e sua Competência*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980. p. 4.

ou recusar-lhe sanção se ela parecer conforme ou contrária à lei orgânica.(...)

Aí está a profunda diversidade de índole, que existe entre o poder judiciário no regime decaído e aquele que agora se inaugura calcado sobre os moldes democráticos do sistema federal. De poder subordinado, qual era, transforma-se em poder soberano, apto na elevada esfera de sua atividade para interpor a benéfica influência de seu critério decisivo, a fim de manter o equilíbrio, a regularidade e a própria independência dos outros poderes, assegurando, ao mesmo tempo, o livre exercício dos direitos do cidadão. *Ao influxo da sua real soberania se desfazem os erros legislativos, e são entregues à severidade da lei os crimes dos depositários do poder executivo.*"(5)

Campos Salles foi ardoroso defensor do federalismo e travou intenso debate com os magistrados do antigo regime que defendiam a unidade do judiciário contra a tentativa de divisão entre as esferas federal e estadual, defendida pelo Ministro da Justiça. Segundo Koerner, esta divergência explica a ênfase dada na Exposição de Motivos à diferença de índole entre o poder judiciário do regime decaído e aquele que se instalava com a República, e a falta de referência à dualidade da justiça que vinha junto no mesmo decreto.

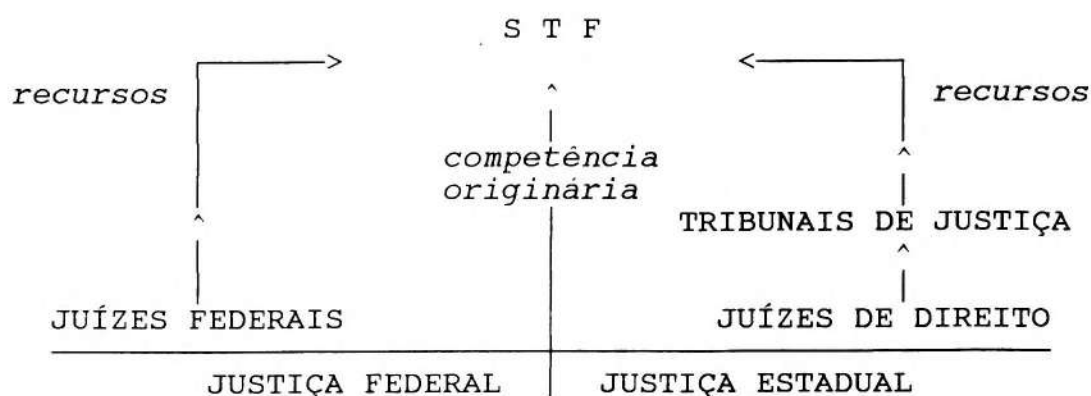
Nesta ênfase calculada, Campos Salles acabou por salientar o princípio básico do sistema difuso de controle constitucional: *"antes de aplicar a lei, cabe-lhe (à magistratura) o direito de exame, podendo dar-lhe ou*

(5) Campos Salles, no preâmbulo ao decreto 848, de 11 de outubro de 1890, Apud Aliomar BALEEIRO. "O Supremo Tribunal Federal." in: *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte: Imprensa da UFMG. n. 34, julho 1972. p. 10, grifo meu.

recusar-lhe sanção se ela parecer conforme ou contrária à lei orgânica." Com isso estava estrategicamente acenando aos magistrados do antigo regime o poder que o decreto (e posteriormente a Constituição iria confirmá-lo) depositava em suas mãos. De poder subordinado que era, o judiciário passava a poder político autônomo e independente com a função especial de guarda da Constituição contra os abusos do poder público e as lesões de direitos individuais.

Segundo Koerner, o centro do debate constituinte foi a dualidade da justiça do ponto de vista da divisão do controle sobre a magistratura entre a União e os estados. Enquanto Rui Barbosa se preocupava com a constituição de uma justiça federal com o papel de árbitro da federação e principalmente de guardião dos direitos e garantias individuais, as demais correntes se debatiam sobre o caráter estratégico que teria a magistratura no novo regime e as formas de controlá-la politicamente através da divisão jurisdicional, das formas de investidura no cargo, das garantias, das competências, etc.⁽⁶⁾

Gráfico I. O PODER JUDICIÁRIO NA CONSTITUIÇÃO DE 1891



(6) Andrei KOERNER. *O Poder Judiciário...*, cap.3, p. 107 e ss.

Ao final, a constituinte definiu-se pela dualidade (ver gráfico I), organizou a justiça federal mas absteve-se de organizar a dos estados, prescrevendo apenas que "cada Estado reger-se-á pela Constituição e pelas leis que adotar, respeitados os princípios constitucionais da União." (Art.63)⁽⁷⁾

Quanto à justiça federal, o art. 55 definia que "O poder judiciário da União terá por órgãos um Supremo Tribunal Federal, com sede na capital da República, e tantos juizes e tribunais federais, distribuídos pelo país, quantos o Congresso criar." Instituiu no art. 57 as garantias de vitaliciedade e irredutibilidade dos salários com perda do cargo unicamente por sentença judicial.

Enquanto a justiça estadual herdou em grande parte a estrutura judicial das províncias do Império, com juizes de direito nas comarcas e Tribunais de Justiça nas capitais dos estados⁽⁸⁾, a justiça federal era coisa nova e foi organizada, em sua primeira instância, através da divisão em seções judiciais, sendo duas no Distrito Federal, uma em cada estado e uma no Território do Acre. Os juizes seccionais eram nomeados pelo Presidente da República com base em lista tríplice elaborada pelo STF.

(7) Os textos das constituições, emendas e demais diplomas legais utilizados neste trabalho têm como fonte Adriano CAPANHOLE e Hilton Lobo CAPANHOLE. *Constituições do Brasil*. 10a. ed. São Paulo: Atlas, 1992. Para evitar um excessivo número de notas, todas as vezes em que se fizer referência a estes textos, sua fonte comum será o trabalho dos referidos autores, salvo a indicação expressa de outras fontes.

(8) Maria Tereza SADEK. "O Poder Judiciário no Brasil." São Paulo: Idesp, 1994. Relatório de pesquisa. mimeo.

Mas a grande polêmica se deu mesmo em torno da interpretação do texto constitucional onde figurava a expressão "tribunais federais" que o Congresso deveria criar. Segundo Nunes Leal, o STF havia se constituído basicamente como órgão de segunda e última instância da justiça federal e a criação de tribunais federais intermediários deslocaria a Corte para funcionar como terceira instância. Ora, o próprio texto constitucional não era claro a este respeito. Alguns advogavam que a expressão "tribunais" dizia respeito aos chamados Tribunais do Júri enquanto outros afirmavam ser a segunda instância da justiça federal.⁽⁹⁾ Tanto que o Congresso chegou a autorizar o executivo a criar três tribunais regionais com sede em Recife, São Paulo e na capital federal, através do art. 22 da Lei 4 381 de 05-12-1921, mas o STF, um ano e meio antes, com base no entendimento de que fora criado pela Constituição como órgão exclusivo da segunda instância federal, já havia aprovado emenda regimental onde afirmava ser o "único tribunal de recursos na justiça federal", não cabendo ao Congresso mudar por lei ordinária tal dispositivo constitucional. Em janeiro de 1923 o Congresso revogou o art. 22 da lei de 1921 que autorizava a criação.

A polêmica não morreu aí e o assunto foi debatido outras tantas vezes mais tarde e somente em 1946, com a instalação do Tribunal Federal de Recursos, é que se resolveu a questão da instância intermediária entre os juízes inferiores e o STF.⁽¹⁰⁾

(9) Andrei KOERNER chamou-me a atenção para este ponto.

(10) Victor Nunes LEAL. "Justiça Ordinária Federal." *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte: Imprensa da UFMG. n. 34, julho 1972. p.73-74.

As competências da justiça federal de primeira instância foram definidas pelo art. 60 da Constituição. Cabia-lhe processar e julgar: as causas fundadas em dispositivos da Constituição (a); as causas envolvendo direta ou indiretamente a União (b e c); os litígios entre um estado e cidadãos de outro ou entre cidadãos de diferentes estados (d); os pleitos entre estados estrangeiros e cidadãos brasileiros e ações de estrangeiros fundadas em contratos com o governo da União ou em tratados e convenções da União com outros países (e e f); as questões de direito marítimo e de navegação (g); as questões de direito criminal ou civil internacional (h) e os crimes políticos (i).

Além de disciplinar essas competências, a Constituição vedou expressamente a intervenção da justiça federal em assuntos das justiças estaduais e vice-versa, vedando também ao Congresso "cometer qualquer jurisdição federal às justiças dos estados." (art. 60, p. 1)

O art. 56 da Constituição definiu a composição do STF em quinze juízes nomeados pelo Presidente da República mediante aprovação do Senado, escolhidos dentre cidadãos de notável saber⁽¹¹⁾ e reputação, maiores de 35 anos.

Em todas as matérias de competência da justiça federal de primeiro grau listadas acima caberia recurso ao

(11) Somente na Constituição de 34 introduziu-se o adjetivo "jurídico" que não constava da Carta de 1891. Isto permitiu que Floriano Peixoto nomeasse o médico Barata Ribeiro e os Generais Inocêncio Galvão Queiroz e Raimundo Ewerton Quadros, aos quais o Senado negou aprovação por entender que "notável saber" só poderia ser o jurídico. Cf. Aliomar BALLEIRO. *O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido*. p. 25. Em pesquisa recente, Andrei Koerner acrescentou à esta lista mais dois nomes: Antônio Caetano Seve Navarro e Demóstenes da Silveira Lobo. Cf. Andrei KOERNER. *O Poder Judiciário no sistema político da primeira república*. São Paulo, março de 1994. mimeo.

STF que, neste ponto, foi concebido mesmo como órgão de segunda e última instância, conhecedor tanto do direito como dos fatos.

Além da competência de julgar em grau de recurso as questões resolvidas pelos juizes seccionais, coube ao STF outros dois tipos: 1. De competência originária e privativa, processar e julgar o Presidente da República e os Ministros de Estado nos crimes comuns e estes últimos nos crimes de responsabilidade não conexos com os do Presidente (a); os ministros diplomáticos nos crimes comuns e de responsabilidade (b); as causas e conflitos entre os estados ou entre estes e a União (c); os litígios e reclamações entre a União ou os estados e nações estrangeiras (d); os conflitos de juizes federais entre si, de juizes e tribunais dos estados entre si e dos juizes federais com os juizes e tribunais dos estados (e). 2. Em grau de recurso, mas das decisões proferidas pelos Tribunais de Justiça dos estados, disciplina o art. 59 que cabe apelação ao Supremo nos seguintes casos: "quando se questionar sobre a validade ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal for contra ela" (a), e "quando se contestar a validade de leis ou atos dos governos dos estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do tribunal do Estado considerar válidos estes atos, ou essas leis impugnadas" (b).

Do que foi descrito em termos de competências, pode-se concluir que o Supremo Tribunal da Primeira República organizou-se com base em um tripé: 1. instância única de julgamento de altas autoridades do governo federal, de conflitos entre componentes da federação e de jurisdição entre os diversos órgãos judiciais; 2. instância de recurso

da justiça federal e 3. instância de recurso das justiças estaduais quando estas negarem aplicação de direito federal ou confirmarem atos e leis dos governos estaduais questionados perante à Constituição ou lei federal. Com este tripé, pretendia-se um Supremo Tribunal com as funções de árbitro da federação (1 e 3) e juiz dos assuntos da União (2 e 3), além de guardião dos direitos e garantias individuais através principalmente do instrumento do *habeas corpus*.

O peso do argumento federalista se fez sentir não só pelas vedações à intervenção da justiça federal em assuntos da justiça estadual, e vice-versa, como pela própria posição do STF em relação aos tribunais e juízes locais. Não manteve com estes qualquer hierarquia administrativa ou judicial, salvo nos casos mencionados no art. 59 (interpretação da constituição e do direito federal) e nos casos de *habeas corpus*, quando cabia recurso voluntário ao tribunal superior.

As funções de árbitro da federação, de tribunal dos assuntos da União e de guardião dos direitos e garantias individuais, pelo menos constitucionalmente, são características fundantes do STF⁽¹²⁾ e irão acompanhá-lo durante todo o período republicano, exceto nas fases autoritárias onde essas funções convivem nos textos com mecanismos perversos que se voltam contra elas mesmas.

(12) Sobre o cumprimento efetivo dessas funções, que foge aos limites desse trabalho, tem-se o levantamento exaustivo das principais decisões do STF nesse período realizado por Leda Boechat RODRIGUES. *História do Supremo Tribunal Federal*. 2a.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991. Tomos I, II e III. O tomo I se dedica ao período 1891-1898 e dá ênfase ao papel do STF na *defesa das liberdades civis*. O tomo II, que cobre o período 1899-1910, enfatiza a *defesa do federalismo* pelo STF. O tomo III, é dedicado à *doutrina brasileira do habeas corpus*, entre 1910 e 1926.

Os artigos que definem as competências da justiça federal e do STF definem também a sistemática do controle da constitucionalidade das leis e atos normativos, confirmando o argumento básico da *Exposição de Motivos* de Campos Salles. À justiça federal cabia julgar os processos envolvendo disposições constitucionais e a faculdade de interpretar constitucionalmente as leis na apreciação dos casos concretos. Ao STF, como instância de recurso, aplicava-se o mesmo princípio do sistema difuso da justiça de primeiro grau: o controle da constitucionalidade das leis apenas na apreciação de caso concreto e cuja decisão teria efeito restrito às partes em litígio, não afastando a vigência mesma da lei.

Quanto à justiça estadual, embora o texto de 1891 não explicitasse a sua participação no controle difuso, fazia-o indiretamente ao mencionar as possibilidades de recurso ao STF das decisões locais que confirmassem atos ou leis dos estados impugnados em face da Constituição federal.

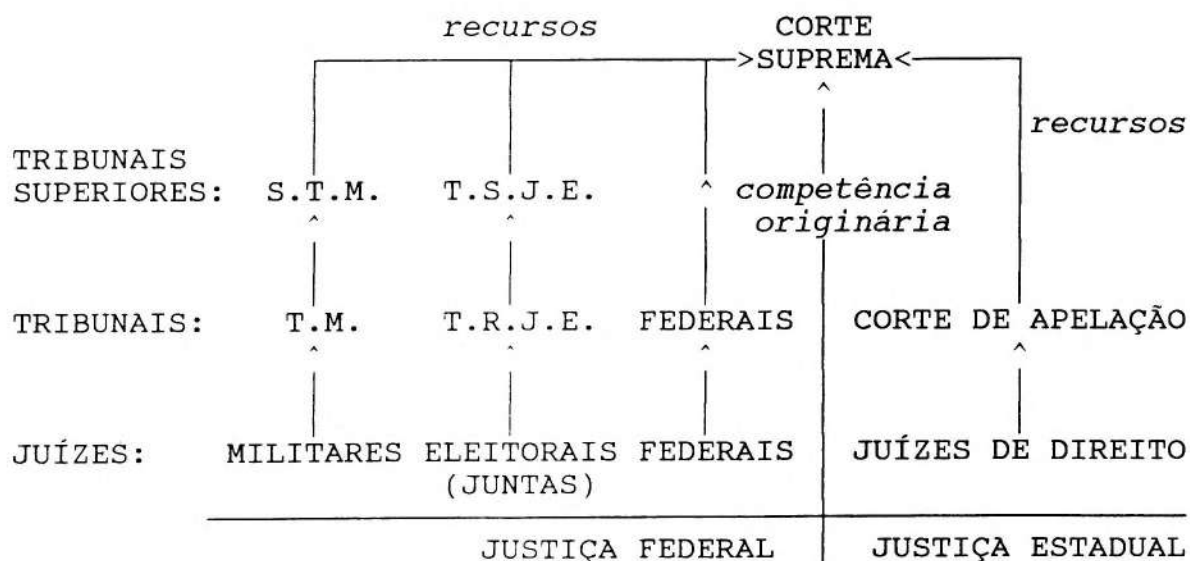
É de se notar, portanto, que a condição de destaque do STF na primeira constituição republicana diz respeito mais à sua posição de órgão superior do poder judiciário do que a uma forma especial de controle da constitucionalidade das leis, diferente daquela conferida aos juízes de primeira instância. Embora, como instância última de recurso, detivesse quase sempre a palavra final sobre os conflitos constitucionais, esta mesma palavra não tinha amplitude maior do que a dos juízes inferiores. Entre as competências originárias e privativas do STF não figurava nenhum mecanismo de controle direto e abstrato das leis e, no todo, nenhuma disposição que desse maior efeito às suas

decisões do que aquele determinado pelo modo incidental de julgamento. (13)

2. A Constituição de 1934.

A Constituição de 1934, de vida curtíssima, manteve basicamente a organização judiciária anterior, com a dualidade da justiça, inovando apenas na criação de dois ramos especiais: a militar e a eleitoral (ver gráfico II).

Gráfico II. O PODER JUDICIÁRIO NA CONSTITUIÇÃO DE 1934.



(13) Sobre o controle incidental, o próprio decreto 848, em seu art. 3, já estabelecia que a guarda e aplicação da constituição e das leis nacionais só seriam feitas pela magistratura federal *em espécie e por provocação da parte*. Mais tarde, a lei 221 de 20/11/1894 explicitou o controle difuso-incidental da Constituição de 1891 ao dispor que "os juízes e tribunais apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de aplicar *nos casos ocorrentes* as leis manifestamente inconstitucionais e os regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis ou com a constituição." Cf. Regina Maria Macedo Nery FERRARI. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. 3a. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992. p. 40.

Com relação ao STF, as mudanças vieram antes da nova Carta. Em 08 de novembro de 1931, o decreto 19.656 do governo provisório de Vargas reduziu de quinze para onze o número de ministros do Tribunal, criou as turmas de cinco juizes para duplicar os julgamentos de recursos extraordinários e agravos que já se avolumavam na Corte e determinou que nas questões constitucionais elas seriam acrescidas de mais dois juizes.

Outro decreto, quinze dias mais tarde, sob o pretexto de que "imperiosas razões de ordem pública reclamam o afastamento de ministros que se incompatibilizaram com as suas funções por motivo de moléstia, idade avançada ou outros de natureza relevante", aposentou sumariamente seis juizes, entre os quais alguns notórios opositores das forças revolucionárias de 30.⁽¹⁴⁾

O art. 73 da Constituição confirmou o número de 11 ministros mas facultou ao legislador elevar este número para 16, mediante proposta do próprio Tribunal. Permaneceu também a forma de nomeação pelo Presidente com a aprovação do Senado dentre brasileiros natos de notável saber jurídico e reputação ilibada. Sua denominação, de Supremo Tribunal Federal, passou a Corte Suprema.

O gráfico II inclui a figura dos tribunais de segunda instância da justiça federal. Isto porque, embora não tenha sido criado até pela curta duração da Constituição, o art. 78 facultava a criação destes tribunais pelo Congresso, "quando assim o exigirem os interesses da justiça", para o julgamento final de causas decididas em

(14) Aliomar BALEEIRO. "O Supremo Tribunal Federal." p.15-16

primeira instância, aliviando parte do trabalho da Corte Suprema. Desta vez o texto era claro, no sentido de que se tratava de um tribunal intermediário, mas a falta de consenso sobre a sua criação obrigou o adiamento da decisão para a legislatura ordinária posterior.

Apesar dessa repartição de atribuições, pode-se dizer que a Corte Suprema de 34 organizou-se com base no mesmo tripé da Constituição anterior: 1. *competência originária e privativa* de julgamento de altas autoridades da União, de conflitos federativos e de jurisdição entre os diversos órgãos judiciais; 2. *em recurso ordinário*, instância superior da justiça federal e 3. *em recurso extraordinário*, instância revisora das decisões das justiças estaduais que negassem aplicação de direito federal ou confirmassem atos e leis locais impugnados perante a Constituição e leis federais.

Obviamente, se tomarmos o texto da Constituição encontraremos novos casos (por exemplo de *habeas corpus* e mandado de segurança), questões não explicitadas pela Carta anterior e até o repasse, que não se concretizou, de algumas atribuições aos tribunais federais que seriam criados, mas nada que modifique a condição de árbitro da federação, de instância superior dos assuntos da União e de guarda dos direitos individuais. Apenas fixou mais claramente o papel de órgão uniformizador da interpretação do direito federal e da constituição.

A inovação correu por conta mesmo do controle da constitucionalidade das leis. Embora o controle difuso tenha permanecido, a Constituição de 34 introduziu duas novidades que seriam depois retomadas pela de 46, após o intervalo do Estado Novo: 1. a competência do Senado Federal de

"suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declaradas inconstitucionais pelo Poder Judiciário." (art. 91, IV). 2. a competência da Corte Suprema de julgar a constitucionalidade de lei, mediante provocação do Procurador Geral da República, que determinasse intervenção federal nos estados que não obedecessem certos princípios constitucionais na decretação de suas leis e constituições. (15)

O art 91, IV da Constituição de 34 pode ser tomado como a primeira de uma série de modificações que serão introduzidas no controle constitucional brasileiro, visando suprimir as deficiências do modelo difuso-incidental num quadro de crescente centralização do poder político. Com ele, as declarações de inconstitucionalidade proferidas pelo judiciário ganhavam no Senado uma espécie de amplificador de seus efeitos. É que dada a separação de poderes não cabia ao judiciário afastar a vigência das leis do parlamento ou dos atos do executivo, sob o risco de comprometer o equilíbrio entre eles. Por isso, suas decisões se restringiam às partes representadas no processo e não tinham efeito vinculante sobre outras a serem tomadas pelos demais órgãos judiciais.

A competência do Senado de suspender, no todo ou em parte, estas leis e atos, vinha, portanto, completar a declaração de inconstitucionalidade do judiciário, emprestando à decisão no modo incidental o efeito *erga omnes*. Como vimos anteriormente, nos Estados Unidos, os

(15) Além dessas duas novidades, que são as mais importantes, também uma outra deve ser mencionada: o art. 179 passou a disciplinar que "só por maioria dos votos da totalidade dos seus juizes, poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de acto do poder público."

órgãos judiciários se submetem às decisões da Corte Suprema pela regra da jurisprudência vinculante. Assim, uma declaração de inconstitucionalidade da Suprema Corte, na prática, conduz à nulidade geral da lei. No Brasil, ao contrário, a jurisprudência do STF nunca teve o mesmo peso, carecendo desse efeito vinculante sobre os demais órgãos e incapaz de conferir, mesmo na prática, a nulidade geral da lei. (16)

Nesse sentido, o art. 91, IV visava corrigir essa distorção e prevenir quanto ao risco de ocorrerem diferentes interpretações da lei frente à Constituição. (17)

A segunda inovação também é de extrema importância porque se trata da primeira forma de ação direta sobre a constitucionalidade de lei no direito brasileiro, e porque, sintomaticamente, versa sobre conflitos federativos, reforçando o papel do STF de árbitro nestes litígios.

A sistemática prevista pela Constituição era a seguinte: o art. 7 definia as competências privativas dos estados, inclusive a de decretar suas respectivas constituições e leis. Ao mesmo tempo, definia que nestes

(16) Regina M.M.Nery FERRARI. *Efeitos da declaração...* p. 41.

(17) Deve-se notar que essa mudança no controle constitucional está relacionada também ao papel atribuído ao Senado pela Constituição de 34, sem paralelo em outros textos constitucionais brasileiros. O primeiro indício de que o papel era novo está na própria organização dos capítulos da Carta: enquanto nas demais o Senado Federal sempre integraria o capítulo do poder legislativo, ao lado da Câmara, na de 34 ele é posto à parte no capítulo intitulado "Da coordenação dos poderes". Antes de definir suas atribuições extremamente abrangentes, o texto confirma o título do capítulo com um artigo abre-alas: "Art. 88. Ao Senado Federal, nos termos dos arts. 90, 91 e 92, incumbe promover a coordenação dos poderes federais entre si, manter a continuidade administrativa, velar pela Constituição, colaborar na feitura de leis e praticar os demais atos de sua competência."

atos deveriam ser respeitados os seguintes princípios: "(a) a forma republicana representativa; (b) a independência e coordenação de poderes; (c) a temporariedade das funções eletivas, limitada aos mesmos prazos dos cargos federais correspondentes, e proibida a reeleição de governadores e prefeitos para o período imediato; (d) a autonomia dos municípios; (e) as garantias do poder Judiciário e do Ministério Público locais; (f) a prestação de contas da administração; (g) a possibilidade de reforma constitucional e competência do poder legislativo para decretá-la; (h) a representação das profissões." O art. 12, por sua vez, encarregou-se de enumerar as hipóteses que justificariam a intervenção federal nos estados. Entre elas, no item V, figurava a hipótese de intervenção para assegurar a observância dos princípios constitucionais descritos acima, mediante lei do Congresso. Entretanto, para se efetivar a intervenção, a lei que a decretasse teria que ser submetida antes, pelo Procurador Geral da República, à Corte Suprema para que esta declarasse sua constitucionalidade. (art. 12, p.2)

A experiência política pré-1930 tinha demonstrado quão difícil era manter o equilíbrio federativo e os conflitos entre estados e União fizeram a rotina da República Velha. A intervenção federal era sempre uma arma engatilhada e o *habeas corpus* era o único remédio do ponto de vista individual contra ela. Daí a Constituição de 34 regular amplamente a matéria, dispondo sobre as possibilidades, a forma e os limites da intervenção federal. Como se não bastasse explicitar os princípios constitucionais a serem observados pelos estados e determinar que somente lei do Congresso poderia permitir a

intervenção, incluiu também a Corte Suprema como detentora necessária da palavra final sobre o assunto.

De se notar, em suma, que além de inovar o controle constitucional (a apreciação do tribunal dar-se-ia sobre a lei em si, confirmando ou negando sua validade constitucional, diferentemente do modo incidental até então conhecido), a Carta de 34 reconheceu que, no caso de conflito entre a União e os estados, ambos eram *partes* (inclusive o Congresso Nacional), *vontades parciais e contraditórias*, o que tornava necessária a presença de um árbitro superior a elas, a Corte Suprema.

3. A Constituição de 1937.

Nem é preciso relembrar aqui a origem autoritária da Constituição de 1937, resultado não só do golpe de estado liderado por Vargas mas também por sua inspiração no movimento fascista que corria mundo à época. A Carta outorgada de 1937 nem sequer mencionou em seus primeiros capítulos, como é de costume, a existência dos três poderes quanto mais a sua separação e independência.⁽¹⁸⁾ Fixou a Presidência da República como "autoridade suprema do Estado, (que) coordena a atividade dos órgãos representativos, de grau superior, dirige a política interna e externa, promove ou orienta a política legislativa de interesse nacional, e superintende a administração do país." (art. 73)

Na Carta de 37 tudo era referido a este vértice, o executivo federal, que se sobrepunha aos demais órgãos da

(18) Nem mesmo o regime militar pós-64 aboliu ainda que formalmente esta disposição.

União, controlava os estados através das interventorias, a burocracia estatal através do DASP (Departamento Administrativo do Serviço Público), os meios de comunicação através do DIP (Departamento de Imprensa e Propaganda), os sindicatos através do Ministério do Trabalho que executava a nova legislação sindical e trabalhista, a economia através do Conselho de Economia Nacional, etc.

Ao final, nas "Disposições transitórias e finais", a Carta "formaliza" o regime de força: elege e empossa o seu próprio outorgante, Getúlio Vargas, na Presidência da República até a realização do plebiscito previsto no art. 187; condiciona o mandato dos governadores de estado à mesma duração do mandato do Presidente, desde que confirmados por este nos respectivos cargos (art. 176); dissolve a Câmara, o Senado, as Assembléias Legislativas e as Câmaras Municipais e marca eleições para depois da realização do tal plebiscito; permite, "a juízo exclusivo do governo, no interesse do serviço público ou por conveniência do regime", a aposentadoria compulsória de funcionários civis e militares (art. 177 e Lei Constitucional n. 2 de 16/05/38); e dispõe que, "enquanto não se reunir o Parlamento Nacional, o Presidente da República terá o poder de expedir decretos-leis sobre todas as matérias da competência legislativa da União." (art. 180)

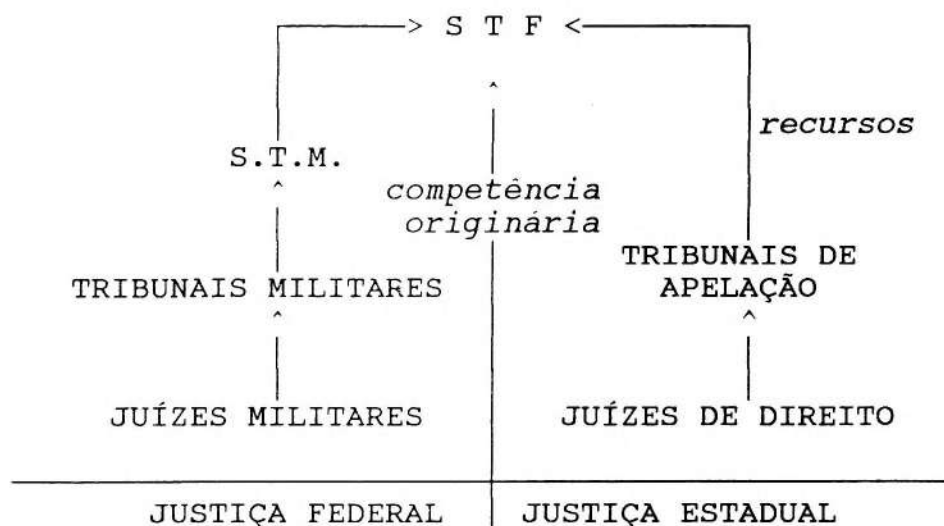
Mas todas estas disposições eram "transitórias" porque estavam condicionadas ao art. 187 que dizia: "Esta Constituição entrará em vigor na sua data(sic) e será submetida ao plebiscito nacional na forma regulada em decreto do Presidente da República." Plebiscito este que, obviamente, nunca se realizou, e disposições que, de

"transitórias e finais", conheceram apenas o último qualificativo.⁽¹⁹⁾

Diante desse quadro geral, parece claro que a organização judiciária e a forma de controle constitucional na Carta de 37 não têm nenhuma importância do ponto de vista da discussão que fazemos aqui sobre equilíbrio de poderes, conflitos federativos, garantias individuais, etc. O texto de 37 definiu o único poder soberano possível, o único árbitro da federação e a única fonte da qual poderiam emergir quaisquer direitos sociais e individuais: a Presidência da República.

De qualquer forma, deve-se registrar as mudanças efetivadas tanto na organização judiciária como no controle da constitucionalidade das leis.

Gráfico III. O PODER JUDICIÁRIO NA CONSTITUIÇÃO DE 1937.



(19) Há quem afirme que com isso a Constituição não chegou a vigorar juridicamente. Cf. Paulo Nogueira da SILVA. *A evolução do controle de constitucionalidade...* p. 61

Quanto ao judiciário, a principal mudança ocorreu com a extinção da justiça federal de primeiro grau. (ver gráfico III). Já na constituinte de 33 o governo provisório de Vargas havia apresentado proposta nesse sentido, mas foi derrotado na Assembléia que manteve a dualidade da justiça na Carta de 34.⁽²⁰⁾ Em 37, contudo, estava "livre", no sentido de proceder como bem entendesse, para extinguir os juízos seccionais da justiça federal na forma dos arts. 107 e 108: "excetuadas as causas de competência do Supremo Tribunal Federal, todas as demais serão da competência da justiça dos Estados, do Distrito Federal ou dos Territórios" e "as causas propostas pela União ou contra ela serão aforadas em um dos juízos da Capital do Estado em que for domiciliado o réu ou o autor."

A Carta de 37 extinguiu também a justiça eleitoral e, sintomaticamente, não repassou suas funções de coordenação e controle dos pleitos a nenhum outro órgão. Eleições não faziam parte mesmo das intenções do outorgante.

No que diz respeito ao controle constitucional, o texto de 37 removeu aquelas duas inovações de 34 e teoricamente manteve o sistema difuso-incidental puro. Teoricamente porque esta questão não cabia nos moldes do Estado Novo. Isto é, a Carta Magna manteve a competência do STF de interpretar constitucionalmente as leis e atos normativos, confirmando ou não a sua validade no julgamento de casos concretos de sua competência originária ou de grau de recurso, mas, no mesmo ato, definiu através do art. 96 parágrafo único que, "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

(20) Wladimir Souza CARVALHO. *Da Justiça Federal...* p.5

promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento; se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal."

Como diz Mendes, tratava-se assim de "uma peculiar modalidade de revisão constitucional", dado que a maioria exigida para a confirmação da lei impugnada judicialmente correspondia exatamente à mesma maioria exigida para se emendar a Constituição. E se essa lei contrária a ela fosse confirmada, mudava-se por consequência o texto constitucional. Paradoxalmente, houve juristas que se manifestaram pelo acerto do mecanismo, como Cândido Mota Filho: "a subordinação do julgado sobre a inconstitucionalidade da lei à deliberação do Parlamento coloca o problema da elaboração democrática da vida legislativa em seus verdadeiros termos, impedindo, em nosso meio, a continuação de um preceito artificioso, sem realidade histórica para nós e que, hoje, os próprios americanos, por muitos de seus representantes doutíssimos, reconhecem despido de caráter de universalidade e só explicável em países que não possuem o sentido orgânico do direito administrativo."⁽²¹⁾

O preceito artificioso a que se refere Cândido Mota Filho é o controle judicial das leis frente à constituição. Artificioso porque a constituição, e a tarefa de interpretá-la, é algo essencialmente político, cabendo esse papel aos órgãos "políticos" e não ao judiciário. O argumento é sensível às contradições do controle judicial da constitucionalidade das leis e, de fato, aponta para o

(21) Cândido Mota Filho, apud Gilmar Ferreira MENDES. *Controle de constitucionalidade...* p.179

problema da "jurisdicização da política". Pena que não se aplique ao caso da Carta de 37, sendo esdrúxulo falar que aquele dispositivo colocava "o problema da elaboração democrática da vida legislativa em seus verdadeiros termos." O Estado Novo, como vimos, não pode ser tomado propriamente como uma *democracia*. Pelo contrário, a sua constituição é apenas um conjunto de prerrogativas do executivo federal que tem, inclusive, a faculdade de mudá-la quando bem entender. E o fez em vários momentos, como no decreto lei 1.564 de 1939 quando confirmou textos de lei declarados inconstitucionais pelo Supremo, causando intensa reação nos meios judiciários.⁽²²⁾

Mas Cândido Mota Filho não tinha mesmo que se preocupar com o controle judicial nessa época. O penúltimo artigo das "disposições transitórias e finais" declarava o estado de emergência (art. 186), figura criada pela própria Constituição que dava poderes ilimitados ao Presidente. Ao mesmo tempo, dispunha o art. 170 que durante o estado de emergência, "dos atos praticados em virtude dele não poderão conhecer os juízes e tribunais."

Somente em 30/11/45 a Lei Constitucional n. 16 revogou o artigo 186 da Constituição que duraria, portanto, todo o período do Estado Novo de Vargas.

4. A Constituição de 1946.

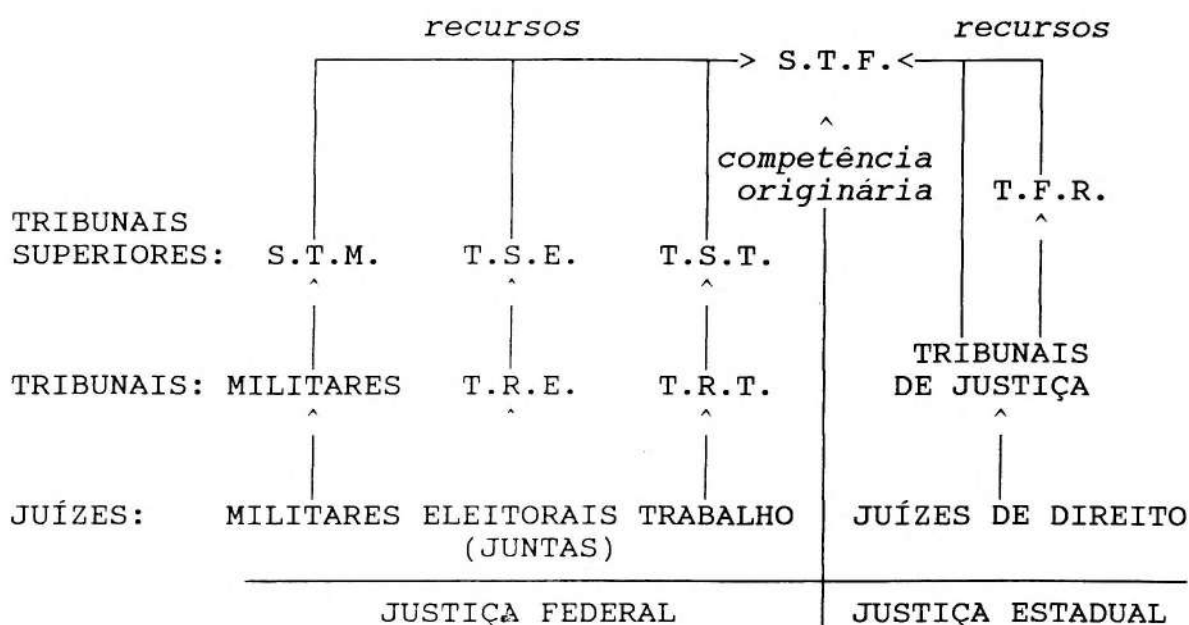
A redemocratização de 1945 e a Constituição promulgada em 18 de setembro de 1946 restabeleceram o

(22) *Ibid*, p.180.

funcionamento das instituições democráticas representativas e removeram os principais instrumentos autoritários da Carta de 37 e do Estado Novo.

Quanto à organização do judiciário, manteve-se a decisão anterior de Vargas que extinguiu a justiça federal de primeiro grau. Foram criados a justiça do trabalho e o Tribunal Federal de Recursos, recriada a justiça eleitoral e confirmada a justiça militar. (ver gráfico IV).

Gráfico IV. O PODER JUDICIÁRIO NA CONSTITUIÇÃO DE 1946.



O STF foi mantido com o mesmo número de ministros (onze) e com a mesma forma de indicação - pelo Presidente e com a aprovação do Senado. Entretanto, houve modificações no tripé tradicional de suas atribuições - as competências originárias e privativas, as de grau de recurso ordinário, e as de grau de recurso extraordinário.

No que diz respeito à primeira, o STF figurava como juiz das altas autoridades da União nos crimes comuns e de responsabilidade, árbitro das questões federativas e de conflitos de jurisdição entre os órgãos judiciais, e juiz das questões de *habeas corpus* e nos mandados de segurança sob a sua jurisdição. Em grau de recurso extraordinário, permaneceu sua competência de instância superior do controle constitucional das leis e intérprete do direito federal nos termos do art. 101, III, (a) a (d). Obviamente, o constituinte removeu o dispositivo da Carta anterior que possibilitava a revisão pelo Congresso das decisões do STF que declarassem inconstitucionalidade de lei.

Já em grau de recurso ordinário, houve mudança em relação às anteriores graças à estrutura enviezada resultante da inexistência da justiça federal de primeiro grau e da criação do TFR. Enquanto nas constituições anteriores o grau de recurso ordinário qualificava o STF como órgão de segunda instância da justiça federal, agora grande parte das causas dessa natureza seria assumida pelo TFR, restando apenas ao STF cuidar dos "mandados de segurança e *habeas corpus* decididos em última instância pelos tribunais locais ou federais, quando denegatória a decisão" e das "causas decididas por juízes locais, fundadas em tratado ou contrato da União com estado estrangeiro, assim como as em que forem partes um estado estrangeiro e pessoa domiciliada no país." (art. 101, II, (a) e (b))

Tal modificação tem duas consequências importantes: primeiramente porque soluciona, pelo menos em parte, o problema da sobrecarga de trabalho que se abatia sobre o STF com a transferência do papel de segunda instância dos assuntos envolvendo a União para o TFR. Em

segundo lugar, porque livrando-se dessa atribuição, vê salientado seu papel de árbitro da federação nos conflitos políticos e de jurisdição, e o papel de guardião da Constituição. Dito isso, pode-se adiantar que a partir de 46 a posição do STF vai sendo depurada no sentido de transformá-lo mais numa Corte das questões federativas e constitucionais e menos numa Corte dos assuntos da União.

A operação iniciada com a Constituição de 46, se de um lado diferencia e potencializa a organização judiciária, de outro, causará problemas posteriores de administração dos assuntos de interesse da União ao descentralizar a competência de julgar as questões que lhe dizem respeito.⁽²³⁾ Tanto que veremos a seguir como o regime militar pós-64 se viu obrigado a efetuar mudanças no sentido de reequilibrar esta diferenciação de funções com vistas aos seus propósitos centralizadores.

O controle da constitucionalidade das leis permaneceu difuso-incidental, mas com a retomada das alterações feitas em 34: a competência do senado federal de suspender a execução, no todo ou em parte, de lei ou decreto declarados inconstitucionais por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal (art. 64);⁽²⁴⁾ a exigência do voto da maioria absoluta dos membros dos tribunais para a declaração de inconstitucionalidade (art. 200); e,

(23) Além da competência das justiças estaduais nesta matéria, a Constituição autorizava a criação de outros tribunais federais divididos regionalmente pelo país, mas que não chegaram a ser criados.

(24) A Constituição de 34 tinha gerado polêmica pela imprecisão da redação que falava em "poder judiciário" dando margem à interpretação de que uma decisão de primeira instância também poderia ser objeto da suspensão pelo senado antes de passar pelo Supremo. A de 46 explicitou o tema e definiu-se pelas decisões apenas do STF. Cf. Regina M.M. Nery FERRARI. *Efeitos da declaração...* p.41

finalmente, a representação de inconstitucionalidade nos casos de intervenção federal contra violação de certos princípios constitucionais pelos estados.

Com relação a esta última, houve mudança que deve ser registrada. Embora tenha permanecido a titularidade do Procurador Geral da República para promovê-la e as características que lhe conferiram a condição de primeira forma de ação direta no direito brasileiro, mudou o seu objeto: enquanto na Carta de 34 o STF apreciava os fundamentos constitucionais da lei que declarasse intervenção federal no estado, na de 46 era o próprio ato ou lei estadual que era submetido ao STF para que este verificasse sua constitucionalidade. "Se julgada procedente a arguição, e declarada pelo Supremo a inconstitucionalidade, seguir-se-ia a intervenção através de lei, se o ato não fosse revogado pelo poder estadual."⁽²⁵⁾

A importância da representação interventiva, já registrada, reside no seu caráter de controle abstrato das normas, sem as exigências e limites do modo difuso-incidental. Em comparação com o mecanismo de participação do Senado na suspensão definitiva de leis e atos declarados inconstitucionais, a representação interventiva obteria até maior alcance, pela própria prática do Supremo Tribunal. É o que se depreende do seguinte voto de um ministro do STF: "Nos julgamentos em espécie, o Tribunal não anula nem suspende a lei, que subsiste, vige e continuará a ser aplicada até que (...) o senado exercite a atribuição do art. 64. Na declaração em tese (caso da representação interventiva), a suspensão redundará na ab-rogação da lei ou na derrogação dos dispositivos alcançados, não cabendo ao

(25) Paulo Nogueira da SILVA. *A evolução do controle de constitucionalidade...* p.64

órgão legiferante censurado senão a atribuição meramente formal de modificá-la ou regê-la, segundo as diretivas do prejulgado; é uma inconstitucionalidade declarada *erga omnes*, e não somente entre as partes; a lei não foi arredada apenas em concreto; foi cessada para todos os efeitos."⁽²⁶⁾

5. O Regime militar pós-64.

O regime militar que se seguiu ao golpe de 1964 modificou a organização judiciária e transformou radicalmente o sistema de controle constitucional.

O Ato Institucional n. 1, no seu preâmbulo, fixou a base de todas as mudanças que o regime efetivaria no ordenamento jurídico existente e na Carta de 46: "A revolução vitoriosa se investe no exercício do Poder Constitucional. Este se manifesta pela eleição popular ou pela revolução. Esta é a forma mais expressiva e mais radical do Poder Constituinte. Assim, a revolução vitoriosa, como o Poder Constituinte, se legitima por si mesma. Ela destitui o governo anterior e tem a capacidade de constituir o novo governo. Nela se contem a força normativa, inerente ao Poder Constituinte. Ela edita normas jurídicas, sem que nisto seja limitada pela normatividade anterior à sua vitória."

O entendimento expresso pelo preâmbulo do AI-1 é que o "movimento civil e militar" iniciado em março de 64 é uma *revolução*. E, como revolução, carrega em si o poder constituinte da nação, legitimando-se por si mesma. Como poder constituinte, é a única fonte possível da

(26) Voto do Ministro Castro Nunes, apud Gilmar Ferreira MENDES. *Controle de constitucionalidade...*p.186-187.

normatividade, não sendo pré determinada nem pelo ordenamento jurídico anterior. Mas, prossegue o preâmbulo, a revolução "necessita de se institucionalizar e se apressa pela sua institucionalização, a limitar os plenos poderes de que efetivamente dispõe." Por isso o poder constituinte é chamado a regular os seus próprios e próximos passos, *institucionalizando a revolução*. Mas como nunca deixa de ser revolução, não abre mão do arbítrio e frequentemente recorre ao mesmo poder constituinte a fim de mudar as regras do jogo. É incrível, mas, entre a força pura e o direito, o regime ficaria com os dois.

Na esteira do AI-1 vieram os sucessivos atos institucionais e emendas à Constituição, sinais claros do "poder constituinte revolucionário" que procurava se institucionalizar.

Quanto ao judiciário, as mudanças ocorreram já com o AI-2 de 27 de outubro de 1965: o Ato Institucional recriou a justiça federal de primeiro grau, com uma seção judicial em cada estado, território e no distrito federal, e juízes nomeados pelo Presidente dentre cinco cidadãos indicados na forma da lei pelo STF; aumentou de onze para dezesseis o número de juízes do Supremo e dividiu-os em três turmas de cinco; aumentou também o número de juízes do TFR para treze, sendo oito escolhidos entre magistrados e cinco entre advogados e membros do ministério público, pelo Presidente com aprovação do Senado; e por último, no art. 14, suspendeu as garantias de vitaliciedade e inamovibilidade de toda a magistratura.

Quanto ao controle constitucional das leis, a emenda n. 16, de 26/11/65, introduziu o dispositivo que marcaria o fim da exclusividade do modelo difuso-incidental

no direito brasileiro e a origem do sistema híbrido que perduraria até hoje: de competência originária e privativa, cabia ao STF julgar a "representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador Geral da República." (27)

O precedente foi de fato a representação acerca de intervenção federal nos estados mas, agora, não se restringia a uma matéria específica podendo ser aplicada contra qualquer lei ou ato normativo, federal ou estadual. Por este instrumento, de uso exclusivo do Procurador Geral, o STF decidiria sobre a lei em tese, não necessitando mais da controvérsia entre particulares, e atingiria a lei em si, confirmando ou negando sua validade constitucional.

Por ocasião dessa reforma judiciária, o próprio Supremo Tribunal Federal propôs a introdução da representação de inconstitucionalidade como forma de ação direta, como controle *in abstracto* das normas. E foi além quando sugeriu, ele mesmo, "uma prejudicial de inconstitucionalidade, a ser suscitada, exclusivamente, pelo próprio Supremo Tribunal Federal ou pelo Procurador Geral da República, em qualquer processo em curso perante outro juízo", ou seja, uma espécie de advocatória para assuntos constitucionais relevantes. (28)

Curiosamente, na Exposição de Motivos à Emenda 16, o então Ministro da Justiça Juracy Magalhães justificou a aceitação do primeiro dispositivo proposto pelo Supremo e a

(27) Cf. Oscar Dias CORRÊA. *A crise da Constituição, a Constituinte e o Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1986 p.65 e ss.

(28) Sobre esse período e a proposta de reforma feita pelo STF ver Miguel Seabra FAGUNDES. "A Reforma do Poder Judiciário e a Reestruturação do Supremo Tribunal Federal." *Revista Forense*, 215. p.5-12.

negação do segundo. De acordo com o ministro, "ao ver da comissão, advocatória só se explicaria para corrigir omissões de outros órgãos judiciários, se vigorasse entre nós, como vigora por exemplo na Itália, o privilégio de interpretação constitucional por uma Corte especializada, a ponto de se lhe remeter obrigatoriamente toda questão daquela natureza, levantada de ofício ou por uma das partes em qualquer processo, desde que o juiz ou tribunal não a repute manifestamente infundada."⁽²⁹⁾ Ou seja, a advocatória nos casos constitucionais retiraria dos juízes e tribunais inferiores a faculdade de interpretar constitucionalmente as leis (princípio do modelo difuso), coisa que o regime ainda não estava disposto a fazer. Deve-se registrar que a proposta partiu do próprio STF e foi negada pela comissão presidida pelo ministro da justiça.

Nessa mesma linha, quase caiu também o artigo que previa a participação do Senado no controle das normas através da suspensão das leis declaradas inconstitucionais pelo Supremo. A comissão que redigiu a proposta da Emenda 16 chegou a excluir do texto esta disposição, incumbindo ao presidente do Senado apenas "fazer publicar no Diário Oficial e na Coleção de Leis" a decisão do STF. O Congresso rejeitou a nova redação e o Senado permaneceu com a mesma função prevista pela Carta de 46.

O Ato Institucional n. 4, de 07/12/66, "considerando que a Constituição de 1946, além de haver recebido numerosas emendas, já não atende às exigências nacionais" e "considerando que se tornou imperioso dar ao país uma Constituição que, além de uniforme e harmônica, represente a institucionalização dos ideais e princípios da

(29) Gilmar Ferreira MENDES. *Controle de constitucionalidade...* p. 189.

Com o recrudescimento do regime em 68 e a decretação do AI-5 foram suspensas as garantias de vitaliciedade e inamovibilidade dos juizes e excluídos de qualquer apreciação judicial todos os atos praticados de acordo com o Ato Institucional e seus Atos Complementares. O AI-6, mês e meio depois, "considerando haver o Governo, que ainda detém o poder constituinte, admitido, por conveniência da própria justiça, a necessidade de modificar a composição e de alterar a competência do Supremo Tribunal Federal, visando a *fortalecer sua posição de corte eminentemente constitucional e, reduzindo-lhes(sic) os encargos, facilitar o exercício de suas atribuições*" (grifo meu), reduziu de dezesseis para onze o número de ministros do Tribunal; restringiu a competência para o *habeas corpus* vedando a sua apreciação originária, limitou o recurso extraordinário aos tribunais excluindo os juizes de primeira instância, e aboliu o recurso ordinário nos casos de mandado de segurança denegados pelos tribunais.⁽³¹⁾

Em 1969 ocorreu mais uma manifestação abrangente do "poder constituinte revolucionário". Ela veio com a Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro. De tão ampla e por reformar profundamente a Carta de 67, a emenda n. 1 é considerada por alguns como nova constituição. De qualquer forma, foi ela que completou, por assim dizer, a evolução do movimento de diferenciação/concentração da organização judiciária brasileira ao introduzir medidas que visavam desafogar o Supremo Tribunal Federal das causas de menor relevância e reforçar o seu papel de cúpula do judiciário para os assuntos constitucionais e de interesse nacional, através principalmente da advocatória.

(31) Aliomar BALEEIRO. "O Supremo Tribunal Federal." p.19

Dizia o novo artigo 119, I, (o) : "Compete ao Supremo Tribunal Federal: I. processar e julgar originariamente: o) as causas processadas perante quaisquer juízos ou tribunais, cuja avocação deferir, a pedido do Procurador Geral da República, quando decorrer imediato perigo de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou às finanças públicas, para que se suspendam os efeitos de decisão proferida e para que o conhecimento integral da lide lhe seja devolvido." Com esse instrumento reduzia-se a praticamente zero o risco de serem impugnados os atos do executivo federal pelos juízes e tribunais inferiores.

É importante ressaltar que o Procurador Geral da República, nos textos constitucionais anteriores ao de 1988, sempre figurou como uma espécie de advogado da União. Assim, se cabia a ele pedir a avocação de processos, fazia-o em nome do próprio Presidente da República a quem estava subordinado.

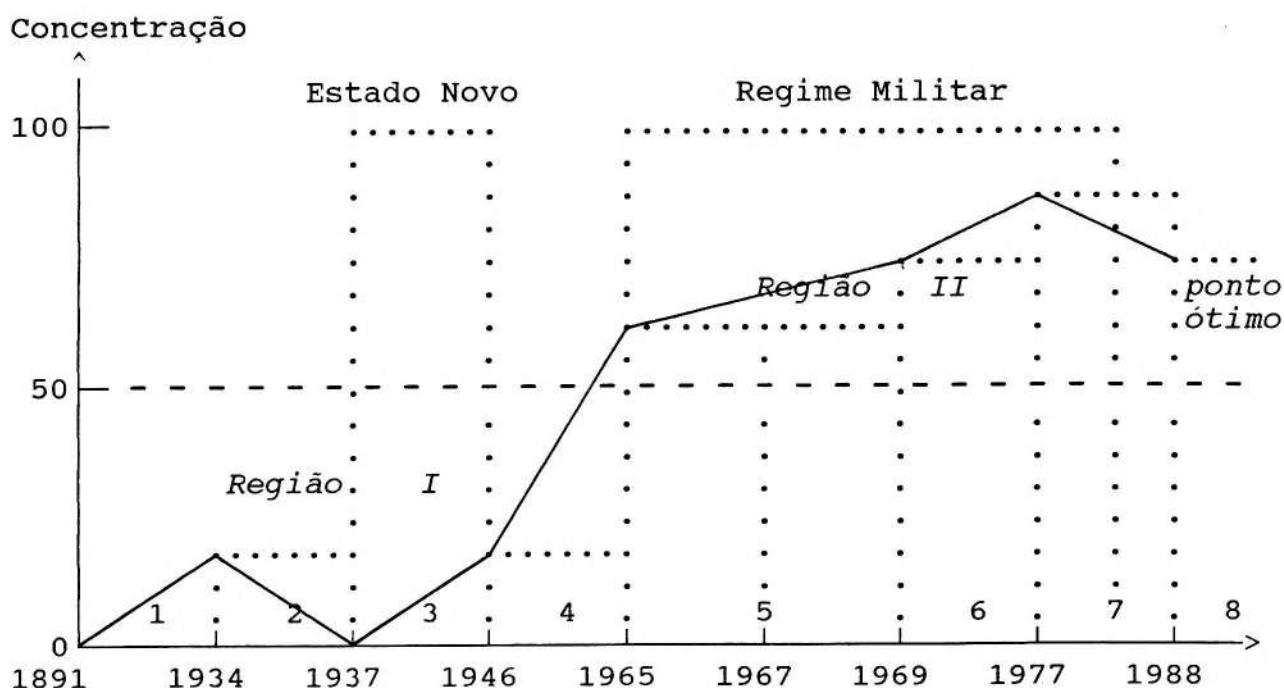
A avocatória, portanto, marca o ponto máximo da concentração da competência de controle constitucional no STF no quadro do sistema híbrido, pois permanece vigente o princípio difuso. Se compararmos tal instrumento com a sistemática do modelo concentrado, veremos que ele pretende conferir, a exemplo do tribunal constitucional, o monopólio da declaração de inconstitucionalidade ao órgão de cúpula do judiciário. Mas isto se dá no sentido inverso: enquanto no modelo concentrado os tribunais inferiores são obrigados a remeter o incidente de inconstitucionalidade à corte constitucional, aqui é o Supremo Tribunal que, mediante provocação do Procurador Geral, chama para si o julgamento dos processos.

CAPÍTULO III
O CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS NA CONSTITUIÇÃO
DE 1988.

Introdução

O capítulo anterior procurou demonstrar a evolução do sistema de controle constitucional no Brasil ao longo do período republicano. Sem reducionismo, apenas com intenção ilustrativa, pode-se resumir o que foi dito através do seguinte gráfico:

Gráfico VI. EVOLUÇÃO DO SISTEMA DE CONTROLE CONSTITUCIONAL NO BRASIL



Onde:

- 1= Período 1891-1934: vigência do modelo difuso puro.
 2= Período 1934-1937: introdução da participação do Senado no controle constitucional;

introdução da representação

interventiva.

3= Período 1937-1946: Estado Novo. Teoricamente, este período se caracteriza pela vigência do modelo difuso puro. Na prática, a linha pontilhada na altura do ponto 100 indica o limite da *concentração* do controle constitucional quando exercido pelo próprio ditador, como vimos.

4= Período 1946-1965: Retorno das duas inovações de 34.

5= Período 1965-1969: introdução da representação direta contra leis e atos normativos, federais e estaduais.

6= Período 1969-1977: introdução da advocatória.

7= Período 1977-1988: o STF deixa de comunicar ao Senado a declaração de inconstitucionalidade de lei em tese.

* O período 1965-1985 é representado também pela linha pontilhada na altura do ponto 100, que indica o limite da *concentração* do controle constitucional quando exercido diretamente pelo Presidente, viabilizado pelo regime de força.

8= Período 1988- : a nova Constituição herda as inovações do regime anterior, à exceção da advocatória. O sistema híbrido encontra seu *ponto ótimo* de funcionamento.

O eixo de *concentração*, portanto, indica a variação da forma de controle constitucional com a introdução de mecanismos visando transformá-lo, do puramente difuso em 1891, em "crescentemente" concentrado. O fato do princípio difuso ter sobrevivido a todas as mudanças constitucionais fez com que o sistema se desenvolvesse rumo ao híbrido que temos hoje, com a combinação dos elementos característicos dos dois modelos. Nesse sentido, o gráfico apresenta duas grandes regiões, onde:

Região I: Abaixo do ponto 50 de *concentração*, o sistema é puramente difuso (1 e 3) ou predominantemente difuso (2 e 4).

Região II: Acima do ponto 50 de *concentração*, com a sobrevivência do princípio difuso, tem-se o sistema híbrido propriamente dito, com a introdução de mecanismos próprios do modelo concentrado.

O marco divisório destas duas regiões é a emenda constitucional de 1965. Ou seja, as inovações de 1934 e 1946 não são suficientes para alterar completamente a natureza difusa do modelo adotado em 1891. Só a partir de 1965, com a introdução da *representação direta* contra lei ou atos normativos, com efeito *erga omnes*, é que se pode falar em sistema híbrido.

O Estado Novo e o Regime militar pós-64, pelas características descritas no capítulo anterior, figuram no gráfico com linhas pontilhadas no ponto 100, que indicam o limite de *concentração* do controle constitucional nesses períodos: a vontade do executivo federal baseado em um regime de força. Ressalte-se, entretanto, que o Regime militar pós-64 diferencia-se da ditadura Vargas não só por ter permitido o funcionamento de algumas instituições representativas e a manifestação do judiciário em vários momentos, como também porque suas inovações foram mantidas em grande parte pela Constituição de 88, particularmente no campo do controle constitucional das leis.

Por último, o gráfico acima é também capaz de ilustrar, no seu eixo horizontal, o outro lado desse movimento de concentração da competência de controle constitucional. Refiro-me aqui à centralização política ocorrida ao longo da história republicana brasileira. Entendo por centralização, neste caso, não a qualidade da organização política de tipo autoritária, que serviu aos governos ditatoriais de Vargas e dos militares pós-64. Entendo centralização política como o resultado de um longo decurso histórico onde o Estado Nacional procura gradativamente se impor às particularidades econômico-

sociais e regionais. São correlatas da centralização a crescente autonomia e independência do governo central frente a estas particularidades. Nestes termos, é razoável assumir que, principalmente a partir da virada dos anos trinta, o Estado brasileiro veio acumulando autonomia e independência através do fortalecimento do governo central, independentemente de sua natureza autoritária ou não. É óbvio que os períodos ditatoriais realizaram com mais "facilidade" essa centralização, mas os períodos democráticos subsequentes herdaram as mudanças centralizadoras dos regimes anteriores, no sentido em que aqui entendemos centralização.

Assim, é possível substituir, no eixo horizontal do gráfico, as constituições e emendas por outra denominação: *centralização política*. Com isso estou querendo demonstrar que a evolução da forma de controle constitucional não se restringe a si mesma, mas está relacionada a algo que lhe é exterior: o processo de centralização política tal como definido acima.

1. A solução adotada pela Constituição de 1988.

A Constituição de 1988 consagra o retorno do país à democracia e marca a tentativa de refundação de sua organização política.

No entanto, passados cinco anos da sua promulgação, avolumam-se as críticas e as afirmações de que as suas contradições internas têm contribuído enormemente para o agravamento da crise em que vivemos. Os argumentos procuram salientar, desde a organização econômica até o

sistema representativo, passando pelo perfil do Estado, os obstáculos constitucionais à consolidação da democracia e à retomada do desenvolvimento econômico e social.

Neste contexto, também o judiciário tem sido objeto de várias críticas e talvez suas decisões, ou a falta delas, nunca tenham tido tanta visibilidade como nos dias atuais.

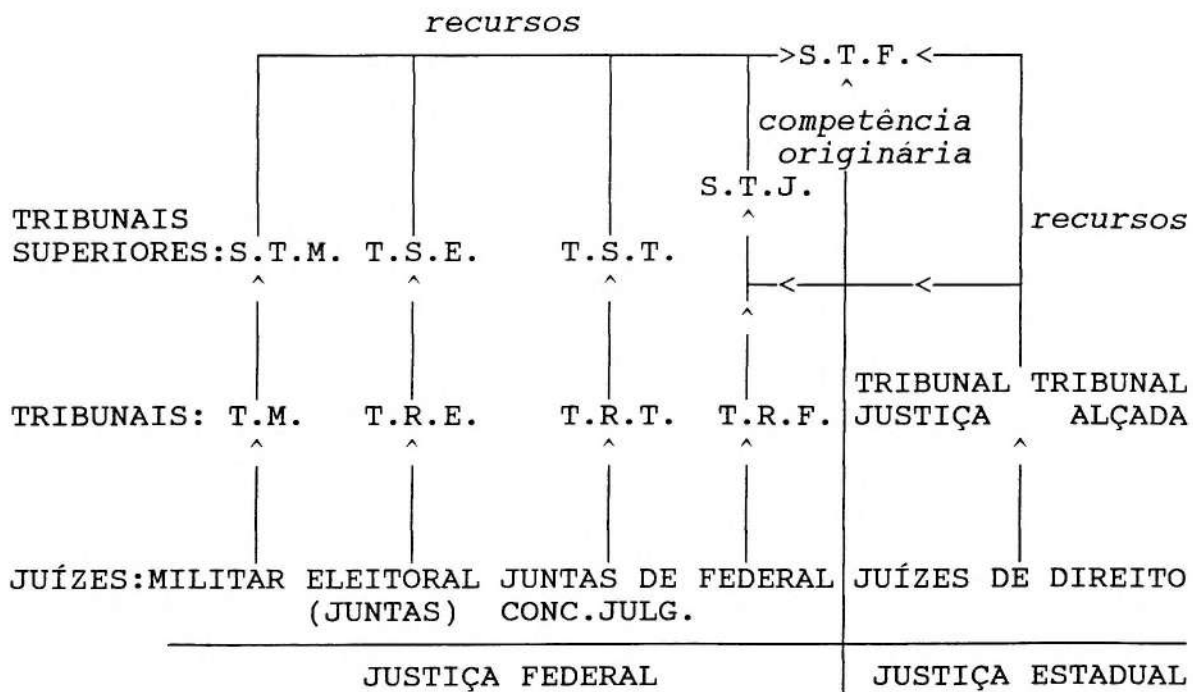
A chamada "crise" do judiciário, como vimos, tem raízes antigas. Pelo menos no seu aspecto político, que é o que nos interessa aqui, acredito que a Constituição de 88 colaborou de forma paradoxal para o seu agravamento.

De uma lado, porque diferenciou ainda mais a estrutura judiciária tentando solucionar o problema do congestionamento dos processos, principalmente na instância superior. Foram criados para isso os Tribunais Regionais Federais, em número de cinco, para funcionarem como segunda instância da justiça federal, cobrindo as diversas regiões do país; e o Superior Tribunal de Justiça que foi encarregado de várias competências antes atribuídas ao STF, desafogando o órgão de cúpula do judiciário (ver gráfico VII).

De outro lado, porque não só concentrou a competência do controle abstrato das normas no STF como ampliou generosamente a lista dos agentes legitimados para propor a ação direta de inconstitucionalidade, antes integrada apenas pelo Procurador Geral da República. Segundo a Constituição de 88 podem propor ação de inconstitucionalidade o Presidente da República; as Mesas do Senado Federal, da Câmara dos Deputados, das Assembléias Legislativas; os Governadores de Estado; o Procurador Geral da República; o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do

Brasil; os partidos políticos com representação no Congresso Nacional e Confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional (Art. 103).

Gráfico VII. O PODER JUDICIÁRIO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988.



Além dessas mudanças, outras também devem ser registradas:

a. Como se sabe, vários dispositivos constitucionais ficaram na dependência de leis complementares que lhe dessem a devida regulamentação e, conseqüentemente, eficácia. O art.5, LXXI, prevendo que a falta dessas normas regulamentadoras poderia tornar inviável o "exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania", criou a figura do *mandado de injunção*. Quando acionado por este instrumento, o STF pode se transformar em

verdadeiro "legislador suplementar", antecipando-se ao poder legislativo a fim de garantir a eficácia do direito constitucional ainda não regulamentado pelo poder legislativo.⁽¹⁾

b. Nessa mesma linha, a Constituição prevê a hipótese de "declaração de inconstitucionalidade por omissão de medida para que torne efetiva norma constitucional", pelo STF (art. 103, parágrafo 2o.). Neste caso, cabe ao Supremo Tribunal comunicar o Poder competente para que este tome as devidas providências e, em se tratando de órgão administrativo, que o faça em 30 dias.

c. A ampliação do mandado de segurança, instrumento tipicamente de uso individual, pela figura do mandado de segurança coletivo. Coletivo porque pode ser impetrado por "partido político com representação no Congresso Nacional" e "por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos uma ano, em defesa de seus

(1) Na verdade, como o texto constitucional não definiu claramente qual a providência a ser tomada pelo judiciário nestes casos, a hipótese do STF de se tornar um "legislador suplementar" é apenas uma dentre outras que podem ser aventadas. Clèmerson Clève, por exemplo, diz que a doutrina tem se dividido entre três hipóteses: 1. A do STF como "legislador suplementar" editando a norma regulamentadora, exigida pela própria Constituição, com efeito geral para toda a sociedade. Sua decisão teria status de lei. 2. A do STF como "aplicador" do direito constitucional apenas ao caso concreto, isto é, não legislando de forma genérica mas apenas para a causa que está examinando. 3. A do STF como apenas órgão que declara a "omissão" da autoridade responsável pela edição da norma, mas sem substituí-la nessa tarefa de suprir a lacuna normativa, seja em geral, seja para o caso específico. Caberia à autoridade responsável adotar as medidas necessárias. Segundo Clèmerson Clève, o STF adotou este último entendimento, esvaziando praticamente toda a força do mandado de injunção. Cf. Clèmerson Merlin CLEVE. *Atividade legislativa do poder executivo...*, p.85-87. Ver também Aricê Moacyr Amaral SANTOS. *O mandado de injunção*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1989.

membros e associados." (art.5, LXX). Assim, o poderoso instrumento do mandado de segurança pode agora veicular interesses dessas coletividades, politizando o seu uso e o próprio judiciário.

d. O papel político do STF ganhou maior visibilidade também porque seus ministros, depois de nomeados pelo Presidente, passam agora por arguição pública no Senado, antes de serem aprovados por essa casa legislativa.(art.52,III,a) Nas constituições anteriores, a sessão no Senado era secreta.

e. Transformação do Ministério Público numa espécie de 4o. poder: de órgão subordinado ao executivo e defensor de seus interesses, com a Constituição de 88, o Ministério Público passa a contar com autonomia funcional e administrativa em relação aos demais poderes e a assumir o papel de defensor da sociedade frente ao Estado. Como se sabe, o judiciário só se manifesta quando é provocado e o M.P. é um dos órgãos mais importantes no sentido de ativá-lo, particularmente, dentro deste novo sistema institucional.(Art.127)

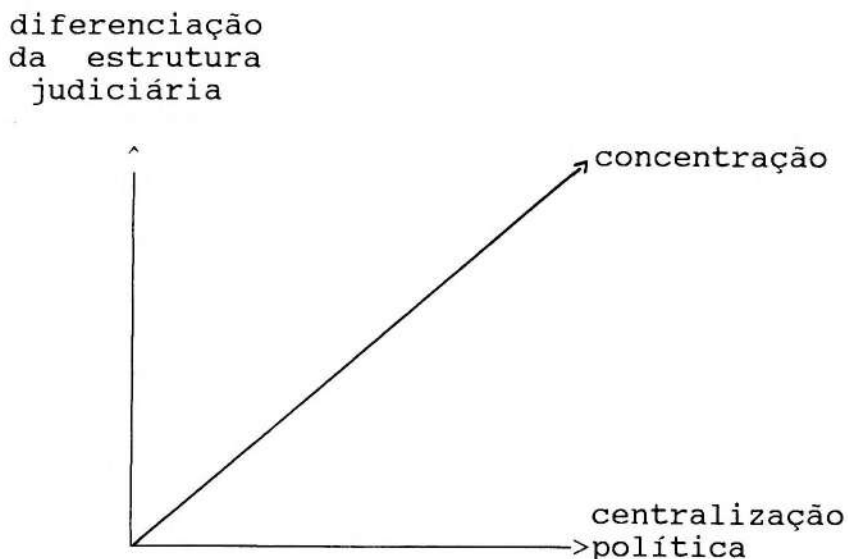
Vistas em conjunto, estas inovações representam uma grande diferenciação da estrutura judiciária, inclusive com fortes traços de democratização do acesso à justiça, e ao mesmo tempo uma grande concentração da competência de controle constitucional no STF, ao lado da manutenção do modelo difuso-incidental. É de se destacar que a advocatária deixa de existir com o novo texto, restabelecendo a força do princípio difuso, uma vez que processos envolvendo questões relevantes de governo não mais poderão ser retirados da apreciação dos juízes e tribunais inferiores.

É também esse movimento de diferenciação-concentração, interno ao poder judiciário, que explica em parte a constituição do atual sistema híbrido de controle constitucional. Isto é, quanto mais se diferencia a estrutura judiciária (particularmente no nível superior com a criação de tribunais para aliviar o trabalho do STF) mais o seu órgão de cúpula vai se afastando do modelo que lhe deu origem para assumir cada vez mais a condição de corte constitucional do modelo concentrado. A criação do STJ, por exemplo, retira definitivamente do Supremo uma de suas funções originais, enquanto órgão de cúpula do judiciário federal: a defesa da lei e a uniformização da jurisprudência federais.

A outra razão constitutiva desse sistema híbrido, como vimos, é exterior à organização judiciária e reside no movimento centralização/concentração. Isto é, o poder central que deseja implementar suas políticas com um mínimo de eficácia e estabilidade não pode correr o risco de ver suas iniciativas prejudicadas por uma avalanche de processos na justiça ordinária, ou no mínimo, ter que esperar pelo ritmo lento dos tribunais comuns. Daí a necessidade, em caso de divergência alegada entre o ato normativo do governo e a Constituição, de decisões rápidas e com efeito *erga omnes*.

O gráfico abaixo ilustra a resultante da combinação desses dois movimentos:

Gráfico VIII. DIFERENCIAÇÃO DA ESTRUTURA JUDICIÁRIA E CENTRALIZAÇÃO POLÍTICA



A concentração da competência de controle constitucional no Supremo deve ser vista, portanto, como a resultante de dois movimentos, um interno e outro externo ao judiciário, respectivamente, de diferenciação da organização judiciária que vai depurando as funções da Corte Suprema e de centralização do poder político nos termos em que propomos aqui.

A Constituição de 1988 refletiu estes dois movimentos quando manteve inovações do regime anterior que favoreciam a concentração da competência de controle constitucional no STF mas, no mesmo ato, democratizou o acesso a essa Corte de forma sem paralelo nos textos constitucionais anteriores, além de manter o princípio difuso do controle constitucional para as instâncias inferiores. Com efeito, se é o no regime anterior que encontramos as bases do sistema híbrido de controle constitucional, é a partir da Constituição de 1988 que

podemos encontrá-lo em pleno funcionamento. Isto porque, com a redemocratização, desapareceram o mecanismo da advocatária e os constrangimentos autoritários à independência do poder judiciário.

Nesse sentido, a condição do judiciário de arena de disputa entre sociedade e Estado e entre os órgãos e poderes do próprio Estado foi significativamente reforçada. Seu órgão de cúpula, o Supremo Tribunal Federal, foi arremessado ao jogo político como instância final de resolução de conflitos entre legislativo e executivo, e destes com os particulares atingidos por medidas lesivas de direitos e garantias previstos na Constituição. Também as instâncias inferiores do judiciário passaram a ser acionadas a cada medida governamental de constitucionalidade duvidosa. Era o sistema híbrido no seu *ponto ótimo* de funcionamento.

As decisões judiciais ganharam visibilidade a ponto de se afirmar que a Constituição de 88 tinha propiciado a "redescoberta do judiciário brasileiro".

Mas esta "redescoberta" encontrou uma instituição incapaz de dar as respostas que seu papel constitucional exigia, seja no nível elementar da prestação de justiça nos conflitos entre particulares, seja no nível da mediação e resolução dos conflitos de natureza política. À "redescoberta" se seguiu a imagem de um poder em "crise".

Pesquisa recente realizada pelo IDESP procurou ouvir os próprios magistrados sobre a chamada "crise do judiciário".⁽²⁾ Um dos eixos adotados no trabalho para

(2) *A crise do judiciário vista pelos juizes*. São Paulo: Idesp, 1984. Relatório de pesquisa. Coordenação de Maria Tereza Sadek. Foram entrevistados cerca de 20 % dos juizes em cinco estados - São Paulo, Rio Grande do Sul, Paraná, Pernambuco e Goiás - e mais 41 da Justiça Federal, num total de 570 entrevistas.

sistematizar os diferentes aspectos dessa chamada crise foi justamente o institucional, ou seja, os dos problemas relativos à posição do judiciário no quadro de separação de poderes, que estamos abordando nesta dissertação.

Tabela I. AVALIAÇÃO DOS JUÍZES SOBRE MUDANÇAS INTRODUZIDAS PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988. (em %)

	favorável	favorável em termos	desfavorável	sem opinião
reforço da função de controle constitucional do STF	76,5	13,5	7,9	2,1
legitimação de novos agentes para propor ADIn	70,7	15,4	11,2	2,7
mandado de injunção	70,5	14,7	11,1	3,7
mandado de segurança coletivo	81,8	11,8	4,6	1,8
ampliação das atribuições do ministério público	37,2	24,9	34,9	3,0

Fonte: *A crise do judiciário vista pelos juizes*. Idesp, 1994.

Com relação às modificações introduzidas pela Constituição de 1988 e considerando o funcionamento global das instituições do país, os juizes entrevistados manifestaram-se favoravelmente ao reforço da função de controle constitucional do STF, à legitimação de novos agentes para propor ação direta de inconstitucionalidade, ao mandado de injunção e ao mandado de segurança coletivo, mudanças estas que acentuaram de forma significativa o lado político da atuação da corte suprema brasileira. Como demonstra a tabela, os percentuais de aprovação a essas medidas são da ordem de 75%. Entretanto, quando questionados sobre a atuação do Supremo Tribunal Federal neste mesmo

período, ou seja desde 1988, a avaliação dos juizes parece dotada de certa crítica.

Tabela II. AVALIAÇÃO DOS JUÍZES SOBRE A ATUAÇÃO DO STF. (em %)

	positiva	regular	negativa	sem opinião
assegurar o cumprimento da consti tuição	64,9	24,4	9,3	1,4
compatibilizar a ordem jurídica com o imperativo de combate à inflação	20,7	33,7	23,8	21,8
assegurar o equilíbrio político entre os poderes	52,5	28,8	13,0	5,7
dar eficácia às novas garantias instituídas, como o mandado de injunção, mandado de segurança coletivo e habeas-data	36,8	31,8	24,0	7,4

Fonte: *A crise do judiciário vista pelos juizes*. Idesp, 1994

Enquanto 76% são favoráveis ao reforço da função de controle constitucional do STF, 65% avaliam que este tribunal tem cumprido bem esta função. Enquanto a aprovação dos novos mecanismos como o mandado de injunção e o mandado de segurança coletivo é da ordem de 76%, apenas 37% consideram positiva a atuação do STF no sentido de dar eficácia a estes novos instrumentos.

Quais as razões desta discrepância entre a aprovação das mudanças constitucionais e a atuação efetiva do Supremo Tribunal, na visão dos juizes? É que justamente tais mudanças acentuaram a responsabilidade política da Suprema Corte perante as questões de governo, fazendo com que seu comportamento na defesa da Constituição frente aos atos dos demais poderes parecesse contraditório aos olhos

dos juizes inferiores, mais apegados à atuação jurídico-formal.

Um outro item da tabela é capaz de ilustrar melhor a tensão existente entre o julgamento político e o jurídico-formal que caracteriza a vida da Corte: a avaliação do Supremo do ponto de vista da *compatibilização da ordem jurídica com o imperativo de combate à inflação*. Nenhum outro item do questionário obteve índice tão alto de juizes sem opinião a respeito (22%). Muitos destes, entretanto, observaram, e com alguma razão, que não é função constitucional do Supremo *compatibilizar* a ordem jurídica com qualquer objetivo ou política de governo. Sua função é antes aplicar a lei e simplesmente declarar inconstitucionais aquelas que ferirem a Constituição.

A posição crítica dos juizes entrevistados pelo Idesp em relação ao Supremo Tribunal pode ser vista ainda de um outro ponto de vista.

Trata-se de algumas alterações que têm sido propostas no sentido de reduzir a eficácia do princípio difuso de controle constitucional. À época da realização da pesquisa, uma alteração já havia se efetivado com a emenda constitucional n.3, de 1993, que introduziu a ação direta de constitucionalidade com efeito vinculante para as instâncias inferiores do judiciário e ainda se discutia a possibilidade de reedição da advocatária. A opinião dos juizes entrevistados foi no sentido contrário a estas mudanças: 45% são desfavoráveis à ação de constitucionalidade com efeito vinculante para as instâncias inferiores, mesmo já tendo sido aprovada a emenda constitucional, e 74% se mostraram contrários à advocatária.(ver tabela III)

Tabela III. AVALIAÇÃO DOS JUÍZES SOBRE A AÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE E A AVOCATÓRIA. (em %)

	favorável	favorável em termos	desfavorável	sem opinião
ação de constitucionalidade com efeito vinculante para as instâncias inferiores	33,9	14,4	45,4	6,3
avocatória	14,6	8,8	74,2	2,4

Fonte: *A crise do judiciário vista pelos juizes*. Idesp, 1994.

Estes percentuais indicam a forte resistência dos juízes inferiores a quaisquer mudanças que impliquem na diminuição do poder representado pela vigência do princípio difuso.

A lembrança do período autoritário recente, quando mudanças dessa ordem foram introduzidas pelos governos militares, tem servido para alimentar a disposição dos defensores do princípio difuso. Tais alterações, segundo estes, comprometeriam a independência do poder judiciário e teriam um sentido nitidamente anti-democrático.

Como o judiciário, já nos anos de governo civil pós-84, veio se constituindo em barreira às ações governamentais nas áreas econômica e tributária, e o próprio executivo tratou de tomar medidas unilaterais no sentido de diminuir o "risco jurídico" de suas iniciativas, a tensão entre o princípio difuso e os imperativos de governo tem alcançado níveis extraordinários.

Veremos adiante a difícil relação entre os poderes executivo e judiciário, advinda desse sistema de controle constitucional, tomando como exemplo o caso do plano econômico do governo Collor, edidato em 15 de março de 1990.

Antes, porém, é necessário traçar o contexto de sua edição, o que implica em analisar as relações entre executivo e legislativo, nos marcos constitucionais de 1988.

CAPÍTULO IV

O NOVO QUADRO POLÍTICO CONSTITUCIONAL: NOSSA CONFUSA SEPARAÇÃO DE PODERES.

Introdução

Vimos nos capítulos anteriores a evolução da forma de controle constitucional no Brasil e a posição de quase corte constitucional em que foi colocado o STF pela Carta de 1988. Entretanto, para entendermos o significado da atuação deste órgão nas disputas judiciais envolvendo as primeiras medidas econômicas do governo Collor, torna-se necessária a extensão da análise à relação entre os dois outros poderes - executivo e legislativo - na nova Constituição.

É de amplo conhecimento da análise política que a escolha do sistema de governo pela constituinte de 87-88 careceu, na verdade, de uma idéia precisa do que se desejava para o arranjo institucional de poderes. A opção pelo parlamentarismo, dominante durante a elaboração do texto até o projeto final da Comissão de Sistematização, sucumbiu a "pressões" variadas pela manutenção do presidencialismo, através da aprovação da emenda Lucena.

Dadas as condições em que fora aprovada a emenda e o número razoável de constituintes parlamentaristas, uma manobra de última hora, também amplamente conhecida, possibilitou a convocação do plebiscito sobre sistema de governo, inicialmente previsto para 07 de setembro de 1993 e depois antecipado para 21 de abril do mesmo ano.

Não interessa aqui discutir a mudança de rota da constituinte na sua opção pelo sistema de governo, nem as razões do resultado do plebiscito recente, mas sim, os

efeitos dessa indefinição no plano constitucional de separação de poderes e no processo político efetivo dos últimos anos.

Apesar da dubiedade em relação a escolha do sistema de governo, pelo menos um ponto era consensual quanto à posição constitucional dos poderes executivo e legislativo: a idéia de que era preciso romper o processo de hipertrofia do ~~executivo~~^{LEGISLATIVO} em detrimento da força e autonomia do ~~legislativo~~^{EXECUTIVO}. Este ponto era identificado como a principal peça a ser removida do chamado "entulho autoritário", e a emergência de expressões como "executivismo", "presidencialismo imperial" e "presidencialismo plebiscitário" indicavam a necessidade de reequilibrar a separação de poderes com vistas ao sucesso da consolidação da democracia.

Assim, mesmo com a derrota parlamentarista na constituinte, ocorreu uma significativa transferência de prerrogativas e atribuições do executivo para o legislativo que, concretamente, reduziu de forma drástica a esfera exclusiva de ação normativa do Presidente. Redução não só dos instrumentos, como a extinção do decreto-lei, mas também do elenco de matérias passíveis de tratamento unilateral por parte do executivo federal.

O novo reequilíbrio de poderes foi então definido pelo senador Marco Maciel (PFL-PE) como "presidencialismo equipotente", ou seja, "equilibrado, com igual repartição de potência entre os três poderes."⁽¹⁾

Com a aprovação do texto constitucional, o otimismo com a reforma do sistema político foi sucumbindo a

(1) Cf. Bolívar LAMOUNIER. "Existe realmente um modelo presidencialista?" in: *Digesto Econômico*. São Paulo: jan/fev.1993 p.19-22.

partir dos primeiros sinais de crise na relação entre Presidente e Congresso. Associada ao agravamento da crise econômica, a crise política entre os poderes passou a ser tratada agora sobre outra rubrica: a da governabilidade. Isto desde pelo menos o fracasso do Plano Cruzado de 1986 até os dias atuais. Sucessivos episódios envolvendo o executivo e o legislativo foram tomados como "crise institucional" e o chamamento à governabilidade passou a ser o único remédio contra o fantasma do retrocesso autoritário nesse período.

Na tentativa de explicar as razões da "ingovernabilidade" ou pelo menos do difícil relacionamento entre os poderes, um dos principais argumentos veiculados era o de que tínhamos produzido "uma constituição parlamentarista sobre um sistema de governo presidencialista". A causa dessa confusão ia desde a intenção explícita do constituinte em reequilibrar a separação de poderes (e aí o tiro havia saído pela culatra) até o seu mero "esquecimento" quando deixou de readequar o texto constitucional originariamente parlamentarista à aprovação, já na fase final, da emenda Lucena.

À parte a imprecisão da explicação (o que, concretamente, poderia ser um sistema de governo presidencialista sob uma constituição parlamentarista ?), é fato que o texto de 88 produziu um tipo original de separação de poderes, pelo menos se comparado às constituições anteriores. O quadro seguinte ilustra o que seria a origem da contradição apontada acima:

Quadro IV. SEPARAÇÃO DE PODERES NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

	CAPACIDADE DE GOVERNO	RESPONSABILIDADE DE GOVERNO
EXECUTIVO	BAIXA	ALTA
LEGISLATIVO	ALTA	BAIXA

Na falta de expressão mais adequada, *capacidade de governo* significa o conjunto de instrumentos e o campo de ação normativa reservado a cada um dos poderes. Nesse sentido, a Constituição de 88 teria uma feição parlamentarista porque reduziu instrumentos de ação exclusiva do executivo e diminuiu drasticamente o campo de ação normativa da Presidência da República. Matérias anteriormente reguladas por decreto, regulamentos e simples portarias do executivo passavam agora a integrar o rol substantivo do processo legislativo. Ou seja, necessariamente teriam que passar por aprovação no Congresso Nacional, através de projetos de lei ou, mesmo em casos de urgência e relevância, através das medidas provisórias. Até estas últimas, que analisaremos melhor adiante, foram tomadas inicialmente desse ponto de vista: do fortalecimento do legislativo frente ao executivo. Isto porque, ao contrário do antigo decreto-lei, o tempo corria contra o Presidente que editou a medida provisória: enquanto o decreto-lei se servia da aprovação por decurso de prazo, a MP perderia eficácia se não convertida em lei pelo Congresso no prazo de 30 dias. (2)

Inversamente, *responsabilidade de governo* significa o grau de compromisso em torno de medidas governamentais e a possibilidade de cobrança política e

(2) Cf. Walter CENEVIVA. *Direito constitucional brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1989. p.62

social a cada um dos poderes pelo sucesso dessas medidas. Obviamente, não se trata de responsabilidade frente ao nível genérico da participação política ou da opinião pública, mas tendo em mente os mecanismos típicos dos sistemas parlamentaristas que promovem e asseguram a coresponsabilidade entre parlamento e governo. Nesse eixo, a Constituição de 88 seria "presidencialista" porque o ônus do mau governo recairia somente sobre o Presidente da República, inexistindo formas adequadas de coresponsabilizar o Congresso pelo fracasso das iniciativas governamentais.

O quadro acima, portanto, dá novos termos à afirmação imprecisa de que temos uma "constituição parlamentarista sobre um sistema de governo presidencialista." De fato, não há sentido lógico nessa afirmação. Não é possível reivindicar mecanismos de dissolução de governo ou parlamento num sistema que é presidencialista. Ou uma coisa, ou outra. Não há meio termo. (3)

O que se quis, ao aproveitar tal afirmação, foi demonstrar como a Constituição de 88 ponderou a relação entre os poderes de forma original na tradição brasileira, fortalecendo o legislativo e enfraquecendo o executivo. A rigidez da separação entre eles, típica do presidencialismo, encarregou-se de fazer o resto. Agravada pela excessiva

(3) Sobre a discussão Parlamentarismo X Presidencialismo muito se produziu no Brasil nestes últimos anos, tendo em vista o plebiscito de abril de 1993. Do meu ponto de vista, bastam Bolívar LAMOUNIER. (org). *A opção parlamentarista*. São Paulo: Sumaré, 1991. E Bolívar LAMOUNIER e Dieter NOHLEN (orgs.) *Presidencialismo ou parlamentarismo. Perspectivas sobre a reorganização institucional brasileira*. São Paulo: Loyola/IDESP, 1993. Única publicação que traz os principais argumentos a favor e contra os dois sistemas.

fragmentação partidária⁽⁴⁾, o mal pior de um sistema presidencialista, a relação entre Presidente e Congresso descambou em sucessivos episódios para o que se convencionou chamar de "crise institucional", ou crise de governabilidade.

Como diz Lamounier, referindo-se à expressão cunhada por Marco Maciel, "sem qualquer desejo de propor aqui um jogo de palavras, penso que tais situações de fato demonstram a 'equipotência' do sistema, não porque Executivo e Legislativo estejam equilibrados na eficácia, mas porque se equiparam na incapacidade de agir. Ficam, ambos, com a mesma modestíssima potência: uma situação que mais poderíamos descrever como um equilíbrio entre duas fragilidades. Nem o presidente dispõe de recursos políticos

(4) Alfred STEPAN e Cindy SKACH. "Quadros metainstitucionais e consolidação democrática." in: Bolívar LAMOUNIER e Dieter NOHLEN (orgs.). *Presidencialismo ou parlamentarismo...* p. 218-242. Dizem os autores, com base no índice Laakso/Taagepera de partidos políticos "efetivos": "Contamos 42 democracias consolidadas no mundo entre 1979 e 1989. Desse conjunto, se se excluir o "caso misto" da Suíça, existiam 31 democracias parlamentaristas puras, seis semipresidencialistas e apenas quatro presidencialistas puras. Se se construir um índice Laakso/Taagepera para esse universo de 41 países, ver-se-á que, das 31 democracias parlamentaristas puras, dez possuíam entre três e sete partidos políticos efetivos; dos seis sistemas semipresidencialistas, quatro possuíam entre três e cinco partidos políticos efetivos; contudo, nenhuma democracia presidencialista pura possuía mais que 2,5 partidos políticos efetivos. Esses dados indicam que democracias parlamentaristas e semipresidencialistas podem associar-se a maior número de partidos, mas democracias presidencialistas não se associam a esse tipo de comportamento coalizacional que facilita o governo democrático em contextos caracterizados por forte clivagens socioeconômicas, ideológicas e étnicas e numerosos partidos no legislativo. A falta de sistemas presideencialistas duradouros com '3,0 ou mais' partidos legislativos efetivos provavelmente explica o pouco número de democracias presidencialistas contínuas." (grifo dos autores) p. 227-228. No caso brasileiro, a aplicação do índice de Laakso/Taagepera revela hoje a existência em torno de 9,0 partidos efetivos.

para imprimir consistência ao processo governamental, nem o Congresso pode tomar a iniciativa de produzir outro governo, dada a vigência dos parâmetros institucionais do presidencialismo: o mandato presidencial fixo e a rígida separação entre os poderes. Essa *equi-impotência*, que na verdade significa um virtual desgoverno, é uma velha conhecida nossa: já a tivemos durante metade do governo Figueiredo, quando o regime militar agonizava, no governo Sarney, a partir do colapso do Plano Cruzado; e no governo Collor, a partir do momento em que o tigre da inflação mandou dizer que não estava morto."⁽⁵⁾

1. A pedra de toque do sistema político: a medida provisória.

No que diz respeito à relação executivo-legislativo, considero que a pedra de toque do sistema foi introduzida na seção do processo legislativo: a chamada medida provisória.

A opção pela medida provisória como instrumento do processo legislativo data da fase parlamentarista do projeto de Constituição. Dizia o artigo 94 do título V do primeiro substitutivo do relator Bernardo Cabral:

Art. 94. "Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República, por solicitação do Primeiro Ministro, poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato, para conversão, ao Congresso Nacional, que, estando em recesso, será convocado extraordinariamente para se reunir no prazo de cinco dias.

(5) Bolívar LAMOUNIER. "Existe realmente um modelo presidencialista?" in: *Digesto Econômico*. p.21.

p. único. As medidas provisórias perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de trinta dias, a partir de sua publicação, devendo o Congresso Nacional disciplinar as relações jurídicas delas decorrentes."(6)

Entretanto, com a aprovação da emenda Lucena, que manteve o presidencialismo como sistema de governo, o constituinte foi obrigado a varrer do projeto de Constituição os dispositivos introduzidos com vistas ao parlamentarismo. Dentre eles, o artigo referente à MP sofreu apenas uma emenda supressiva do trecho "*por solicitação do Primeiro Ministro*", mantendo-se intacto o restante do texto que veio a figurar na Constituição promulgada na forma do artigo 62.(7)

Ao contrário dos que consideram a MP mera reedição do antigo decreto-lei ou dos que apontam para a sua permanência no texto já "presidencializado" como fruto de simples "distração" do constituinte, é razoável supor que os parlamentares, diante do fortalecimento do poder legislativo - com o aumento de suas atribuições e prerrogativas -, tenham previsto, com este instrumento, uma margem de manobra para o Presidente em situações urgentes e relevantes, cujas soluções não poderiam esperar o ritmo normal da produção legislativa no Congresso.

Segundo vários juristas, a inspiração para adoção das MP's, ainda na fase parlamentarista, veio da Constituição italiana cujo artigo 77 foi reproduzido quase na íntegra pelo constituinte brasileiro. Na verdade, existem também mecanismos análogos em outras constituições europeias

(6) Leon Fredja SZKLAROWSKY. *Medidas Provisórias*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991. p. 44

(7) *Ibid*, p.45.

parlamentaristas ou semiparlamentaristas e todas compartilham de um mesmo espírito: a ampliação da produção legislativa do executivo para fazer face à vasta quantidade de problemas do mundo moderno, industrial e urbano, que exigem soluções rápidas e eficazes. Nas palavras de Georges Langrod sobre o processo legislativo na Europa Ocidental "trata-se assim de opor à lentidão e à complexidade dos processos 'normais', às obstruções das minorias, a frequente passividade dos parlamentos em face dos problemas que tendam a se tornar impopulares; trata-se, ao mesmo tempo de ativar o trabalho técnico, de respeitar as necessidades da urgência, e tomar posição em face da complexidade sempre crescente das questões impostas pela vida moderna."⁽⁸⁾

De fato, é plenamente compreensível que mecanismos deste tipo tenham eficácia e não ameacem o equilíbrio entre os poderes em regimes parlamentaristas consolidados onde os executivos emergem de maiorias parlamentares e com elas governam. Entretanto, no nosso caso, a permanência do)

(8) Georges LANGROD. *O processo Legislativo na Europa Ocidental*. Apud. Ivo DANTAS. *Aspectos Jurídicos das Medidas Provisórias*. 2a.ed. Brasília: Consulex, 1991. p. 49. Na verdade, essa tendência de fortalecimento do executivo frente ao legislativo tem sido amplamente discutida pela análise jurídica recente que, invariavelmente, conclui pela superação do arranjo institucional feito à base da clássica separação de poderes. O argumento é sempre baseado em questões de ordem técnica: o parlamento tem um ritmo excessivamente lento, um processo de tomada de decisão complexo e carece de uma assessoria técnica elementar para decidir questões novas colocadas pelo desenvolvimento capitalista. Nesse sentido ver Clèmerson Merlin Clève. *Atividade Legislativa do Poder Executivo...* Títulos I e II. Para uma análise mais ampla, que discute as implicações deste processo na transformação do Direito de matriz liberal clássica ver José Eduardo FARIA. *Eficácia Jurídica e Violência Simbólica*. São Paulo: EDUSP, 1988. E para uma visão sociológica do problema ver Andrew SHONFIELD. *Modern Capitalism. The Changing Balance of Public and Private Power*. New York: Oxford University Press, 1969. Part 4.

presidencialismo inflacionou o uso deste instrumento a ponto de inverter o quadro constitucional de atribuições dos dois poderes que descrevemos acima.

Além dessa contradição básica, o texto aprovado carecia de regulamentação. Somente no final de 1990, depois dos abusos cometidos por Sarney e do choque do plano Collor I é que o Congresso se mobilizou em torno do projeto de lei complementar de autoria do deputado Nelson Jobim (PMDB-RS) - na verdade, um projeto que fundia a maioria dos projetos referentes à matéria- que regravava fortemente o uso das MP's pelo executivo. Hoje, o projeto, depois de aprovado na Câmara, encontra-se de "molho" no Senado, fruto de um acerto entre o Congresso e o ex-Presidente Collor: numa espécie de espada sobre a cabeça do executivo, na hipótese de abuso do instrumento, o Senado aprovaria a regulamentação rigorosa do uso das MP's.

Assim, com a falta de regulamentação, não se tem ainda, por exemplo, critérios claros de admissibilidade da MP enviada ao Congresso relativos ao caráter de urgência e relevância. Sua abrangência é quase ilimitada e ultrapassa até mesmo seu parente mais próximo, o antigo decreto-lei, instrumento principal da política militar autoritária que tinha seu escopo definido pela Constituição.⁽⁹⁾ Permanecendo indefinido também o destino de MP's não apreciadas pelo Congresso, o executivo veio tratando de reeditá-las indefinidamente.

Todas estas indefinições decorrentes da falta de regulamentação do artigo 62 se agravaram ainda mais com o tipo de encaminhamento dado pelos parlamentares às medidas enviadas pelo executivo. De acordo com resolução do

(9) Cf. Arts. 55 da EC 1/69 e 58 da CF/67.

Congresso Nacional, de 02 de maio de 1989, as MP's que sofressem emendas seriam transformadas em Projetos de Lei de Conversão e a seguir, caso aprovadas, seriam submetidas à sanção presidencial. Se à primeira vista isso parece mais democrático, o Congresso Nacional sendo co-partícipe das formulações políticas do Presidente, o que de fato ocorreu foi que o executivo, nas matérias mais importantes como as medidas econômicas, passou a vetar as alterações e manter a redação do texto original. Como se sabe, é muito mais difícil derrubar um veto presidencial do que rejeitar uma medida provisória.⁽¹⁰⁾

A principal característica da MP é sem dúvida sua "força de lei". Embora ela integre a lista do artigo 59 da CF que enumera as figuras que compõem o processo legislativo, na verdade, ela é ato administrativo unilateral do Presidente da República. Tem força de lei mas não é lei em sentido formal. Carece de conversão pelo órgão que detém a competência de legislar. Esta capacidade de legislar provisoriamente, dada ao executivo, assemelha-se, em parte, ao mandado de injunção: a MP em casos de relevância e urgência e o mandado de injunção em casos de falta de norma regulamentadora da Constituição são meios de produção legislativa sobre fatos novos não previstos pelo direito e que não podem esperar o ritmo de decisão do Congresso.

(10) A MP exige maioria simples para aprovação com quórum mínimo de 248 deputados e 38 senadores ao passo que a derrubada do veto presidencial só se dá por maioria absoluta. Além disso, a votação sobre o veto é feita em sessão secreta (o que dificulta o trabalho da oposição) e requer um esforço do Congresso dificilmente mobilizável em contextos, por exemplo, de choques econômicos que se utilizam de várias MP's e forte apelo social em relação às decisões do executivo. Obviamente, esta comparação só tem sentido porque estamos tratando do veto sobre as mudanças do texto original do próprio executivo e não do legislativo.

Juridicamente, a natureza administrativa da medida provisória, mesmo com força de lei, acarreta, segundo Marco Aurélio Greco⁽¹¹⁾, algumas consequências:

1. "A sua edição deve ser acompanhada de motivação expressa em que se demonstre a existência concreta (motivo de fato) dos pressupostos de emanção do ato (motivo legal) previstos na constituição." Ou seja, os da urgência e relevância.⁽¹²⁾

2. Como não é ato propriamente legislativo, cabe recurso ao judiciário em casos que configurem abuso de poder ou desvio de finalidade no uso do instrumento.

3. Como sua edição afeta o exercício do poder legislativo, não está descartada até mesmo a hipótese de crime de responsabilidade do Presidente nos casos em que seu ato desatender os pressupostos constitucionais.

4. Estes pressupostos definem o escopo dos atos administrativos do executivo: relevante, no caso da MP, é aquilo que exige norma de nível *legal*; se o fato comportar regulação por decreto, por exemplo, não cabe medida provisória. Por outro lado, não se configura urgência em norma que entrará em vigor após um período superior ao necessário para o procedimento legislativo normal. Exemplificando, no caso de impostos, não se justifica a adoção de MP no início do ano, já que o novo imposto só teria eficácia no ano seguinte (princípio da anterioridade), tempo suficiente para a tramitação de projeto de lei no Congresso. Greco acrescenta ainda três condições complementares à urgência e relevância: a. Validade: é necessária a compatibilidade entre o conteúdo da MP e os

(11) Marco Aurélio GRECO. *Medidas Provisórias*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.

(12) *Ibid*, p.18

princípios constitucionais; b. Pertinência: o conteúdo da norma contida na MP deve ser e somente ser adequada ao fato gerador da medida; c. Proporcionalidade: a norma deve ser proporcional ao fato para que não altere desnecessariamente a legislação. Em suma, conclui Greco: "O ato excepcional não se justifica por si mesmo, mas sim pela demonstração da ocorrência da hipótese constitucional."⁽¹³⁾

A expressão "força de lei" indica, portanto, a força e a fraqueza da medida provisória. Seu preceito tende a permanecer enquanto seu veículo é provisório. Tanto que se não for convertida em lei cabe ao Congresso disciplinar as relações jurídicas decorrentes da sua vigência. Nesse sentido, em função de seu caráter provisório, a MP também guarda certa semelhança com as medidas cautelares de cunho antecipativo no processo judicial, pois ambas devem ser confirmadas pelas respectivas decisões finais acerca do mérito.

Por outro lado, o produto final do processo legislativo iniciado com a edição da MP, em caso de aprovação ou conversão em lei, é uma lei ordinária. O status de lei ordinária impede, então, o cabimento de MP em matérias excluídas deste âmbito, até mesmo nos casos em que não couber o regime de urgência para a própria lei ordinária. É o que acontece nas matérias de codificação (art. 64, p.4o.) que não se submetem ao regime de urgência, impedindo, portanto, que modificações em códigos (civil, processual, penal, tributário, etc.) sejam veiculadas por medida provisória. Da mesma forma, está excluída a hipótese de tratamento de matérias reservadas às leis complementares e também matérias excluídas do âmbito da lei delegada: "Se a

(13) *Ibid*, p.27

delegação em certos casos é inconstitucional, a conversão também o é."(14)

Finalizando, a partir dessas referências básicas, é possível aventar duas hipóteses sobre a flagrante opção do governo Sarney e, em particular, do governo Collor pelo uso das MP's:

1. Dada a separação de poderes da nova Constituição, com o fortalecimento do legislativo e do judiciário e a redução do campo de ação normativa do executivo e de seus instrumentos concretos, a medida provisória se constituiu em válvula de escape do próprio sistema. A contradição entre uma Presidência comparativamente enfraquecida em relação à anterior, com a mesma responsabilidade de governo, e um Congresso comparativamente fortalecido em relação ao anterior mas sem responsabilidade de governo, teve sua solução "dialeticamente" encontrada através da MP.

2. A força da medida provisória foi potencializada em relação à sua fraqueza graças à ausência de regulamentação. Com "força de lei" mas sem limite de abrangência ou critérios de admissibilidade, a MP possibilitou o "emparedamento" do próprio legislativo e também do judiciário pelo executivo nos casos de choques econômicos, por exemplo. Seu trunfo, nesse sentido, foi a "política do fato consumado", a criação de um caminho sem volta. Sob pena de serem responsabilizados pelo fracasso da iniciativa do Presidente, os demais poderes não se viram em condições de superar o impacto das medidas e questionar sua constitucionalidade.

(14) *Ibid*, p.37

2. O uso das medidas provisórias no Governo Sarney.

Aprovada a nova Constituição, Sarney substituiu o decreto-lei pelas medidas provisórias. Na época, a maioria dos analistas políticos indicava que este era o sinal de um Presidente fraco, com baixos índices de popularidade e sem maioria orgânica no Congresso, frente a um poder legislativo quase onipotente que emergiu da Constituição de 88.⁽¹⁵⁾

Assim, o recurso constante às MP's passou despercebido pela maior parte da opinião pública, contando também com a conivência do próprio parlamento.

Uma análise dos números, entretanto, demonstra que a tese da fragilidade do executivo e da força do legislativo merece reparos:

(15) Um apanhado das opiniões nesse sentido pode ser encontrado em Bolívar LAMOUNIER. *Depois da Transição. Democracia e Eleições no Governo Collor*. São Paulo: Loyola, 1991.

Tabela IV. MEDIDAS PROVISÓRIAS - GOVERNO SARNEY (OUT-88/MAR-90)

medidas editadas apenas uma vez	
transformadas em lei	89
vencidas sem renovação	01
rejeitadas pelo Congresso	09
revogadas pelo executivo	02
total	101
medidas reeditadas:	
transformadas em lei	18
vencidas sem renovação	03
rejeitadas pelo Congresso	01
revogadas pelo executivo	00
total	22
total "líquido"	123
total "bruto" (*)	147

(*) A diferença entre o total "bruto" de MP's deste período (147) e o total "líquido" de resultados finais de cada uma delas (123) diz respeito a 22 reedições e duas revogações. Isto decorre do fato de que >discriminei-as em medidas editadas apenas uma vez e medidas reeditadas.

À primeira vista, salta aos olhos o alto grau de aprovação no Congresso das MP's enviadas pelo executivo. Considerando as medidas editadas apenas uma vez tem-se 88 % delas aprovadas pelo legislativo. No caso das reedições, a aprovação é de 82 %.

Mesmo sem considerar que algumas das MP's sofreram alterações no Congresso e que outras, particularmente as

reeditadas, foram objeto de longa negociação com o executivo, o fato é que este alto índice de aproveitamento faz supor que a maioria das MP's tinha realmente caráter de urgência e relevância.

Suposição equivocada. A falta de regulamentação do artigo 62 deixou o Congresso sem parâmetros normativos para julgar a admissibilidade das medidas e permitiu ao executivo fazer uso indiscriminado delas. Provavelmente, quaisquer critérios acerca da urgência e relevância, como os apontados acima, se definidos pelo Congresso, impediriam o abuso cometido pelo Presidente na edição de MP's. O quadro seguinte nos dá uma idéia dos assuntos tratados por medida provisória que se transformaram em lei, nesse período:

Quadro V. MEDIDAS PROVISÓRIAS TRANSFORMADAS EM LEI, POR ASSUNTO.
GOVERNO SARNEY (OUT-88/MAR-90)

ASSUNTO	MP's
IMPOSTOS/CONTRIBUIÇÕES Inclui: mudanças no Imposto de Renda, Imposto sobre Produtos Industrializados, impostos de importação, sobre aplicações financeiras e outros; contribuições sociais e fundos (FINSOCIAL, PIS/PASEP, FGTS, FAT); e custeios da Previdência Social.	22
POLÍTICA MACRO-ECONÔMICA Inclui: Plano Verão (jan/89) e medidas complementares à sua execução na área econômica strictu-sensu.	19
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL Inclui: mudança na organização da Presidência da República e Ministérios; criação/extinção de órgãos da Administração direta e indireta; criação/extinção de carreiras, cargos e funções.	12
POLÍTICA SALARIAL Inclui: políticas globais para os setores público e privado e medidas específicas de remuneração como reposição em um dado mês e abonos.	08
CRÉDITO EXTRAORDINÁRIO Autorizações de abertura de crédito extraordinário em favor do governo federal nas situações que específica	07
POLÍTICA ECONÔMICA SETORIAL Inclui: medidas econômicas em áreas específicas como Agropecuária, Habitação, Legislação Aduaneira, etc.	06
OUTROS Casos que não se encaixam nesta classificação	22
SEM INFORMAÇÃO Casos em que a ementa não possibilita conhecer o assunto de que trata a MP	11
TOTAL	107

Este quadro sugere três conclusões: 1. Dos temas de grande relevância, somente a POLÍTICA MACRO-ECONÔMICA continha também o requisito de urgência para que a MP

pudesse ser utilizada (Plano Verão e medidas complementares à sua execução). 2. Dos temas de relevância duvidosa, que poderiam ser tratados através de projetos de lei, por exemplo, e de nenhuma urgência, como ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL, percebe-se o diminuto campo de ação normativa unilateral do executivo, que tinha que submeter até as mudanças mais elementares na própria organização da Presidência da República à apreciação do legislativo. 3. Do item OUTROS, nada menos do que 22 medidas provisórias, podemos extrair alguns exemplos do show pirotécnico de MP's do governo Sarney: o Presidente determinou condições de registro provisório para estrangeiros no país (MP 9), estabeleceu o efetivo da polícia militar em Roraima (MP 77), estipulou regras para a loteria federal (MP 93), determinou o salário de bombeiros do Distrito Federal (MP 109), determinou o valor de multas por infração à legislação sanitária (MP 116), e chegou ao extremo de inscrever os nomes de Tiradentes e Deodoro da Fonseca no "Livro dos Heróis da Pátria" (MP 105). Todas, sem exceção, admitidas e transformadas em lei pelo Congresso.

Se considerarmos ainda o número total de leis promulgadas pelo Congresso neste período (340 leis) veremos que 35 % delas tiveram origem em MP's editadas pelo executivo, percentual bastante alto para um mecanismo previsto para casos de exceção.

Omitindo-se em relação à admissibilidade das medidas e mostrando-se extremamente vulnerável às iniciativas do executivo, o legislativo indicou a trilha institucional a ser adotada pelo sucessor de Sarney.

3. **Governo Collor: para além do mero intervencionismo econômico.**

A dita contradição entre um "processo legislativo de tipo parlamentarista e um sistema de governo presidencialista" chegou ao ponto máximo com o primeiro ano do governo Collor.

No início de 90, três alternativas estavam colocadas para o novo Presidente no que diz respeito ao seu relacionamento com o Congresso na implementação do plano de combate à inflação e estabilização da economia. Na verdade, eram três instrumentos para três cenários possíveis:

Alternativa 1:

instrumento: projeto de lei
cenário: situação econômica de crise relativa e boa relação com o legislativo
política econômica: pactada com ênfase nas decisões do Congresso

Alternativa 2:

instrumento: lei delegada
cenário: situação econômica de crise relativa e excelente relação com o legislativo
política econômica: pactada mas liderada pelo executivo com o aval do Congresso

Alternativa 3:

instrumento: medida provisória
cenário: situação econômica de crise aguda e difícil relação com o legislativo
política econômica: unilateral por parte do executivo.

A primeira alternativa podia ser aventada ainda nos primeiros dias de 1990. Inicialmente, o discurso do futuro governo procurou demonstrar a disposição do jovem e

aguerrido Presidente em dividir a responsabilidade das medidas econômicas com o Congresso, através do envio de projetos de lei. Contrariando seu estilo de campanha, algo como o modo "schwarzenegger" de fazer política, Collor pretendia, com esta estratégia, conquistar novos adeptos entre os partidos ainda indefinidos no Congresso. Seu alvo especial era o PSDB e setores do PMDB. Paralelamente, a equipe reunida no "bolo de noiva" preparava as medidas econômicas com a promessa dos líderes do governo de que elas seriam discutidas previamente com as demais lideranças partidárias no Congresso.

Com a evolução do quadro econômico caminhando para o descontrole hiperinflacionário, o projeto de lei foi sendo descartado em função do tempo necessário à sua apreciação pela Câmara e Senado federais. No início de fevereiro, já dando sinais de que este instrumento seria substituído por outro mais "eficaz", mas ainda insistindo na boa relação com o Congresso, afirmava o líder do futuro governo no Senado, Carlos Chiarelli (PFL-RS): "Elas (as medidas provisórias) serão a exceção. A regra é o projeto de lei." (16)

Descartado o projeto de lei (alternativa 1), a discussão se voltou para a escolha entre a medida provisória e a lei delegada. Por lei delegada, o Congresso facultaria ao Presidente da República a capacidade de legislar sobre a política econômica e o combate à inflação nas condições e abrangência especificadas através de resoluções. Frente à crise econômica, este instrumento teria maior eficácia na medida em que o executivo poderia implementar o plano de forma imediata. Por outro lado, para fazer uso desse instrumento, Collor teria que enviar os princípios básicos

(16) *Folha de São Paulo*, 01/02/90 p. A-7.

do plano ao Congresso para que este lhe delegasse a atribuição de legislar, podendo, inclusive, definir um período de apreciação posterior das medidas ou revogar, a qualquer momento, a delegação feita ao executivo.

A rejeição à lei delegada, desta vez, partiu fortemente da oposição. O argumento utilizado era que, dadas as amplas exigências de combate à inflação, seria necessária uma delegação tão abrangente de poderes que o Congresso seria obrigado a passar um "cheque em branco" ao Presidente. Ulysses Guimarães (PMDB-SP), nessa oportunidade, foi o porta-voz da oposição ao afirmar que, dada a falta de confiança, o legislativo não estava disposto a correr este risco e aconselhou o uso das medidas provisórias, segundo ele, mais "digeríveis" pelo Congresso. Ou seja, segundo o Presidente do Congresso, a MP faria o caminho inverso da lei delegada, partindo do executivo em direção ao parlamento, que assim poderia melhor controlar os atos do Presidente.⁽¹⁷⁾

Miguel Reale Júnior formulou o argumento sobre as condições necessárias à lei delegada: "O conteúdo (da resolução delegativa) não pode ser genérico, dizendo, tão só, do fim almejado pela lei delegada, nem se admite seja detalhista, antecipando-se à lei e subtraindo do executivo o campo de escolha na elaboração legislativa. No regime presidencialista a edição da resolução exige uma clareza do objeto da delegação. Só com a convergência de vontades do legislativo e do executivo, em torno de objeto nítido, ter-se-á a formulação rápida da resolução, da qual constem os

(17) *Folha de São Paulo*, 22/02/90 p. A-7.

padrões, os princípios e os critérios a serem respeitados pela lei a ser editada."⁽¹⁸⁾

Esta "convergência de vontades" da qual fala Reale Jr. se traduzia, concretamente, na capacidade de compor maioria governista no Congresso a ponto mesmo de superar as "deficiências" técnicas do mecanismo como os limites de sua abrangência, o necessário efeito surpresa e o debate por tempo excessivo entre os parlamentares. O quadro partidário, em meados de fevereiro de 90, ainda não permitia esta folgada condição do governo. Com base nas deliberações das respectivas direções partidárias às vésperas da posse, tem-se o seguinte quadro de posicionamento dos partidos no Congresso:

(18) Miguel REALE JR. "Impróprias para choque." *Folha de São Paulo*, São Paulo, 24/02/90 p. A-3.

Tabela V. POSIÇÃO DOS PARTIDOS ANTES DA POSSE DE COLLOR

PARTIDO	pró-governo		oposição "crítica"		oposição "sistemática"		indefinido	
	câmara	senado	câmara	senado	câmara	senado	câmara	senado
PMDB			160	29				
PFL	95	14						
PSDB			56	10				
PDT					32	04		
PDS	28	02						
PRN	22	02						
PTB	21	04						
PL	19	01						
PT					16	-		
PDC	16	04						
PSB					07	02		
PCdoB					06	-		
PCB					03	-		
PSC	02	-						
Outros	03						09	03
Total	206	27	216	39	64	06	09	03

Câmara: 495 deputados

Senado: 95 senadores

Total/Congresso: 570

(*)Dados obtidos através de levantamento nos jornais da época da posição assumida pelas direções partidárias.

A estratégia governista de compor maioria no Congresso através da promoção da co-responsabilidade entre os dois poderes foi se esvaindo em função da permanência, até a posse, do PMDB e PSDB na condição de "oposição

crítica" ao novo governo. Na verdade, essa condição refletia mais os efeitos da campanha eleitoral da qual saíram derrotados e também o fato de grupos internos estarem aderindo por conta própria ao novo governo (principalmente no PMDB). "Oposição crítica" significava esperar a edição das primeiras medidas para depois de analisado o mérito, manifestar-se contra ou a favor do governo.

Se a lei delegada era apropriada ao tipo de combate à inflação que se pretendia travar após 15 de março, pelo seu efeito concreto imediato, por outro lado impunha pré-condições políticas, como maioria folgada no parlamento, dificilmente disponíveis naquele contexto.⁽¹⁹⁾ A alternativa 2 também já estava descartada.

Se em algum momento a disposição de negociar as medidas com os parlamentares foi de fato verdadeira, a partir daí ela se tornou mero blefe. O veto da oposição às leis delegadas parece ter se constituído no passaporte da equipe econômica para o (ab)uso das medidas provisórias. Nas entrelinhas da declaração de Renan Calheiros (PRN-AL), futuro líder do governo na Câmara, a 03 de março de 90, estava dado o recado: "Houve um debate precipitado sobre a lei delegada e ficou a impressão de que ela é menos democrática do que a medida provisória, o que não é verdade. A oposição se unificou contra a lei delegada e, hoje, o

(19) O último lance de Collor no sentido da aproximação com o PSDB foi a indicação de José Ignácio Ferreira (PSDB-ES) para liderança do governo no Senado, no lugar de Carlos Chiarelli que fora nomeado Ministro da Educação. O tiro saiu pela culatra pois irritou ainda mais os setores do partido que defendiam a oposição ao governo, terminando com o pedido de José Ignácio de desligamento do partido.

futuro governo se sente confortável com a possibilidade de usar medidas provisórias."(20)

Paradoxalmente, o momento de conforto do governo coincidiu, assim, com a opção pelo uso daquele instrumento, que mais tarde, tiraria o sono de todos: as medidas provisórias.

O debate sobre o instrumento legislativo mais adequado à implementação do plano esfriou, embora os líderes governistas mantivessem acesa a lamparina do entendimento com o Congresso, através da promessa do envio prévio das principais medidas ao legislativo, que foi sendo adiada sucessivamente até ser afastada definitivamente às vésperas da posse, sob o argumento do sigilo necessário ao seu sucesso.

Deve-se considerar ainda que, paralelamente à lamparina do entendimento, Collor utilizava seu lança-chamas na preparação do terreno do novo governo. Numa mistura de jagunço de canapi com playboy de Brasília, bradava o novo Presidente: *"Quando eu assumir o governo da República, eu estarei declarando o meu governo em estado de guerra contra a inflação, contra os sonegadores, contra os atravessadores e contra os especuladores. Declararei esse estado de guerra, a partir do dia 15 de março."* Utilizava como combustível o apelo plebiscitário às novas medidas: *"E como todo estado de guerra exige um esforço de guerra, eu vou precisar me aliar, mais uma vez à imensa maioria do povo que me elegeu: os marginalizados, os pés descalços, os descamisados, aqueles que sofrem com esse processo."* Para justificar sua luta salvacionista, arrematava com o alcance possível de suas armas contra a inflação, após 15 de março: *"A inflação hoje,*

(20) *Folha de São Paulo*, 04/03/90, "era collar", p. 2. grifo meu

no Brasil, não é mais somente um caso de economia. Não é mais apenas um caso de descontrole. É um caso de polícia." E, concluindo, em caso de guerra, o outro lado era por definição o inimigo, num jogo de soma zero: *"A mim cabe a responsabilidade de governar o país e eu espero que todos, absolutamente todos, tenham absoluta confiança nas medidas que nós haveremos de adotar."*⁽²¹⁾ Ou ainda: *"Sou incapaz de compreender a oposição em meio termo. Não entra na minha cabeça esta história de meia oposição ou meia situação."*⁽²²⁾

Faltando cinco dias para a posse, Collor consolidava sua declaração de guerra. Ao nomear o delegado Romeu Tuma para a dupla função de Diretor da Polícia Federal e Secretário da Receita Federal, Collor afirmou que *"precisava de um símbolo. Como haverá um clima de guerra contra a sonegação a partir do dia 16, eu precisava de alguém para comandar conjuntamente as áreas técnica e policial."* Tuma seria o comandante do exército contra os sonegadores e usaria, se preciso fosse, segundo suas próprias palavras, *"o Pacaembu, em São Paulo, ou algum outro campo no Rio de Janeiro"*, para prender estes criminosos.⁽²³⁾

Empossado o Presidente, configurou-se o terceiro cenário. O impacto político da posse, a legitimidade adquirida nas urnas, a falta de credibilidade do Congresso e a explosão inflacionária permitiram a Collor, com seu temperamento agressivo e determinado, reivindicar a posse exclusiva da arma com a qual eliminaria o tigre da inflação (com um tiro só). A estratégia era demonstrar autoridade e colocar o Congresso e demais instituições na parede,

(21) *Folha de São Paulo*, 15/02/90, p.A-8. grifo meu

(22) *Folha de São Paulo*, 09/03/90, "era collar", p.5. grifo meu

(23) *Folha de São Paulo*, 10/03/90, "era collar", p.2

transformando-os em reféns da sua luta heróica e salvacionista contra a inflação.⁽²⁴⁾ Nas palavras do então ministro do Trabalho e Previdência Social, Antônio Rogério Magri, o plano era "imexível". Ou ainda, nas de Renan Calheiros: "O plano é inegociável. Caso contrário, o congresso terá que assumir o ônus de ter mutilado o plano. O congresso precisa ser sócio do plano e não coveiro do Brasil."⁽²⁵⁾

Sem entrarmos no mérito da "indignação da direita e da perplexidade da esquerda", ou seja, do próprio plano, é fato que a população demandava por soluções rápidas e eficazes frente à gravíssima conjuntura e que o plano foi considerado um tiro quase certo na inflação por amplas parcelas e setores da sociedade (mais de 80 % de aprovação nas pesquisas de opinião pública).⁽²⁶⁾

A crença de que o legislativo seria barreira difícil de ser transposta pelo Presidente, com base nas interpretações jurídicas e políticas do novo arranjo constitucional de poderes, esvaiu-se nessa nova conjuntura com a edição do primeiro conjunto de MP's. Segundo Lamounier, a medida provisória "possibilitava a formalização, por assim dizer, de uma assimetria engendrada pela situação hiperinflacionária, qual seja, a transferência para o legislativo de todo ônus eventualmente resultante da não aprovação das medidas."⁽²⁷⁾ Justamente o poder que a nova Constituição havia fortalecido encontrava-se agora refém do executivo, graças ao instrumento da MP.

(24) Cf. Luís Francisco CARVALHO FILHO. "Medidas podem gerar conflito com o legislativo." *Folha de São Paulo*, São Paulo, 18/02/90. p.A-10

(25) *Folha de São Paulo*, 20/03/90, p.A-5.

(26) Bolívar LAMOUNIER. *Depois da transição...*, p. 105.

(27) *Ibid*, p. 31-32.

Sarney havia feito uso indiscriminado da medida provisória com a conivência do Congresso. Agora, num quadro econômico gravíssimo e com o Presidente altamente legitimado pela opinião pública, dificilmente o Congresso poderia incorrer em juízo de admissibilidade das medidas no que diz respeito à sua constitucionalidade. Entre as diversas manifestações de juristas e analistas políticos sobre essa questão cabe destacar a de Ives Gandra Martins, especialista em direito constitucional e tributário: apesar das inúmeras inconstitucionalidades do plano Collor, diz Ives Gandra, *"...como cidadão, todavia, reconheço que o plano não tem retorno (...) Por esta razão, entendo que, salvo casos extremos de absoluta necessidade, o Poder Judiciário não deve ser acionado, para que não se atribua à classe dos advogados ou dos magistrados a responsabilidade pelo insucesso da iniciativa presidencial, entendo mesmo que o congresso deva, no que concerne à espinha dorsal do plano, que é o enxugamento da liquidez do mercado, não alarcear o perfil da MP 168, para que também não seja eventualmente responsabilizado (...)"*⁽²⁸⁾ A opinião manifestada pelo eminente jurista talvez não nos chamasse tanto a atenção não tivesse, ele mesmo, escrito 11 dias antes da posse do Presidente, artigo intitulado "O escravo da lei" onde exortava categoricamente *"que o respeito à ordem jurídica, que o fez presidente, seja seu lema maior para que sua autoridade ganhe a grandeza que só os estadistas possuem. Que não ceda ao canto das sereias burocráticas. Que permita que os poderes Legislativo e Judiciário sejam verdadeiros poderes, nem usurpando a função maior do primeiro, a não ser em casos excepcionalíssimos, nem entulhando o poder*

(28) Ives Gandra da Silva MARTINS, "O Plano Collor." Folha de São Paulo, São Paulo, 24/03/90, p.A-3

Judiciário de questões porque a sociedade decidiu contestar violações do governo a seus direitos fundamentais. Que o presidente de todos os brasileiros seja um escravo - o maior de todos os escravos - da ordem constitucional, que tem a obrigação de preservar. Só assim, após 30 anos, se poderá dizer que o Brasil é uma democracia real e um autêntico Estado de Direito."(29)

As opiniões absolutamente díspares do eminente jurista são representativas do clima de absoluta perplexidade que tomou conta dos meios jurídico e político do país àquela altura, divididos entre a condenação por inconstitucionalidade das medidas governamentais e a aprovação compulsória das mesmas frente ao risco maior da hiperinflação.

Segundo Lamounier, algumas linhas de análise poderiam ser utilizadas na tentativa de explicar a situação institucional instalada com o plano Collor I. Dentre as três sugeridas pelo autor, uma delas me parece especial e deve ser desenvolvida: "(...) os primeiros meses do governo Collor - e em verdade foi ele quem delimitou um primeiro período de 100 dias - equivaleram a algo comparável à 'ditadura' no antigo sentido romano, isto é, a um governo caracterizadamente de emergência, formado por período e com objetivo determinados, com base nos critérios legais vigentes, mas ao mesmo tempo autorizado a exorbitar desses critérios para poder implantar medidas drásticas e excepcionalmente urgentes."(30)

Esta analogia é bastante sugestiva quando relacionamos, dentre o primeiro conjunto de medidas

(29) Ives Gandra da Silva MARTINS, "O escravo da lei." *Folha de São Paulo*, São Paulo, 04/03/90, p.A-3

(30) Bolívar LAMOUNIER. *Depois da transição...*, p. 33.

provisórias, aquelas sobre as quais pesaram fortes questionamentos quanto à constitucionalidade:

Quadro VI. AS INCONSTITUCIONALIDADES DO PLANO COLLOR I

M P	Assunto	Inconstitucionalidades
148	Venda de imóveis da União no Distrito Federal	Segundo os critérios apontados acima, todas estas medidas poderiam ser questionadas por não atenderem os pressupostos de urgência e relevância que devem ser observados na edição de medidas provisórias.
149	Venda de imóveis da União no distrito Federal	
150	Reforma da organização da Presidência e Ministérios	
151	Extinção de entidades da Adm. Pública Federal	
152	Dispõe sobre as entidades de previdência privada e suas patrocinadoras no âmbito da Adm. Púb. Federal	
155	Programa Nacional de Desestatização	
157	Criação de Certificados de Privatização	
170	Gastos com carros oficiais	
159	Normas de conduta dos servidores públicos civis da União, das Autarquias e Fundações Públicas	Tal matéria comportava regulação por decreto, não sendo necessário o uso de medida provisória.
153	Crimes de abuso do poder econômico	Matéria de direito penal não é passível de tratamento por medida provisória.
156	Crimes contra a Fazenda Pública	
154	Política Salarial	Princípio da Irredutibilidade do salário. A prefixação desconsiderou a inflação do período 15/02 a 15/03.

160	Altera a cobrança de IOF	Novos impostos só podem ser criados por Lei Complementar e só vigoram no ano fiscal posterior
167	Imposto de renda sobre a atividade rural	
169	Dívida Ativa da União	Exige tratamento por Lei Complementar
168	Institui o Cruzeiro e dispõe sobre a liquidez dos ativos financeiros	O recolhimento de recursos dos indivíduos pelo Estado configura empréstimo compulsório. De acordo com o art.158 da CF, este só pode ser criado por Lei Complementar. Ademais, o art.158 não permite empréstimo compulsório com esta finalidade. No máximo, a MP 168 poderia se encaixar na hipótese de "investimento público de caráter urgente e relevante." Neste caso, porém, o empréstimo só poderia ser cobrado no ano fiscal seguinte
173	Proibição de liminares contra o plano	Esta MP fere princípios constitucionais: o da separação e independência entre os poderes e o princípio da não exclusão da apreciação judicial de qualquer lesão ou ameaça de direito (art. 2o. e 5o.,XXXV da CF)

A descrição e análise das batalhas jurídicas em torno dessas medidas e outras editadas no transcorrer de 1990 merecem um capítulo à parte. Voltarei a essa questão no capítulo seguinte quando analisarei a atuação do STF em torno de três delas. Por enquanto, julgo necessário ressaltar o seguinte paradoxo inspirado na analogia proposta por Lamounier: embora a Constituição de 88 tenha consagrado o princípio da separação de poderes com ênfase no poder legislativo e no papel de mediador político do judiciário, na prática, o que se verificou foi um executivo alçado à condição de poder superior aos demais e à própria sociedade. A meu ver, isto foi possível sobretudo graças ao mecanismo

da MP: enquanto instrumento legislativo do executivo, ela foi a responsável pela inversão dos atributos constitucionais de um Congresso pretensamente forte, frente a uma Presidência pretensamente fraca. E mais: para além daquela assimetria da qual nos fala Lamounier, o que se viu por ocasião do plano Collor foi a possibilidade, através de um instrumento legal no âmbito de uma Constituição democrática, de recomposição do papel arbitrário do executivo federal na produção unilateral de soluções para a crise econômica, fato este bastante costumeiro nos longos anos de autoritarismo da história política brasileira.

Gostaria de insistir sobre este paradoxo. José Serra, deputado federal pelo PSDB de São Paulo, em artigo de 27/03/90, intitulado *Ansiedades*, enumera três de suas principais preocupações quanto ao destino do plano econômico: 1. a possibilidade da depressão econômica; 2. a intimidação policial e seu efeito bumerangue - produção de incertezas que levariam a comportamentos desestabilizadores da economia e 3. as inconstitucionalidades das medidas provisórias. Sobre esta última, diz o deputado: "Neste caso, coloca-se um paradoxo: como tais dispositivos já foram acionados, a eventual revogação deles produziria situações explosivas. O exemplo mais claro é a retenção de 80 % dos ativos financeiros privados no Banco Central. Alguém duvida que sua revogação conduziria instantaneamente à hiper? Nesse caso, a alternativa é difícil e *imperfeita*; mas única: o congresso negociar com o executivo as mudanças que, sem alterar os parâmetros macroeconômicos essenciais do plano, *lhe conferisse a constitucionalidade necessária*, mediante

leis ordinárias e complementares e de modificações nas próprias disposições transitórias da constituição."⁽³¹⁾

A medida provisória tinha demonstrado sua força: frente à restrita órbita normativa de atuação do executivo a MP possibilitou a produção de uma situação sem volta. Quanto à sua fraqueza (os pressupostos exigidos, os limites de abrangência, etc.) restaria, nas palavras do deputado, "lhe conferir a constitucionalidade necessária." A hipótese juridicamente absurda de "constitucionalização" do plano foi de fato defendida por vários parlamentares, mas nem isso era possível fazer em função da "imexibilidade" total do plano imposta pelo governo.

O quadro seguinte mostra o grau de aproveitamento no Congresso, das iniciativas *compulsórias* de lei do Presidente durante o ano de 90:

(31) José SERRA. "Ansiedades." *Folha de São Paulo*, São Paulo, 27/03/90, p.A-2, grifo meu.

Tabela VI. MEDIDAS PROVISÓRIAS - GOVERNO COLLOR (1990)

medidas editadas apenas uma vez	
transformadas em lei	32
vencidas sem renovação	00
rejeitadas pelo Congresso	06
revogadas pelo executivo	02
outras (*)	01
total	41
medidas reeditadas:	
transformadas em lei	21
vencidas sem renovação	02
rejeitadas pelo Congresso	02
reeditada em jan/1991	01
outras (*)	02
total	28
total "líquido"	69
total "bruto" (*)	143

(*1) Casos que não se encaixam nesta classificação (MP 168, MP 177 e MP 185).

(*2) A diferença entre o total "bruto" de MP's deste período (143) e o total "líquido" de resultados finais de cada uma delas (69) diz respeito a 74 reedições. Isto decorre do fato de que discriminei-as em medidas editadas apenas uma vez e medidas reeditadas.

Como se pode ver pela tabela, os índices de aproveitamento das medidas editadas e reeditadas foram de, respectivamente, 80 e 75 %. Se compararmos, entretanto, este grau de aproveitamento com o quadro anterior de

inconstitucionalidades flagrantes das MP's, podemos concluir que a tese da "ditadura romana" não é mera ilustração.

O quadro a seguir traz o número de medidas transformadas em lei, por assunto, nesse período.

Quadro VII. MEDIDAS PROVISÓRIAS TRANSFORMADAS EM LEI, POR ASSUNTO. GOVERNO COLLOR (MAR-90/DEZ-90)

ASSUNTO	MP's
IMPOSTOS/CONTRIBUIÇÕES Inclui: mudanças no Imposto de Renda, tributação sobre operações financeiras (IOF), imposto de renda sobre atividade rural, imposto de importação, FINSOCIAL, etc.	12
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL Inclui: mudanças na organização da Presidência da República e Ministérios; extinção de órgãos da Administração direta e indireta; normas de conduta do servidor público e aplicação de pena de demissão	12
POLÍTICA MACRO-ECONÔMICA Inclui: normas complementares à execução da MP 168, do ponto de vista econômico strictu-sensu, como preços, atualização de bônus do Tesouro Nacional, etc.	05
POLÍTICA ECONÔMICA SETORIAL Inclui: comercialização/industrialização de trigo; exportação/importação de álcool, açúcar e derivados habitação, etc	04
PRIVATIZAÇÃO DE ESTATAIS	03
CRÉDITO EXTRAORDINÁRIO Autorizações de abertura de crédito extraordinário em favor do governo federal nas situações que específica	03
POLÍTICA SALARIAL Inclui: política salarial dos servidores públicos civis e militares	02
ALIENAÇÃO DE BENS IMÓVEIS DA UNIÃO	02
MENSALIDADES ESCOLARES	02
OUTROS Casos que não se encaixam nesta classificação	04
SEM INFORMAÇÃO Casos em que a ementa não possibilita conhecer o assunto de que trata a MP	04
TOTAL	53

Deve-se ressaltar que o total de 53 MP's é aparentemente baixo devido, na verdade, ao grande número de reedições neste período. Enquanto Sarney fez uso da reedição 22 vezes entre outubro de 88 e março de 90, Collor foi responsável por 73 reedições em menos de um ano, entre março e dezembro de 1990. Estes dados indicam que Collor legislou unilateralmente mais tempo do que seu antecessor. Precisamente, 6 vezes mais. Além do excesso de reedições, as MP's desse período foram responsáveis por 37 % das leis promulgadas entre março e dezembro de 90. Ou seja, além de se substituir ao parlamento na tarefa de legislar através das sucessivas reedições de MP's, o governo foi ainda o autor de mais de 1/3 das leis produzidas neste período, note-se, somente no que diz respeito à medida provisória.

Enquanto IMPOSTOS/CONTRIBUIÇÕES e ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL apresentam maior número de MP's convertidas em lei pelo Congresso, é justamente na POLÍTICA MACRO-ECONÔMICA que podemos encontrar o maior número de reedições (caso da MP 168, por exemplo). Estes dados permitem aventar algumas hipóteses: 1. a reforma administrativa, além de ser assunto da responsabilidade direta do Presidente, era algo relativamente consensual entre os parlamentares. Contava também com o apoio popular baseado na bandeira da "moralização". Não havia motivos para rejeitá-la. 2. Já a questão fiscal e tributária, além de fundamental para a estabilização econômica, não poderia esperar muito tempo pela manifestação do Congresso, dado o risco da insegurança jurídica produzida pelo impacto das MP's. Como as medidas do governo, embora com vários pontos inconstitucionais, não eram tão polêmicas, o Congresso tratou logo de aprová-las. 3. O mesmo não se pode dizer da política econômica strictu

sensu, embora tivesse ela mais importância e profundidade do que as alterações fiscais e tributárias. Aqui, de forma propositada, tanto executivo como Congresso não se esforçaram muito pela aprovação das medidas. O primeiro porque não queria ver sua iniciativa "distorcida" pelo parlamento, e as reedições lhe asseguravam a íntegra das medidas. O segundo, depois de aprovar a MP 168, julgou ter dado a sua contribuição ao Presidente e, a partir daí, o resto era com ele.

CAPÍTULO V

O SISTEMA HÍBRIDO DE CONTROLE CONSTITUCIONAL E O PLANO COLLOR I

Introdução

Como vimos no capítulo anterior, o mega-choque do plano Collor I produziu nos seus primeiros dias um governo *de fato*, à revelia e contra o Direito. Tal situação, como vimos, originou-se basicamente de 3 fatores: primeiro, do próprio sistema político de separação de poderes e sua pedra de toque, a medida provisória; segundo, da crise econômica e da hiperinflação iminente que exigiam respostas drásticas e eficazes; terceiro, mas não menos importante naquele contexto, da falta de maioria confiável no parlamento associada à estratégia de "imexibilidade" do plano, com a transferência do ônus aos demais poderes pelo eventual fracasso da iniciativa presidencial, caso as medidas não fossem aprovadas.

Não houve sequer uma medida provisória do plano Collor I, como demonstramos acima, capaz de sair completamente ileso de uma aferição de constitucionalidade formal ou de mérito. Uma interpretação rigorosa das medidas frente à Constituição derrubaria uma após outra, indubitavelmente. O Congresso Nacional, emparedado pelo Presidente e sem parâmetros normativos para julgar a admissibilidade das MP's, rendeu-se à situação *de fato*, aprovando-as contra o Direito estabelecido na Constituição. No máximo, tentou com grande esforço "constitucionalizar" os erros principais, alterando aspectos inconstitucionais,

mediante negociação com o executivo. Mas, como vimos, a postura de negociador, por parte do governo, era enganosa e a caneta presidencial correu solta para vetar as poucas alterações feitas pelos parlamentares.

Como respondeu o Supremo Tribunal Federal, quando provocado, às inconstitucionalidades do plano? Como reagiu o próprio governo frente à possibilidade e risco de ver minado o plano pelas ações judiciais interpostas nas instâncias inferiores do judiciário? São estas as questões principais deste capítulo.

A análise que se segue optou pelo "estudo de caso" de três medidas provisórias: a 168 que instituiu o cruzeiro e bloqueou os cruzados novos no Banco Central; a 173 que proibiu a concessão de liminares contra o plano e a 190, reeditada com o mesmo teor da MP 185 que havia sido rejeitada pelo Congresso. Esta possibilitava ao Presidente do Tribunal Superior do Trabalho suspender as sentenças dos Tribunais Regionais em dissídios coletivos.

1. A medida provisória 168 e o bloqueio dos cruzados novos.

O eixo do plano Collor I foi sem dúvida a medida provisória 168, de 15 de março de 1990, que instituiu a nova moeda - o cruzeiro -, dispôs sobre a liquidez do mercado e deu outras providências complementares para a reforma monetária.⁽¹⁾

(1) Obviamente, foge aos limites desse trabalho qualquer consideração de ordem econômica sobre o mérito dessa e de outras medidas do plano Collor I.

Embora quatro anos nos separem desse episódio, penso que ainda guardamos na memória, e alguns no próprio bolso, o significado do golpe desferido contra a inflação por intermédio do primeiro conjunto de medidas provisórias, particularmente a 168. O país ficou completamente estarecido: a população dividida entre a defesa da iniciativa presidencial e a corrida aos bancos, numa tentativa frustrada de liberar algo mais do que os 50 mil cruzados novos disponíveis em suas contas; os economistas majoritariamente eufóricos com o tamanho da paulada; e os juristas transtornados com o esfacelamento da Constituição mas incapazes de deslanchar qualquer reação importante.

Juridicamente, a medida provisória 168 era inteiramente inconstitucional. Contra ela logo se levantaram os especialistas em direito tributário, mas seu coro de lamentações não foi efetivamente considerado nem pelo Congresso e muito menos pela equipe econômica.

Ainda em março de 90, outras duas medidas provisórias, a 172 e a 174, foram editadas especificamente para alterar pontos da MP 168. Segundo Saulo Ramos, a primeira versão de alguns artigos da MP 168 "foi redigida por alguém inteiramente leigo em direito. Pelas expressões usadas, impróprias e estapafúrdias, o texto demonstra não ter tido revisão de advogado. É obra exclusiva de economista e de economista muito ignorante."⁽²⁾

Mas o Congresso, após longa negociação com o governo, em torno principalmente do limite de saque da conta corrente e da poupança, acabou aprovando na íntegra a MP 168 e fez promulgar a lei 8024/90, desconsiderando as alterações introduzidas pela 172 e 174. Como não houve alteração no

(2) Saulo RAMOS. *Estarecedoras trapalhadas legislativas*. Folha de São Paulo, São Paulo, 25/04/90, p.A-3.

texto original da primeira medida, a nova lei não teria que se submeter à sanção presidencial, momento em que o executivo poderia vetar os artigos que procurou modificar através das duas medidas provisórias seguintes. Assim, a lei 8024/90 revogou as medidas 172 e 174 que revogavam parte da MP 168 que deu origem à própria lei 8024/90.

A novela legislativa não acabou aí. Uma vez promulgada a nova lei pelo Congresso, o executivo tratou de renovar a 172 e a 174 através da edição da MP 180, acrescentando ainda outras alterações. Segundo Saulo Ramos, "depois de uma decantada vitória no congresso, expõe-se o governo a surpresas desagradáveis, pois reabriu nova luta com a remessa ao legislativo dos textos tantas vezes alterados. Choverão emendas. Deu-se aos adversários mais uma oportunidade para alterarem o plano. É um cochilo imperdoável."⁽³⁾

Entretanto, a essa altura, o vai-e-vem de medidas provisórias já era tanto que o executivo passou a modificá-las através de simples portarias e resoluções do Ministério da Economia - a MP 168 lhe dava poderes para isso - sendo que quase sempre de forma inconstitucional.⁽⁴⁾ A MP 180 não foi apreciada pelo Congresso e, passados 30 dias da edição, foi reeditada pela MP 184. Esta, por sua vez, também não foi apreciada pelo Congresso e nem sequer reeditada pelo executivo, ao final do seu prazo de validade. Dessa forma,

(3) Ibid, p. A-3

(4) O ministro Paulo Brossard, em julgamento da ADIn 293-7 que veremos a seguir, assim se manifestou sobre uma dessas resoluções: "(...) um órgão da administração cometeu erro tão taludo, ao criar imposto mediante resolução, que espantou o país e, às pressas, foi tornado sem efeito, pois o Procurador Geral da República já estava pronto para ajuizar a adequada ação direta contra o insólito solecismo jurídico."

depois de tantas reviravoltas, que consumiram os três primeiros meses de governo, acabou prevalecendo a lei 8024/90 que reproduziu na íntegra o texto da MP 168 de 15 de março de 90.

Diante desse quadro, pensar em algum tipo de resistência às medidas governamentais, por exemplo ações na justiça, exigia não só um certo nível de coragem e recursos, mas também um poder quase mágico de previsão por parte de advogados e demais interessados frente à atuação tresloucada da equipe econômica.

Vivemos um outro tipo de inflação neste período: a inflação legislativa. A cada dia novas medidas eram baixadas pelo governo, desautorizando opiniões jurídicas emitidas na véspera e obrigando os advogados a reformular diuturnamente as estratégias de defesa de seus clientes.⁽⁵⁾

a. As principais inconstitucionalidades da MP 168 e da lei 8024/90.

Além da inflação legislativa que marcou a reforma monetária pretendida pelo governo, o eixo da MP 168 foi considerado inconstitucional pela maior parte dos

(5) Walter CENEVIVA, com razoável poder de previsão, já havia antecipado essa disputa um mês e meio antes da posse de Collor em artigo intitulado *Advogados esperam muito das medidas econômicas*. Folha de São Paulo, 04/02/90. Inicialmente, relembra episódios recentes na Argentina onde o plano econômico do Presidente Carlos Menen violou direitos individuais e se transformou em "fonte de renda" para os advogados argentinos. Sobre o Brasil, antecipa: "Parece certo que o ano será agitado para os advogados, ante a perspectiva de um grande número de questões judiciais e extra-judiciais que serão acrescentadas ao mundo jurídico pelas transformações radicais que o governo criará, na economia."

especialistas em direito tributário e constitucional, pelo menos em dois aspectos principais: a retenção dos cruzados novos pelo Banco Central, configurando empréstimo compulsório, e os leilões de troca da velha moeda por cruzeiros, com efeitos de confisco.

Com relação ao primeiro, na vigência do texto constitucional de 67/69 era possível instituir empréstimos compulsórios com vistas ao combate inflacionário. Na verdade, o texto anterior não definia claramente as hipóteses de empréstimo compulsório, remetendo à legislação complementar a sua disciplina. Assim, complementava o Código Tributário Nacional em seu art.15 que:

"Somente a União, nos seguintes casos excepcionais, pode instituir empréstimos compulsórios:

- I. guerra externa, ou sua iminência;**
- II. calamidade pública que exija auxílio federal impossível de atender com os recursos orçamentários disponíveis;**
- III. conjuntura que exija a absorção temporária de poder aquisitivo.**

parágrafo único. A lei fixará obrigatoriamente o prazo do empréstimo e as condições de seu resgate, observando, no que for aplicável, o disposto nesta lei."

Com a promulgação da nova Constituição, a disciplina dos empréstimos compulsórios passou a ter status constitucional e dela foi retirada a hipótese de "absorção temporária de poder aquisitivo." Diz o art. 148 da Constituição de 1988:

"A União, mediante lei complementar, poderá instituir empréstimos compulsórios:

- I. para atender a despesas extraordinárias, decorrentes de calamidade pública, de guerra externa, ou sua iminência;**
- II. no caso de investimento público de caráter urgente e de relevante interesse nacional, observado o disposto no art.150,III,b.**

parágrafo único. A aplicação dos recursos provenientes de empréstimo compulsório será vinculada à despesa que fundamentou sua instituição."

Vê-se daí que o novo texto constitucional, além de explicitar as hipóteses de empréstimo compulsório, revogou o item III do artigo 15 do CTN.⁽⁶⁾ Assim, era flagrante que a retenção dos cruzados novos pelo Banco Central não contava com legitimidade constitucional.

No máximo, uma ginástica jurídica poderia encaixar a ação do governo no inciso II do artigo 148. Mas este mesmo artigo era claro em dois pontos: a necessidade de lei complementar para instituir o empréstimo e, no caso do inciso II, a observância do art. 150,III,b que veda à União a cobrança de tributos "no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou". Portanto, mesmo que o bloqueio dos cruzados se encaixasse naquela hipótese, não escaparia da inconstitucionalidade de ter sido veiculado por medida provisória, ao passo que a Constituição fala em lei complementar, e de ter sido efetivado imediatamente, no mesmo exercício financeiro em que foi instituído.

O mesmo art.150, inciso IV, veda à União a utilização de tributo com efeito de confisco. Ora, diziam os

(6) Ives Gandra da Silva MARTINS. *O Plano Brasil Novo e a Constituição: aspectos jurídicos e econômicos do Plano Brasil Novo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990. pg.8. Aqui novamente temos um exemplo de previsão jurídica equivocada em relação ao limites constitucionais do novo governo. Ives Gandra, citando ele mesmo em trabalho de 1988, diz: "A revogação do art.15,III, do CTN torna sem sentido a especulação sobre um 'calote' interno que tem sido apresentado pelos candidatos à presidência. A moratória, sem concordância do Parlamento, é inócua e inconstitucional, razão pela qual nem este, nem o próximo governo poderão instituí-la sem alterar a Constituição Federal." Exatamente o que fez Fernando Collor com a MP 168.

tributaristas, a conversão dos cruzados novos em cruzeiros através dos chamados "leilões" obedecia a uma paridade desproporcional. Assim, estas trocas de moeda acarretariam perdas irreparáveis para os titulares das contas bancárias e aplicações financeiras bloqueadas, na medida em que os cruzados novos valeriam bem menos que os cruzeiros. A inconstitucionalidade desse confisco disfarçado era também flagrante na MP 168.⁽⁷⁾

Como vimos, as inconstitucionalidades da medida provisória 168 eram notórias. Em termos políticos, entretanto, não houve grande resistência do Congresso que acabou aprovando a MP na íntegra. Em termos econômicos, a hipótese de "voltar atrás" no bloqueio dos cruzados deixava sem dormir os principais economistas do país: a MP havia retido 80% dos ativos financeiros, cerca de 115 bilhões de dólares, e a sua liberação conduziria instantaneamente à hiperinflação.

Diante desse quadro, a batalha final do governo contra os descontentes e prejudicados com as novas medidas dar-se-ia em outro terreno: na esfera judicial.

Como vimos nos capítulos anteriores, o governo teria que enfrentar, na verdade, uma dupla batalha. Como as ações interpostas na justiça contra os atos do Presidente seriam baseadas na arguição de inconstitucionalidade de suas medidas, o sistema híbrido de controle constitucional das leis propiciava essa interposição em dois níveis: pela via

(7) O ministro Paulo Brossard, em julgamento da ADIn 223-6, que veremos a seguir, depois de considerar todos estes aspectos, conclui: "Assim, ou se trata de confisco, ou de empréstimo compulsório, ou de apropriação pura e simples. Mas apropriação do alheio tem um nome e uma definição no Código Penal."

incidental junto à justiça federal de primeira instância e, pela via direta, junto ao próprio Supremo Tribunal Federal.

Infelizmente, embora eu tenha tentado de forma exaustiva obter dados estatísticos nesse sentido, não é possível dimensionar com exatidão a quantidade de ações interpostas na justiça federal de primeiro grau contra a medida provisória 168, e muito menos o resultado dos julgamentos nesse caso.

Entretanto, como já foi assinalado neste trabalho, a justiça federal é uma espécie de ramo do judiciário privativo para as questões de governo. Ou seja, ela é o foro especial onde o governo pode ser atacado, direta ou indiretamente, onde se defende dos particulares e onde os ataca também. Assim, como é de amplo conhecimento que os últimos anos têm sido marcados por medidas governamentais de validade jurídica duvidosa, era de se esperar que isto se refletisse nos números gerais disponíveis sobre o desempenho da justiça federal. É o que veremos a partir da tabela seguinte:

Tabela VII. NÚMERO DE PROCESSOS DISTRIBUÍDOS E JULGADOS NA JUSTIÇA FEDERAL DE 1o. GRAU, POR REGIÃO, ENTRE 1988 E 1991.

Região	1988		1989		1990		1991	
	dist	judg	dist	judg	dist	judg	dist	judg
1a.	43627	49702	64670	37878	55037	35746	107034	42323
2a.	49821	44057	47408	27071	48996	42588	115507	49459
3a.	46803	42318	53812	29535	79078	41990	352103	98479
4a.	33204	30583	53050	25721	47260	33719	81777	40820
5a.	20254	27655	32425	17904	27701	21753	69572	36947
Brasil	193709	194315	251365	138109	258072	175796	725993	268028

Onde a 1a. região inclui as seções judiciárias de GO, DF, MG, BA, MT, MA, PI, PA, RO, AM, AC e TO. A 2a. região inclui RJ e ES. A 3a. região inclui SP e MS. A 4a. região inclui RS, PR e SC. A 5a. região inclui PE, SE, CE, AL, RN e PB.

FONTE: TOURINHO NETO, Fernando da Costa. "A Atuação dos Tribunais Regionais Federais, de 1989 a 1991." in: *Cartilha Jurídica*. Tribunal Regional Federal da 1a. Região. Brasília, maio de 1992. Quadro 7, p.21.

Como se vê, o incremento de processos distribuídos ocorrido entre os anos de 1988 e 1991 é simplesmente de 274,79%, considerando o total de regiões em que se divide a justiça federal brasileira. Somente o crescimento dos processos distribuídos entre os anos de 1990 e 1991, portanto no governo Collor, é da ordem de 181,31%, ao passo que entre 88 e 89 é de 29,76%, e entre 89 e 90 apenas 2,67%.

Outro dado impressionante é que entre os anos de 90-91, o crescimento do número de processos distribuídos na 3a. região, que inclui o estado de São Paulo, é de 345,26%. E no período 88-91 este crescimento atinge a cifra extraordinária de 652,31% !

Diante desses números, embora sem o elemento de quais matérias substantivas foram tratadas nesses processos, uma inferência se torna obrigatória: o crescimento de processos na justiça federal brasileira, e particularmente em alguns estados onde ele foi acentuadíssimo, tem relação direta com a macro intervenção econômica operada em 15 de março de 1990.

Ademais, sabe-se, através de revistas e jornais da época, que foi de fato muito grande o volume de ações visando a liberação dos cruzados novos e também o número de decisões judiciais favoráveis a essa liberação tanto na primeira instância da justiça federal como nos Tribunais Regionais Federais.⁽⁸⁾

Contra essas decisões, o governo agiu de duas formas: interpondo recurso em cada um dos processos julgados contrariamente a ele, até que se atingisse a instância superior do Supremo Tribunal Federal, e interferindo no próprio judiciário através da medida provisória 173 que proibia a concessão de liminares em ações contrárias ao plano.

Com relação ao STF e às ações de inconstitucionalidade, os dados levantados também indicam forte crescimento do número de processos no decorrer dos dois primeiros anos do governo Collor.

(8) Dados aproximados têm sido utilizados nesse sentido, mas sem nenhuma garantia de exatidão. Ver, por exemplo, José Eduardo FARIÁ. *Direito e Modernização na Democratização Brasileira*. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 89. O autor fala em 120 mil processos contra o Banco Central, em todo o país, em abril de 1991, baseado na Revista *Veja*, de 24-04-91; e fala também que "Como os magistrados que julgaram os primeiros processos contra o bloqueio dos cruzados novos consideraram inconstitucional o programa econômico do governo, houve uma corrida inédita aos tribunais por parte dos titulares de contas de poupança."

Tabela VIII. AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE (OUT/88-DEZ/92)

	1988	1989	1990	1991	1992	total
ADINs entradas	11	159	254	233	166	823
ADINs contra MPs	00	06	25	13	01	45

Fonte: Seção de Matéria Constitucional do STF.

Como se vê, somente o ano de 1990 representa 30% das ações diretas que deram entrada no STF entre outubro de 88 e dezembro de 92. Em relação a 89, o crescimento das ações diretas no primeiro ano do governo Collor é de 60%. O ano de 91, ainda sob o impacto das medidas econômicas, apresenta 46% de crescimento em relação a 89 mas, já indicando um arrefecimento do ânimo governamental, também apresenta um decréscimo em relação a 90 (-8%). Em 1992, já na chamada fase "soft" do novo governo, o número de ações de inconstitucionalidade volta praticamente ao patamar de 1989. Adotando-se o mesmo procedimento para as ações de inconstitucionalidade interpostas especialmente contra medidas provisórias, temos um quadro bem mais acentuado: Entre 89 e 90 ocorre um crescimento de 316%; entre 90 e 91 há um decréscimo de -48% e entre 91 e 92 este percentual é de -92%.

b. As decisões do STF sobre a medida provisória 168.

No que diz respeito à medida provisória 168, o Supremo Tribunal Federal foi acionado em diferentes momentos através de duas formas principais: 1. *diretamente* através de ação de inconstitucionalidade e mandados de segurança impetrados contra os responsáveis pela medida provisória e 2. *indiretamente* através de recursos extraordinários interpostos contra as decisões de segunda instância da justiça federal. Uma análise dos julgamentos demonstrará como, em ambos os casos, o governo saiu vitorioso no terreno judicial de disputa com os prejudicados pela MP 168. No primeiro caso, veremos como as ações diretas e os mandados de segurança foram indeferidos não pelo mérito mas por razões exclusivamente *processuais*. No segundo, veremos como as causas oriundas das instâncias inferiores da justiça federal somente chegaram ao Supremo quando todas as parcelas de cruzados novos já tinham sido devolvidas, *ficando prejudicadas as ações por perda de objeto*.

Ações Diretas de Inconstitucionalidade 211 e 259.

A Ordem dos Empresários do Brasil, logo após a edição do plano Collor I, entrou com ação direta de inconstitucionalidade (ADIn 211-2 Distrito Federal), com pedido de liminar, junto ao Supremo Tribunal Federal.⁽⁹⁾

(9) BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade No. 211-2 Distrito Federal. Agravo Regimental. Ordem do Empresários do Brasil e Presidente da República. Relator Ministro Moreira Alves. 23 de maio de

Indicado como relator, o ministro Moreira Alves determinou que se juntasse ao processo documentos necessários que não tinham sido apresentados pela Ordem, como os seus estatutos e também o texto da medida provisória impugnada. Em 17 de abril de 1990, o advogado da Ordem dos Empresários requereu prorrogação do prazo, pedido deferido pelo ministro relator que determinou nova data para a entrega dos referidos documentos (02/05/90). Entretanto, este novo prazo também não foi cumprido levando o ministro Moreira Alves a negar seguimento à ação de inconstitucionalidade. Contra essa decisão, recorreu o advogado da Ordem em agravo regimental que deu entrada no protocolo do Tribunal em 22/05/90. Como o despacho do relator negando seguimento à ação havia sido publicado em 14/05/90 e o prazo de interposição de agravo regimental é de apenas cinco dias, o recurso da Ordem dos Empresários deveria ter sido protocolado no Supremo no máximo até o dia 21/05/90. Em face disso, o ministro relator Moreira Alves não conheceu do agravo regimental e mais uma vez negou seguimento à ação. A decisão é de 23/05/90.

Em 25 de abril de 1990, o plenário do STF reuniu-se para julgar ação direta de inconstitucionalidade (ADIn 259-7 Distrito Federal) interposta pelo Partido dos Trabalhadores contra o Presidente da República.⁽¹⁰⁾ Segundo o ministro relator Moreira Alves, a ADIn 259-7 atacava a inconstitucionalidade das medidas provisórias 148, 149, 150, 151, 152, 153, 154, 156, 157, 158, 159, 160, 161, 162, 163,

1990. Serviço de Jurisprudência do STF. Ementário 1585-1 p. 19-22.

(10) BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade No.259-7 Distrito Federal. Partido dos Trabalhadores e Presidente da República. Relator Ministro Moreira Alves. 11 de março de 1991. Serviço de Jurisprudência do STF. Ementário 1692-1 p. 13-33.

167, 168, 169 e 173, com pedido de liminar contra todas elas. Como tais medidas, naquele momento, encontravam-se em condições diversificadas, umas já transformadas em lei, outras revogadas pelo próprio executivo, outras ainda em apreciação no Congresso, o ministro relator foi obrigado a diferenciar, no texto de seu próprio relatório, as condições em que se encontravam tais medidas e os remédios cabíveis em cada um dos casos. Assim, julgou prejudicado o pedido de liminar mas não o prosseguimento da ação para as MP's 148, 149, 150, 151, 152, 154, 158, 159, 160, 161, 163, 167, 168, 169 e 173, e ainda, *si et in quantum*, o pedido de liminar quanto às MP's 153 e 156 e, por fim, julgou prejudicado o pedido de liminar e a própria ação para as MP's 157 e 162. Da mesma forma, foi acompanhado pelos ministros Celso de Mello e Sepúlveda Pertence até que o ministro Paulo Brossard pediu vista do processo, provocando o adiamento do julgamento.

Somente em 28 de novembro de 1990, o plenário do STF voltou a discutir a ADIn 259-7 quando se reuniu para ouvir o pronunciamento de Paulo Brossard. O ministro que havia pedido vista do processo inicia seu voto propondo a extinção da ação, entendendo que a mesma não preenchia os requisitos legais para ser objeto de julgamento no Supremo Tribunal Federal.

Segundo Brossard, a ação de inconstitucionalidade interposta pelo PT, através de seu advogado Hélio Bicudo, continha alegações demasiadamente genéricas e pretendia a declaração de inconstitucionalidade de várias medidas provisórias numa só tacada. Sem fundamentação jurídica e sem especificar as inconstitucionalidades de cada medida, a ADIn 259-7 se baseava apenas na falta de competência do

Presidente da República para editar medidas provisórias. "Ora, esta alegação é absolutamente inepta, porque bem ou mal, o Presidente da República tem essa competência por cláusula expressa da Constituição", diz Brossard. Não era possível conhecer de uma ação feita assim, por atacado, sem fundamentação jurídica do pedido de impugnação de cada ato presidencial em questão.

Brossard, ao final, ainda lança um alerta: "Quando a Constituição dá a determinadas entidades legitimação para ajuizá-las (ADIns), não dá gratuitamente, não é apenas para homenagear esta ou aquela autoridade, esta ou aquela entidade, é para que estas entidades possam prestar verdadeiro serviço público; é *munus* que essas entidades estão qualificadas a exercer, no sentido da defesa da integridade constitucional, da sanidade jurídica da Nação através desse processo excepcional de extraordinária grandeza e importância, que é a ação direta de inconstitucionalidade. O STF não pode ser transformado em uma espécie da 'roda dos expostos' à porta do qual e a seus cuidados sejam abandonados os rebentos espúrios ou assim supostos e para os quais os autores não voltam mais os olhos."

Após o voto do ministro Brossard, o relator do processo, ministro Moreira Alves, afirmou que "já de há muito, quando tínhamos competência legislativa por meio de nosso regimento interno, sugeri fosse colocada nele norma que estabelecesse que, nas representações de inconstitucionalidade, só se poderia atacar em cada uma um único ato normativo." E depois de fazer referência a ação direta em que era relator o ministro Celso de Mello, onde mais de cem artigos de uma Constituição estadual foram

impugnados, e de lembrar que no caso da ADIn 259-7 eram dezenove medidas provisórias arguidas de inconstitucionalidade sob fundamentação genérica, propôs o adiamento do julgamento, para que o Tribunal, em Conselho, examinasse genericamente a matéria, e fixasse "uma orientação a ser aplicada uniformemente às hipóteses semelhantes."

Quase quatro meses depois, em 11/03/91, reuniu-se novamente o plenário do Supremo para o julgamento da ADIn 259-7. O então ministro relator Moreira Alves, que havia pedido adiamento do processo, reformou seu voto de 25/04/90 e, acompanhando a argumentação de Paulo Brossard, manifestou-se pelo não conhecimento da ação. "(...) É necessário, em ação direta de inconstitucionalidade, que venham expostos os fundamentos jurídicos do pedido com relação às 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, como sucede no caso", justificou Moreira Alves.

Assim, acompanharam o novo voto do relator os ministros Carlos Velloso, Sepúlveda Pertence, Néri da Silveira e Marco Aurélio, além de Paulo Brossard que havia suscitado o entendimento de que a ação carecia de condições mínimas de aceitabilidade pelo Tribunal. Este último, na ocasião, confirmando seu voto anterior, afirmou que o Tribunal não poderia se transformar em autor da ação, através de deduções longíquas de um pedido genérico da parte: "se a Constituição confere a determinadas entidades a eminente prerrogativa de suscitar um pronunciamento do

Supremo Tribunal, também lhe imputa o ônus de questionar adequadamente." A decisão é de 11/03/91.

Mandados de Segurança 21077-0 e 21136-9.

Vicente Alencar, do estado de Goiás, impetrou mandado de segurança contra a medida provisória 168 editada pelo Presidente da República, exigindo a liberação total de seus cruzados novos bloqueados no Banco Central.⁽¹¹⁾

Designado relator do processo (MS 21.077-0 Goiás), o ministro Celso de Mello indeferiu o pedido do impetrante com base em dois aspectos principais: 1. invocando a súmula 266 do STF, reafirmou que não cabe mandado de segurança contra lei em tese e 2. que a autoridade coatora, contra a qual caberia o mandado de segurança, não era o Presidente da República mas sim o Banco Central do Brasil.

Na verdade, o julgamento deste processo exigiu um debate mais aprofundado do que aqueles que vimos anteriormente, embora tenha se mantido no nível exclusivamente *processual* da questão, sem tocar no mérito da inconstitucionalidade da medida provisória 168.

A argumentação do ministro Celso de Mello procurou demonstrar que, entre a edição da medida provisória e a recusa dos bancos em liberar os cruzados novos, havia uma série de atos executivos baseados nas regras abstratas contidas na MP, de responsabilidade de outras autoridades e não do Presidente da República. A idéia de que existiam dois

(11) BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Mandado de Segurança No.21.077-0 Goiás. Agravo Regimental. Vicente Alencar e Presidente da República. Relator Ministro Celso de Mello. 09 de maio de 1990. Serviço de Jurisprudência do STF. Ementário 1588-2 p.255-276.

momentos, isto é, primeiro a edição da MP pelo Presidente e depois os atos executivos da medida por autoridades inferiores já havia sido levantada em outro processo pelo ministro Sepúlveda Pertence (MS 21.082). Tratava-se, dessa forma, de demonstrar que o mandado de segurança impetrado por Vicente Alencar identificava erroneamente o Presidente da República como a autoridade coatora contra a qual se debatia a parte pela liberação de seus cruzados novos.

A MP 168, enquanto apenas editada pelo Presidente, era lei em tese. Dependia da ação de outros para ganhar concretude e era contra estes que o mandado de segurança teria que se insurgir.

Da mesma forma, contra o ato do Presidente, por configurar lei em tese, só caberia o remédio da ação declaratória de inconstitucionalidade, não podendo ser substituída pelo mandado de segurança. "Normas em tese - que se qualificam como tais em função do seu tríplice atributo de generalidade, impessoalidade e abstração - não se expõem ao controle jurisdicional por via de mandado de segurança", afirmou Celso de Mello.

Tendo sido negado seguimento à ação, Vicente Alencar entrou com agravo regimental onde retomou as alegações iniciais e se insurgiu especificamente contra a indicação de que o único remédio neste caso seria a ação direta de inconstitucionalidade, considerando-a o "mesmo que lhe fechar as portas do judiciário (...) já que somente as pessoas relacionadas no art.103 da Carta Magna têm legitimidade para ajuizar diretamente tais ações..."

No julgamento do agravo, então, o próprio ministro Celso de Mello, após reafirmar o entendimento de que não cabe mandado de segurança contra lei em tese, apontou a

alternativa correta a ser utilizada pelo impetrante: "A impossibilidade jurídico-processual de um simples particular discutir, em abstrato, a legitimidade constitucional de atos do Poder Público, não lhe suprime o direito, inquestionável, de postular, pela via formalmente adequada, a sua invalidação judicial. O acesso limitado à ação direta de inconstitucionalidade não inibe a parte, com legítimo interesse moral ou econômico, de suscitar o controle incidental ou difuso de constitucionalidade das leis, cuja aplicação - exteriorizada pela prática de atos de efeitos individuais e concretos - seja por ela reputada lesiva ao seu patrimônio jurídico."

Em outras palavras, dado o sistema híbrido de controle constitucional vigente no país, cabia a Vicente Alencar, um simples particular, fazer uso da forma adequada à defesa de seus direitos, isto é, a arguição de inconstitucionalidade na parte difusa do sistema através do modo incidental de julgamento. No STF, e contra o Presidente da República, esses direitos só poderiam ser defendidos pela via da ação direta contra lei em tese, da qual o mandado de segurança não era sucedâneo, e cuja legitimidade de proposição estava restrita à lista do art. 103 da Constituição.

Nesta decisão, à exceção de Paulo Brossard, acompanharam o voto do relator Celso de Mello os ministros Sepúlveda Pertence, Octávio Gallotti e Célio Borja.

Paulo Brossard foi a voz dissonante neste e em outros julgamentos similares sobre a medida provisória 168. Sua argumentação partiu do entendimento de que não havia discordância sobre a força da súmula 266 do STF, segundo a

qual não cabe mandado de segurança contra lei em tese, mas sim sobre o que se deve entender por lei em tese.

Citando em seu voto vários autores e também outros julgamentos do próprio STF onde tal discordância já havia surgido, Brossard procurou demonstrar que o Tribunal poderia acolher a ação interposta por Vicente Alencar contra o Presidente da República.

"Enquanto o eminente ministro Celso de Mello sustenta tratar-se de lei em tese e por isso o descabimento do mandado de segurança, tenho como inequivocamente cabível o mandado de segurança por tratar-se de lei cujos efeitos são concretíssimos. Penso que, *raras vezes, uma norma terá maior e mais intensa concretitude*. No exato momento em que as normas questionadas entraram em vigor com sua publicação, estava ferido, frontalmente, o direito líquido e certo do impetrante, o ato lesivo ao direito individual estava produzido por si só, independente de qualquer ato de execução." (grifo do autor)

Brossard desenvolve então seu voto no sentido de demonstrar como a MP 168, e a lei 8024/90 em que se converteu, não precisou de nenhum ato posterior de autoridade subordinada para que tivesse efeito concreto e com isso ferisse direito adquirido do impetrante do mandado de segurança. Se a sua demonstração surtisse efeito, então o Presidente da República poderia figurar no processo como autoridade coatora.

Nesse caso, portanto, a declaração de inconstitucionalidade não seria o fim da ação mas o fundamento da decisão do Tribunal no esforço de garantir os direitos lesados da parte. E recorre à jurisprudência do

próprio STF para demonstrar decisões nesse sentido em casos similares.

Após relatar a condição do impetrante de ter seus cruzados novos bloqueados pelo Banco Central, conclui seu voto afirmando que "se eu tivesse de escolher um exemplo para ilustrar, didaticamente, a hipótese largamente admitida na jurisprudência desta Corte e na doutrina nacional, das leis que por operarem concretamente, por si só, lesando direitos individuais, ensejam o mandado de segurança, dificilmente lograria indicar caso mais expressivo." Em consequência, Brossard dá provimento ao agravo regimental para que o mandado de segurança tenha curso; um voto vencido. A decisão do Tribunal negando seguimento à ação por maioria de votos é de 09/05/90.

A argumentação de Paulo Brossard, baseada em votos anteriores até de ministros que integravam o próprio Tribunal naquele momento, caso do ministro Néri da Silveira, demonstrou no mínimo que o terreno era movediço e que o caso encerrava outro entendimento, diferente daquele defendido pelo ministro Celso de Mello. Entretanto, dar seguimento ao mandado de segurança naquele contexto seria admitir a possibilidade de uma avalanche de processos, movidos por simples particulares, junto ao Supremo Tribunal. E mais, implicaria, uma vez aceito os termos do mandado, na análise e julgamento do mérito da própria MP 168 no que diz respeito à sua constitucionalidade formal e material.

Evidentemente, não se pode afirmar que a negação do pedido de Vicente Alencar tenha sido uma manobra por parte do Tribunal para, mantendo-se no nível possessual da questão, furtar-se ao julgamento do mérito constitucional da MP 168. Juridicamente, o entendimento defendido por Celso de

Mello e acompanhado pelos demais ministros era tão válido quanto aquele defendido isoladamente por Paulo Brossard, uma vez que o caso propiciava diferentes interpretações. Entretanto, ao fazer a sua opção, o Tribunal excluiu a possibilidade de dar garantia aos direitos individuais lesados pelo ato presidencial, indicando, no máximo, que outras vias processuais mais adequadas poderiam ser acionadas pelos particulares. A derrota de Brossard, nesse sentido, foi uma derrota no nível processual que marcou a mudança do campo de disputa para outras esferas judiciais.

Mandado de segurança idêntico foi interposto por Gastão Luiz F. G. Lobo D'Eça, de São Paulo, sendo decidido nos mesmos termos do mandado anterior, inclusive com a simples transposição dos respectivos votos, alterando-se apenas os aspectos formais da ação (MS 21 136-9 São Paulo). A decisão, que por maioria de votos nega seguimento ao mandado de segurança e indefere o agravo regimental, é de 17/08/90.⁽¹²⁾

Mandados de Segurança 21.082-6 e 21.089

Das decisões vistas acima, do STF nos mandados de segurança, pode-se dizer que foi o único momento em que o Presidente Collor se sentiu satisfeito em não ser responsabilizado diretamente pelos efeitos concretos da MP 168 e da lei 8024/90. Este entendimento possibilitou que o Presidente não figurasse diretamente como autoridade coatora

(12) BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Mandado de Segurança No.21.136-9 São Paulo. Agravo Regimental. Gastão Luiz Ferreira Gama Lobo D'Eça e Presidente da República. Relator Ministro Carlos Velloso. 17 de agosto de 1990. Serviço de Jurisprudência do STF. Ementário 1594-2 p.184-188.

contra a qual se impetravam os mandados de segurança e possibilitou ao STF não ter que apreciar o mérito da constitucionalidade da MP 168.

As decisões vistas acima firmaram o entendimento de que o ato presidencial se restringia à edição da medida provisória e que, contra ela, por ser lei em tese, não cabia o recurso do mandado de segurança. Este, por sua vez, só poderia ser interposto contra a autoridade responsável pela execução da medida provisória, como coatora dos direitos e garantias individuais lesados nessa execução.

Assim, dois novos mandados de segurança deram entrada no STF: 1. de Tercila Tereza M. Mérida contra o Presidente da República, Ministro da Economia, Ministro da Justiça e Banco Central (MS 21.082-6 Distrito Federal)⁽¹³⁾ e 2. proveniente de São Paulo contra o Presidente da República e Chefe Regional do Banco Central (MS 21.089 São Paulo)⁽¹⁴⁾

É de se notar que, na lista dos impetrados, o nome do Presidente passa a ser acompanhado de outros como os ministros da Economia e Justiça e diretores do Banco Central.

Para o mandado de segurança 21.082-6 foi designado relator o ministro Sepúlveda Pertence. Encontramos em seu relatório a explicação para essa ampliação da lista das autoridades coatoras contra as quais se insurgiu a impetrante: é que, tomando como precedente os casos anteriores onde o Tribunal firmou o entendimento de que os efeitos concretos da MP 168 dependiam na verdade de outras

(13) BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Mandado de Segurança No.21.082-6 Distrito Federal. Agravo Regimental. Tercila T.M. Mérida e Presidente da República, Ministros da Economia e Justiça e Banco Central. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. 09 de maio de 1990. Serviço de Jurisprudência do STF. Ementário 1588-2 p.277-295.

(14) Leon Frejda SZKLAROWSKY. Medidas Provisórias, p.136.

autoridades que lhe dessem execução, Tercila Mérida se antecipou a essa objeção e interpôs seu mandado de segurança também contra os ministros da Economia e Justiça além do próprio Presidente do Banco Central. Mas, segundo o ministro relator, "a argumentação, em tese, correta, não é pertinente à espécie, ao menos, no que interessa à fixação da competência originária do Supremo Tribunal Federal. De fato, à Corte só competiria o julgamento originário do pedido se a coação pudesse ser imputada ao Senhor Presidente da República."

Ou seja, a impetrante havia feito uso da munição correta mas errou no alvo. Em sede de mandado de segurança, a competência originária do Supremo não contempla o julgamento de autoridades como os ministros de Estado e presidente do Banco Central. Estas autoridades estão sob a jurisdição originária do Superior Tribunal de Justiça no caso de mandados de segurança.

Em outras palavras, a impetrante havia incorporado o entendimento de que o Presidente da República não tinha responsabilidade direta pelos efeitos concretos da MP 168 e detectado com precisão quais as autoridades executivas que deram concretidade ao ato presidencial, mas errou grosseiramente ao impetrar o mandado de segurança contra estas autoridades junto a um Tribunal que não tem jurisdição originária sobre estes casos.

"Assim, com base no art.22, parágrafo 1o., Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, nego seguimento ao pedido de segurança contra o Senhor Presidente da República e, conseqüentemente, tendo por manifesta a incompetência do Supremo Tribunal Federal, para o restante,

determino a remessa dos autos ao Superior Tribunal de Justiça", concluiu Sepúlveda Pertence.

Acompanharam o relator os ministros Celso de Mello, Octávio Gallotti e Célio Borja. Contra estes, levantou-se mais uma vez o ministro Paulo Brossard, cujo voto reproduz na íntegra aquele proferido por ocasião do mandado de segurança 21.077-0. A decisão que por maioria de votos negou seguimento ao mandado é de 09/05/90.

Da mesma forma foi julgado o mandado de segurança 21.089 mas com a diferença de que uma das autoridades que figuravam como coatoras no processo era o chefe regional do Banco Central em São Paulo. Assim, reafirmou-se o entendimento da inaplicabilidade do mandado de segurança contra o ato presidencial e restituiu-se o feito ao Juiz Federal de São Paulo, sob cuja jurisdição encontrava-se o funcionário do Banco Central. A decisão, por despacho do ministro relator Sepúlveda Pertence, é de 29/03/90.

O Recurso Extraordinário n. 149587-1 e a Suspensão de Segurança n. 330-5.

Como vimos acima, o campo de batalha dos particulares contra o governo foi deslocado para as instâncias inferiores da justiça federal. À primeira vista, estrategicamente, isto poderia ser prejudicial ao plano econômico uma vez que é conhecido o apego dos juízes singulares à letra da lei e contra interferências ou razões de ordem política em seus julgamentos. E, de fato, nesta perspectiva a MP 168 e a lei 8024/90 seriam facilmente fulminadas. Entretanto, contra esta tendência o executivo

tinha uma arma infalível: a lentidão da própria justiça. Ou seja, bastava ser capaz de interpor recursos em cada decisão de primeira ou segunda instância da justiça federal que o tempo encarregar-se-ia de fazer o resto. Mas isto, obviamente, tendo em vista os julgamentos de mérito. O único risco, neste primeiro momento, encontrava-se na possibilidade de uma avalanche de liminares concedidas nessas instâncias, onde o fator tempo não seria barreira suficiente, e cujo efeito imediato dificilmente poderia ser corrigido pela intervenção do governo. Se concedidas em ampla escala, as liminares fulminariam o plano econômico.

Antevendo este risco, o próprio executivo tratou de editar medida provisória proibindo a concessão de liminares contra as novas medidas econômicas, assunto que trataremos adiante.

A tabela anterior (tabela VII), que traz o número de processos distribuídos e julgados entre 1988 e 1991 na justiça federal de 1o. Grau, pode nos dar uma idéia do que significava apostar na lentidão da justiça como uma forte aliada do plano econômico. Enquanto o crescimento do número de processos distribuídos entre 1990 e 1991 foi da ordem de 181%, no mesmo período o crescimento do número de processos julgados foi da ordem de 52%. Se tormarmos um período maior, entre 1988 e 1991, essa relação é ainda mais dramática: o número de processos distribuídos cresceu 274% e o número de processos julgados cresceu apenas 38%.

A eficácia do fator tempo na defesa dos interesses do governo na justiça pode ser avaliada pelo julgamento do Recurso Extraordinário n. 149587-1. Como vimos, é através do recurso extraordinário que o STF tem a possibilidade de efetivar o controle da constitucionalidade das normas no

modo incidental. A origem dos processos, neste caso, se dá nas instâncias inferiores da justiça federal e sobe até o STF, através do recurso extraordinário, nas hipóteses previstas no art.102, III, da Constituição Federal. Trata-se, portanto, de caso concreto em cujo processo foi arguida a constitucionalidade da lei.

O recurso extraordinário n. 149587-1 foi interposto pelo Banco Central contra decisão do Tribunal Regional da 1a. Região favorável à Associação Brasileira dos Criadores do Cavalo Árabe.⁽¹⁵⁾

Na justiça federal de primeira instância, a Associação de Criadores havia obtido resultado favorável no que diz respeito a três aspectos: 1. liberação dos ativos financeiros retidos por força da Lei 8024/90; 2. fim da incidência do I.O.F. instituído pela lei 8023/90 e 3. determinação da correção monetária dos ativos bloqueados de acordo com os índices do IPC. Contra essa decisão recorreu o Banco Central ao TRF que reformou a decisão anterior no que diz respeito aos dois últimos aspectos: considerou que a correção monetária daqueles valores não havia sido requisitada pela parte no processo, sendo a decisão do juiz monocrático *ultra petita* (além do pedido); e com relação ao segundo aspecto, o impetrante havia identificado erroneamente a autoridade coatora no caso da cobrança do IOF, a exemplo do que vimos acima nos mandados de segurança contra o Presidente da República. O juiz federal de primeira instância não detectou a falha que foi também corrigida pelo

(15) BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário No.149.587-1 São Paulo. Questão de Ordem. Banco Central do Brasil e Associação Brasileira dos Criadores do Cavalo Árabe. Relator Ministro Moreira Alves. 26 de agosto 1992. Serviço de Jurisprudência do STF. Ementário 1674-4 p.955-960.

TRF. Restou, portanto, confirmada no mérito apenas a decisão inicial relativa ao desbloqueio dos cruzados novos da Associação dos Criadores.

Contra essa decisão, recorreu o Banco Central ao Supremo Tribunal. A essa altura, muito tempo já havia se passado desde a edição da MP 168. Tanto que, após ouvida a manifestação da Procuradoria Geral da República, o retorno dos autos ao ministro relator Moreira Alves só se deu em 13/08/92. Em função disso, o ministro submeteu questão de ordem ao plenário do STF: "Sendo notório que acaba de ser liberada a última parcela de devolução dos ativos financeiros bloqueados para conversão parcelada em cruzeiros, o presente recurso extraordinário, que ataca o acórdão recorrido que concedeu a segurança para a liberação dos ativos financeiros do impetrante por entender inconstitucional o bloqueio dos cruzados determinado pela Lei n 8024/90, perdeu o seu objeto (restauração do bloqueio) por fato superveniente à referida decisão."

Em face do exposto, julgou prejudicado o recurso extraordinário do Banco Central. A decisão, unânime, é de 26/08/92.

Neste caso, o tempo agiu favoravelmente ao governo e é de se supor que, em termos gerais, o período correspondente entre o julgamento na primeira instância até a apreciação dos recursos pelas instâncias superiores foi relativamente homogêneo nas cinco regiões em que se divide a jurisdição da justiça federal, ou seja, justamente o intervalo entre o bloqueio dos cruzados novos em março de 1990 e a liberação das últimas parcelas em meados de 1992.

Uma das poucas vezes em que o STF se viu obrigado a se manifestar sobre o mérito da MP 168 e da lei 8024/90

foi o julgamento da suspensão de segurança n. 330-5.⁽¹⁶⁾ Tratava-se de recurso do Banco Central contra decisão do TRF da 5a. Região concedendo mandado de segurança pela liberação de cruzados novos. Para tanto, o BC sustentava a existência de perigo de grave lesão à economia pública e à ordem jurídica:

"Visando as milhares de demandas judiciais à conversão, antes do cronograma desenhado pelo Governo Federal, de cruzados novos para cruzeiros, sua já potencial ocorrência acarretará o ingresso de nada menos que 3,3 vezes a base monetária existente, correspondente, em março de 91, a 2.023.811 trilhões: ou algo como 6% do PIB.(...)

Esse incremento não planejado de recursos monetários, via liberações judicialmente determinadas, ocasionará repentino aumento do consumo o qual, a curto prazo não terá correspondência no lado da produção.

Assim, a curto prazo, haverá inevitavelmente escalada inflacionária, vitimando em sua maior parte pessoas de baixa renda, cujo consumo é principalmente destinado à própria sobrevivência (gêneros alimentícios e vestuário), gêneros esses que se mostram rapidamente sensíveis à alta de preços."

A essa altura, já estávamos em junho de 1991. De acordo com o Regimento Interno do STF, art.297,⁽¹⁷⁾ e a Lei 4.348, de 26 de junho de 1964, pode o Presidente do Tribunal decidir isoladamente em casos dessa natureza, suspendendo a execução da sentença concessiva de mandado de segurança, mediante requerimento da pessoa jurídica de direito público, neste caso o Banco Central. Mas isto apenas quando convencido do real perigo de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública.

(16) BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Suspensão de Segurança No.330-5 Distrito Federal. Agravo Regimental. Nair Cauás e outros e Banco Central do Brasil. Relator Ministro Presidente Sydney Sanches. 05 de novembro de 1992. Serviço de Jurisprudência do STF. Ementário 1687-1 p.72-78.

(17) *Regimento Interno e Súmula do Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Editora Atlas. 1993. Manuais de Legislação Atlas, Vol 13. 10a. Edição.

O despacho do então Presidente ministro Sydney Sanches, em 19 de junho de 1991, reflete justamente essa compreensão quando acata as alegações do Banco Central e, pela primeira vez, saindo em parte do campo meramente processual, reconhece o impacto que poderia causar uma decisão judicial contrária ao disposto pela MP 168 e pela lei 8024/90. Digo em parte, porque a sentença do Presidente Sydney Sanches impediu apenas a concessão da segurança, ao passo que o exame da constitucionalidade do ato presidencial não poderia ser feita isoladamente pelo Presidente do Tribunal. Essa suspensão vigoraria durante o processamento dos recursos extraordinários, ficando sem efeito se decisão posterior confirmasse as sentenças obtidas na instância inferior. Assim como o julgamento do recurso extraordinário visto acima, este caso só voltou ao plenário do STF quando já não havia cruzados novos a serem desbloqueados. A decisão final julgando prejudicada a ação por votação unânime, dada a perda de objeto, é de 05/11/92.

2. A medida provisória 173 e a proibição de concessão de liminares em ações contra o plano.

Como vimos, o risco maior que corria o plano econômico, na esfera judicial, localizava-se na primeira instância da justiça federal, particularmente na possibilidade de ampla concessão de liminares contra as medidas provisórias do executivo.

Em outras palavras, era a parte difusa do sistema de controle constitucional das leis que preocupava o autor das medidas. Todo e qualquer juiz poderia, no exame de casos

concretos de sua competência, declarar a inconstitucionalidade dos atos normativos do executivo e até mesmo daqueles transformados em lei pelo Congresso.

De fato, embora não haja dados disponíveis sobre o volume de ações na justiça contra as medidas provisórias, nem sobre a tendência predominante dos julgamentos, sabe-se que foi algo suficiente para tirar a tranquilidade da equipe econômica já nos primeiros dias de implementação do plano.

Tanto que, em 18/03/90, o governo lançava mão de mais um expediente, à primeira vista arbitrário, para garantir a intocabilidade do plano: a medida provisória 173. Dizia seu art. 1o.: "Não será concedida medida liminar em mandado de segurança e em ações ordinárias ou cautelares decorrentes das Medidas Provisórias números 151, 154, 158, 160, 161, 162, 164, 165, 167 e 168, de 15 de março de 1990, aplicando-se-lhes o disposto no parágrafo único do art. 5o. da Lei 4348, de 26 de junho de 1964." Este último determinava que "os mandados de segurança a que se refere este artigo serão executadas depois de transitada em julgado a respectiva sentença." (Lei 4348, art. 5o. parágrafo único)

Assim, a medida 173 encerrava na verdade duas novas regras: 1. proibia a concessão de liminares e 2. definia que a execução da sentença em mandados de segurança só se daria após transitada em julgado.

A reação nos meios jurídico e político foi imediata: Como retirar do poder judiciário a possibilidade de garantir direitos individuais resguardados pela Constituição? Como, frente às ações judiciais contra os atos inconstitucionais do Presidente, o próprio poder executivo poderia unilateralmente privar os cidadãos de se defenderem na justiça?

Logo em seguida à edição da medida provisória, o Partido Democrático Trabalhista (PDT) entrou com ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de liminar, contra a MP 173.

Negado o pedido pelo Supremo Tribunal Federal em 05 de abril de 1990, a MP 173 foi reeditada treze dias mais tarde pela MP 181. No dia 24 do mesmo mês, o executivo editou nova medida, a 182, revogando a 181 e acrescentando outros aspectos à proibição da concessão de liminares: desta vez, estabelecia o prazo de 30 meses para a proibição e incluía outras medidas que não constavam da lista inicial (as MP's 178, 179 e 180). A MP 182 não foi apreciada pelo Congresso no prazo de 30 dias e, em 24 de maio, foi reeditada pela 186. Da mesma forma, passados outros 30 dias, foi reeditada pela 192 em junho. Com o recesso parlamentar de julho, também a 192 perdeu eficácia sendo reeditada pela 197 em 25 de julho de 1990. No mesmo dia, a assessoria jurídica do governo percebeu a existência de falhas na MP 197 e revogou-a no dia seguinte, através da edição da MP 198. A proibição de concessão de liminares em mandados de segurança tinha se tornado inócua contra 10 leis originárias de medidas provisórias do plano econômico, uma vez que o prazo legal para apresentação desse recurso é de 120 dias a contar da publicação das medidas no Diário Oficial. A MP 198 mantinha essa proibição, então, apenas para 3 leis do plano Collor e para a totalidade das medidas apenas no caso de ações cautelares.⁽¹⁸⁾ Finalmente, em agosto, o Congresso aprovou a medida provisória 198 que se transformou na lei 8076/90.

(18) *Folha de São Paulo*, 26/jul/90, p.A-4.

A estratégia do governo ao proibir a concessão de liminares em ações contrárias ao plano tinha um objetivo bastante claro: pela via direta de controle constitucional, o STF já tinha dado sinais de que não interferiria na implementação das novas medidas, ciente de que decisões contrárias ao executivo conduziriam à hiperinflação; mas, pela via incidental e difusa, o governo não tinha qualquer garantia de decisões favoráveis. Pelo contrário, as decisões judiciais de primeira instância pareciam ir no sentido oposto. Como, então, obstruir as ações judiciais sem afrontar o princípio da independência e separação de poderes? A tendência autoritária inicial do governo estava perdendo força, mediante a reação de setores políticos e da sociedade frente à escalada de arbitrariedades que teve na prisão de empresários e na invasão do jornal Folha de São Paulo, lastreada nas MP's 153 e 156, seu ponto máximo.

Neste contexto, o remédio contra as ações na justiça não poderia ser exagerado. Proibir a concessão de liminares era algo admissível tanto pela doutrina jurídica quanto pela jurisprudência dos tribunais, e não acarretaria uma interferência excessiva na independência do judiciário. O cálculo do governo, neste caso, era que a própria lentidão da justiça federal encarregar-se-ia de fazer o resto: proibindo as liminares, no plano imediato as medidas estariam a salvo, ao passo que o julgamento do mérito das ações judiciais seria jogado para um futuro distante e incerto.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade 223-6.

O PDT foi o autor da ADIn 223-6, com pedido de liminar, contra a medida provisória 173.⁽¹⁹⁾ Designado relator, o ministro Paulo Brossard foi o primeiro a votar na sessão do plenário do STF em 04/04/90, que examinava apenas a medida liminar requerida pelo PDT. Votou no sentido da concessão parcial do pedido, excetuando a MP 151 da lista indicada na MP 173, e restringindo as demais à possibilidade de contestação apenas pelo mandado de segurança para que "possa ele ser empregado na defesa de todo e qualquer direito líquido e certo, e particularmente de direito individual constitucional ou direito fundamental."

Em seguida, votou o ministro Celso de Mello que se manifestou pela concessão integral da liminar postulada pelo PDT.

Após a manifestação do ministro Sepúlveda Pertence, que votou pelo indeferimento do pedido, o julgamento foi suspenso em virtude do pedido de vista do ministro Sydney Sanches. No dia seguinte, em nova sessão para examinar a matéria, votaram os ministros Sydney Sanches, Célio Borja, Octávio Gallotti, Aldir Passarinho, Moreira Alves, e por último, o próprio Presidente do Tribunal, ministro Néri da Silveira, todos manifestando-se pelo indeferimento da medida cautelar solicitada pelo PDT.

O resultado de 7 X 2 no Supremo foi comemorado pelo Presidente da República e pela equipe econômica como o

(19) BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade No. 223-6 Distrito Federal. Partido Democrático Trabalhista e Presidente da República. Relator Ministro Paulo Brossard. 05 de abril de 1990. Serviço de Jurisprudência do STF. Ementário 1587-1 p.01-89.

fim da fase de "risco jurídico" na implementação das novas medidas.⁽²⁰⁾

A discussão travada no Supremo Tribunal pelos nove ministros presentes à sessão foi marcada por relativa homogeneidade de argumentos em ambos os lados, entre os favoráveis à concessão e entre aqueles que indeferiram o pedido do PDT. Dentre os nove votos, gostaria de me deter na análise de três deles: o de Celso de Mello a favor da concessão da liminar, o de Sepúlveda Pertence contra o PDT e o de Sydney Sanches que, embora também tenha se manifestado pelo indeferimento, é o que mais expressa a tensão existente entre as considerações de natureza jurídico-formal e as de natureza política que caracterizam a vida da Corte suprema brasileira.

Celso de Mello baseou seu voto no princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional de qualquer lesão de ordem jurídica, consagrado no direito brasileiro desde a Constituição de 1946. Na atual, este princípio está expresso no art. 5, XXXV, onde se lê que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

O princípio da inafastabilidade da apreciação judicial, segundo Celso de Mello, seria composto de dois aspectos principais: de um lado, o direito do indivíduo à proteção judicial de seus direitos e, de outro, a impossibilidade do Estado de se afastar da efetiva tutela jurisdicional desses direitos, via ação do Poder Judiciário. Assim, conclui o ministro, essa correlação entre o direito subjetivo ao processo e a obrigatoriedade da prestação jurisdicional pelo Estado "não pode ser unilateralmente

(20) *Folha de São Paulo*, 06/04/90, p. A-8.

rompida pelo Poder Público, sob pena de configurar, o ato de sua inobservância, uma frontal ofensa ao dogma do *judicial review*."

Embora a maioria dos ministros que votaram nesta sessão tenha mencionado a existência de precedentes legislativos do mesmo teor da MP 173, todos foram unânimes no reconhecimento de que nenhum deles tinha a amplitude e a generalidade da medida provisória baixada por Collor.

Celso de Mello ainda complementou seu argumento sobre o princípio da inafastabilidade do controle judicial ao considerar que, além de procurar resguardar os direitos lesados ou ameaçados de lesão, o processo cautelar visava garantir o bom andamento da própria ação principal. Citando José Frederico Marques sobre esse ponto, assinala Celso de Mello em seu voto: "necessário se torna (...), para que os fins do processo não fiquem substancialmente comprometidos ou frustrados, que se impeçam, dentro do possível e razoável, os efeitos lesivos, de caráter irreparável, que possam advir da dilação ou demora processual."

O poder cautelar deferido ao juiz não só visaria a defesa de direitos lesados ou ameaçados de lesão mas também o resultado do próprio processo onde a medida cautelar é apenas uma das fases.

Por tudo isso, conclui o ministro: "não vejo como inibir o Poder Judiciário, de modo genérico e absoluto, de conceder provimentos liminares, em sede mandamental ou cautelar, nos procedimentos judiciais instaurados em função das medidas de política econômico-financeira e monetária do novo Governo." E em seguida manifesta-se pela concessão integral da liminar requerida pelo PDT.

Sepúlveda Pertence partiu em seu voto do mesmo ponto assinalado por Celso de Mello: o princípio constitucional da inafastabilidade da apreciação judicial de lesão ou ameaça a direito. Mais do que uma garantia da proteção jurisdicional ao cidadão, tal princípio seria garantia do próprio Poder Judiciário uma vez que expressa a obrigatoriedade do Estado em reconhecer a independência deste ramo de poder.

Sepúlveda Pertence registra, entretanto, que tal preocupação quanto à gravidade de eventuais supressões desse princípio constitucional não deve ser tomada, em seu voto, como "oposição de princípio a condicionamentos e limitações legais ao exercício do poder cautelar do juiz." E, em seguida, tomando rumo diverso do adotado por Celso de Mello, afirma que "é inegável certa tendência ao abuso das virtualidades da tutela cautelar inicial."

Ora, diz o ministro, se o poder cautelar tem em vista também a garantia da eficácia do próprio processo, "é preciso não esquecer (que ele) traz consigo o risco do constrangimento precipitado, porque derivado essencialmente de uma cognição incompleta, a eventuais direitos da parte contrária àquela a quem se defere a medida cautelar."

A parte contrária, neste caso, representava medidas de ordem econômica geral em doses jamais vistas pela história brasileira.

Reconhecendo a tendência ao abuso do poder cautelar, Sepúlveda Pertence relembra que uma das características deste instrumento é justamente a sua provisoriedade. Isso implica em dizer, segundo o ministro, que o provimento cautelar deve ser reversível ou pelo menos

reparável no curso do processo principal, coisa que o abuso das liminares estaria pondo em risco.

Mas os argumentos de Celso de Mello e Paulo Brossard tinham de fato sensibilizado o ministro Sepúlveda Pertence, particularmente os que se referiam à generalidade e imprecisão da MP 173. Os precedentes legislativos invocados também em seu voto eram todos bastante específicos e voltados para situações concretas e particulares. Nada comparável à amplitude da MP 173. "Até onde as restrições são razoáveis, até onde são elas contenções, não ao uso regular, mas ao abuso do poder cautelar, e onde se inicia, inversamente, o abuso das limitações e a consequente afronta à jurisdição legítima do Poder Judiciário?", pergunta Sepúlveda Pertence.

Segundo o ministro, esta questão não poderia ser respondida no âmbito do pedido de liminar na ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo PDT. E considerando que era grave a situação econômica naquele momento, ponderou que "a suspensão indiscriminada da medida provisória poderia trazer consequências da maior seriedade para a política econômica em desenvolvimento."

Assim, embora tenha negado ao final o pedido de suspensão cautelar da medida provisória, Sepúlveda Pertence concluiu seu voto apresentando uma solução alternativa para o problema da inconstitucionalidade do ato presidencial contestado em função do princípio constitucional previsto no art.5, XXXV. Tratava-se de reconhecer que o sistema de controle constitucional brasileiro, uma "inérita simbiose institucional", era capaz de promover a defesa dos direitos individuais em casos concretos, através do modo difuso e incidental de julgamento.

As dificuldades apresentadas para a suspensão, em tese, da medida provisória pelo Supremo Tribunal poderiam ser melhor solucionadas no julgamento dos casos concretos submetidos à apreciação judicial difusa. Isto porque, "em cada caso concreto, nenhuma medida provisória pode subtrair ao juiz da causa um exame da constitucionalidade, inclusive sob o prisma da razoabilidade, das restrições impostas ao seu poder cautelar, para, se entender abusiva essa restrição, se a entender inconstitucional, conceder a liminar, deixando de dar aplicação, no caso concreto, à medida provisória, na medida em que, em relação àquele caso, a julgue inconstitucional, porque abusiva."

Parece incrível, mas a dedução lógica do voto de Sepúlveda Pertence era que a MP 173, que visava constranger os juízes singulares, era inócua porque estes não estavam obrigados a obedecê-la.

Estes dois votos, de Celso de Mello e Sepúlveda Pertence, demonstram como juridicamente havia saída para ambos os lados. Politicamente, entretanto, a questão era mais complexa: decidir a favor do PDT poderia significar golpe fatal contra o plano econômico; decidir contra seria abdicar de um preceito constitucional favorável ao Judiciário com consequente perda de legitimidade para a própria instituição. A saída, como vimos, foi indicar que, se para o STF era difícil a decisão em tese, a disputa dos particulares com o Governo teria que ser travada no campo difuso do controle constitucional, onde o exame de cada caso concreto poderia desconsiderar a MP 173 e ao mesmo tempo não produzir tanto impacto como o que ocorreria numa declaração de inconstitucionalidade em ação direta. Preservava-se o

plano econômico e preservava-se a imagem da instituição judiciária.

Os argumentos jurídicos frequentemente obscurecem as questões políticas em jogo. No entanto, vimos como neste caso era difícil desconhecer a tensão existente entre o apego aos aspectos jurídico-formais e as considerações de ordem política. (21)

No julgamento da ação direta 223-6 esta tensão foi explicitada pelo voto do ministro Sydney Sanches.

Considerando que restrições ao uso de medidas liminares sempre existiram no direito brasileiro, que estas nunca foram tidas por inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal e que a Constituição de 1988 nada dispôs sobre a sua disciplina, Sydney Sanches afirma que nada pode afastar, em tese, "a possibilidade de que a lei as restrinja".

E em seguida vai direto ao ponto:

"Preciso, também, levar em consideração o requisito do 'periculum in mora'.

E aqui fico entre dois perigos.

O perigo de eventual lesão a direitos individuais e o perigo de perecimento da própria Nação, diante da devastação econômica e da decadência social que a vinham afligindo.

Pode um Juiz da Suprema Corte preocupar-se com aspectos políticos levados em consideração na elaboração das leis, incluídas as medidas provisórias ?

Penso que pode e deve.(...)

Diante desse quadro, pergunto a mim mesmo: qual o mal maior? Permitir expressamente as medidas liminares que porão por terra um plano político-econômico, que, se tem as imperfeições próprias da elaboração humana, não deixa de ter o nobre propósito de tentar um retorno à estabilidade econômica e social e um recomeço de desenvolvimento?

(21) Para uma análise deste período, enfocando a tensão entre a "racionalidade econômica e a racionalidade jurídica", ou ainda "entre a defesa das 'regras do jogo' e o combate à inflação" ver José Eduardo FARIA. *Direito e Modernização...*

Ou tolerar, temporariamente, que essas medidas não sejam permitidas, ao menos enquanto se desconhecem os efeitos do plano, se vier a ser aprovado pelo Congresso Nacional?"

A franqueza de Sydney Sanches explicitou o dilema político vivido pela Corte naquela sessão. Mais do que permitir a concessão de liminares contra o plano, uma decisão favorável ao PDT iria estimular o uso do instrumento por todos os juízos e tribunais do país, "ainda que involutariamente, para jogar por terra as esperanças de todo o Povo, de uma recuperação econômica e social, ao menos a médio ou até longo prazo", concluiu o ministro.

3. A reedição "maquiada" da MP 185 rejeitada pelo Congresso, através da MP 190.

Em 04 de maio de 1990, o executivo editava medida provisória, de número 185, que entre outras disposições possibilitava ao Presidente do Tribunal Superior do Trabalho suspender a execução de sentença normativa dos Tribunais Regionais do Trabalho em dissídios coletivos de natureza econômica ou jurídica.

Em 30 de maio, apreciando a medida provisória do executivo, o Congresso Nacional decidiu pela não aprovação em placar de 152 votos a 130, com 4 abstenções.⁽²²⁾

Um dia depois da derrota no Congresso, o governo editava nova medida provisória, a 190, com um texto mais enxuto do que o anterior, mas com o mesmo dispositivo que permitia a suspensão pelo Presidente do TST dos dissídios coletivos julgados pelos TRT's. A MP 190, por reeditar uma

(22) *Folha de São Paulo*, 01/06/90, p. A-8.

medida provisória rejeitada pelo Congresso, ficou conhecida então como sendo uma versão "maquiada" da 185.

À manobra do governo reagiram imediatamente setores políticos e o meio jurídico: a atitude de Collor era uma afronta ao princípio constitucional da separação de poderes na medida em que desrespeitava uma decisão soberana do poder legislativo federal. Vários juristas se manifestaram furiosos contra a atitude do Presidente. Entre eles, por exemplo, Ives Gandra Martins afirmou que "a reedição significa que o Congresso nunca mais vai legislar. Não tem mais estado de direito, passa a ser ditadura." Para Gofredo Silva Telles Jr. "não se pode admitir que o Presidente da República se transforme em poder legislativo. Estamos vivendo num regime que dá toda a impressão de não ser regido por uma Constituição." E para alguns parlamentares, como o deputado Paulo Paim (PT-RS), além de inconstitucional, o ato do Presidente da República configurava verdadeiro "crime de responsabilidade".⁽²³⁾

Era preciso impor limites à discricionariedade presidencial.

No dia seguinte à edição da MP 190, o Procurador Geral da República entrou com ação direta de inconstitucionalidade junto ao STF contra a medida provisória.⁽²⁴⁾ Era a primeira vez que a Procuradoria acionava o Tribunal contra atos do novo Presidente.⁽²⁵⁾

(23) *Folha de São Paulo*, 02/06/90, p. A-5.

(24) BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade No. 293-7 Distrito Federal. Medida Liminar. Procurador Geral da República e Presidente da República. Relator Ministro Celso de Mello. 06 de junho de 1990. Serviço de Jurisprudência do STF. Ementário 1699-1 p.09-85.

(25) Também entraram com ação de inconstitucionalidade no Supremo contra a MP 190 o Conselho Federal da OAB, o PSDB, PDT e PC do B.

Em 06 de junho, o Supremo Tribunal se reuniu para julgar apenas o pedido de liminar da ação proposta pelo Procurador Geral da República. Designado relator do processo, o ministro Celso de Mello proferiu extenso voto com duras críticas à atitude do executivo. Segundo Sepúlveda Pertence, que o sucedeu, o voto do ministro relator era um voto "antológico", ou ainda de acordo com Paulo Brossard, um "voto que há de ser mencionado por quantos vierem a escrever sobre a matéria."

Celso de Mello fez inicialmente uma longa análise do instituto da medida provisória com base na literatura jurídica nacional e comparada. Enfatizou a necessidade de certas condições para o seu uso, num primeiro momento, como manifestação unilateral do executivo, e num segundo momento, a inafastabilidade do juízo por parte do poder legislativo, para confirmar ou desaprovar o ato normativo provisório do Presidente.

O problema novo, surgido com a reedição maquiada da MP 185 pela MP 190, era que a Constituição, na verdade, não é explícita com relação à possibilidade do executivo reiterar medida provisória rejeitada pelo Congresso. E essa omissão, segundo Celso de Mello, atuava, "em face do seu elevado potencial de conflituosidade, como elemento desestabilizador e de confronto jurídico-institucional entre os Poderes Executivo e Legislativo, a justificar, por isso mesmo, o desempenho, pelo Supremo Tribunal Federal, de sua função arbitadora dos conflitos entre os órgãos da soberania nacional e de seu papel de guardião eminente da ordem constitutiva."

Tratava-se, portanto, de dizer que tínhamos um conflito entre poderes, que a Constituição não era explícita

a respeito, e que caberia ao árbitro qualificado interpretar seus princípios fundamentais para solucionar o problema.

Dois destes princípios foram invocados por Celso de Mello em seu voto: o princípio da separação de poderes e o do Estado Democrático de Direito. E com base na sua defesa entusiasmada, Celso de Mello extraiu as justificativas para a condenação do ato presidencial que havia usurpado o poder legislativo do Congresso, na medida em que se sobrepôs a uma decisão soberana deste poder, e que colocava em risco a supremacia da própria Constituição.

Finalizando, invocando a legitimidade do próprio Tribunal como árbitro entre os poderes e guardião do texto constitucional, fez questão de assumir a responsabilidade pelo seu ato: "Já o disse nesta Corte, Sr. Presidente, e uma vez mais acentuo a minha posição pessoal: não me preocupa a relação dilemática por alguns proposta, que chega até mesmo a proclamar, pelo alegado receio da destruição da ordem econômico-social, a virtual possibilidade de desrespeito ao ordenamento constitucional como condição de êxito do Plano Econômico. (...) A Constituição, Sr. Presidente, não pode submeter-se à vontade dos poderes constituídos e nem ao império dos fatos e das circunstâncias. A supremacia de que ela se reveste, enquanto for respeitada, constituirá a garantia mais efetiva de que os direitos e as liberdades não serão jamais ofendidos. A esta Corte incumbe a tarefa, magna e eminente, de velar por que essa realidade não seja desfigurada."

Já era hora de pôr termo à ação tresloucada do Presidente da República no campo normativo, em particular, no abuso das medidas provisórias e na veiculação de dispositivos flagrantemente inconstitucionais. Ademais, o

prazo de 100 dias reclamado pelo próprio Presidente como necessários ao combate final contra a inflação já estava acabando e, nem o Congresso nem o Judiciário, poderiam permanecer mais tempo na incômoda posição de subserviência em relação ao executivo.

Os demais ministros presentes à sessão, no total de nove, acompanharam o voto do ministro relator concedendo o pedido de liminar e suspendendo a eficácia da MP 190 até o julgamento do mérito, ou pelo menos até a apreciação da medida pelo Congresso Nacional.⁽²⁶⁾

Em todos os votos proferidos neste dia, uns mais outros menos, ficou claro que o STF havia atingido o limite da tolerância com relação aos atos do Presidente. E mais, por ser um órgão do poder judiciário, sua legitimidade é baseada não nas urnas mas na capacidade de cumprir seu papel constitucional de árbitro qualificado para os conflitos entre os poderes e de guardião da Constituição. Ora, a tolerância inicial do Supremo em relação às primeiras medidas econômicas havia desgastado significativamente essa imagem e era preciso, agora, recuperá-la.

A tentativa de recuperar a legitimidade perdida se fez sentir em todos os votos e, particularmente, na manifestação, que não era obrigatória neste caso, do próprio Presidente do Tribunal, ministro Néri da Silveira. Após descrever as funções constitucionais maiores do Supremo Tribunal Federal, que paira sobre os demais poderes e a própria sociedade, o ministro Presidente invoca a velha e

(26) A MP 190 não foi apreciada pelo Congresso e perdeu eficácia. O julgamento do mérito pelo Supremo Tribunal só foi retomado em 06/05/93, portanto quase três anos depois, que concluiu pela prejudicialidade da ADIn 293-7 justamente por perda de objeto.

conhecida imagem do poder moderador:⁽²⁷⁾ "Alargou-se-lhe, ademais, na Constituição de 1988, o âmbito do poder constitucional incontrastável de declarar a invalidade de atos dos outros Poderes da República e dos Estados -membros, inclusive dos Tribunais, no desempenho de atividade normativa. Exercita, dessa maneira, sem dúvida o múnus eminente de árbitro dos conflitos entre os Poderes, ou entre a União e os Estados-membros, ou destes entre si, numa autêntica função de poder moderador."

Sem dúvida, a figura do poder moderador, que sempre foi invocada por ministros do Supremo em diferentes momentos, é a que mais se adapta à constante busca de legitimidade por parte desse ramo de poder. As dimensões conflituosas de sua atividade constitucional, porque baseada na interpretação jurídico-formal e no cálculo político, encontram na figura do poder moderador a sua síntese mais adequada. Isto é, a idéia de um poder que é político, mas que, por guardar o sentido último da Constituição, é capaz de se sobrepor aos demais e à própria sociedade porque

(27) A imagem do *poder moderador* sempre foi invocada por juristas e ministros do STF. A força simbólica dessa comparação tem raízes antigas. Leda Boechat Rodrigues inicia sua extensa obra sobre o STF nos primeiros anos da República com o seguinte relato: "Em julho de 1889, indo Salvador de Mendonça, acompanhado de Lafayette Rodrigues Pereira, despedir-se de D. Pedro II, a fim de cumprir missão oficial nos Estados Unidos, ouviu do Imperador as seguintes palavras: 'Estudem com todo o cuidado a organização do Supremo Tribunal de Justiça de Washington. Creio que nas funções da Corte Suprema está o segredo do bom funcionamento da Constituição norte-americana. Quando voltarem, haveremos de ter uma conferência a este respeito. Entre nós as coisas não vão bem, e parece-me que se pudéssemos criar aqui um tribunal igual ao norte-americano, e transferir para ele as atribuições do Poder Moderador da nossa Constituição, ficaria esta melhor. Dêem toda a atenção a este ponto.' Quatro meses depois o Imperador era deposto (...)." Leda Boechat RODRIGUES. *História do Supremo Tribunal Federal*. Tomo I, p. 1.

baseia sua interpretação da Lei Maior nas técnicas imparciais oferecidas pelo saber jurídico de que é expoente máximo. Como poder politicamente independente e neutro graças à imparcialidade conferida pela sua atuação meramente jurídica, o Supremo Tribunal Federal seria o freio mais poderoso aos abusos dos demais poderes, como reafirma o ministro Presidente na conclusão de seu voto: "O bom funcionamento das instituições democráticas plasmadas na Carta Política há de encontrar no Supremo Tribunal Federal, pelos instrumentos próprios, o poder competente para dirimir, terminativamente, segundo a Constituição, conflitos, inclusive os que possam eventualmente perturbar a indispensável harmonia entre os membros da Federação ou de seus Poderes Políticos, sem a qual, a experiência histórica está a ensinar, não se alcançam os interesses superiores da República, nem os objetivos maiores e impessoais do bem comum."

Conclusão

A análise das disputas judiciais em torno das medidas provisórias do governo Collor permitiu verificar como o sistema híbrido de controle constitucional é uma variável fundamental para qualquer tipo de plano de execução de medidas governamentais.

De uma lado, o constituinte de 86-87 foi generoso com relação à quantidade de matérias reguladas constitucionalmente. Tal generosidade conferiu status constitucional a dispositivos excessivamente simples e ordinários. A Constituição de 1988, em vez de regular o

atacado, regulou o varejo. Se do ponto de vista político isto demonstrava falta de consenso, e a Constituição teve que se espriar até os mínimos detalhes, do ponto de vista jurídico este procedimento teve efeito técnico desastroso: tudo pode ser questionado difusamente por simples particulares junto à jurisdição federal no modo incidental, e muito facilmente se pode chegar à instância superior do STF que realiza o controle constitucional em grau originário e de recursos.

De outro, o constituinte, ao mesmo tempo que reduziu significativamente o campo de ação normativa do executivo, colocou em suas mãos o poderoso instrumento das medidas provisórias. Com força de lei, pode ser usado pelo Presidente como forma de legislar unilateralmente e, dependendo do contexto econômico e político, é capaz de produzir situações em que os demais poderes se vêem impossibilitados de realizar qualquer controle dos atos do executivo.

A rigidez da separação de poderes no sistema presidencialista potencializa a necessidade de um árbitro nos conflitos frequentes entre executivo e legislativo e no controle constitucional dos atos destes dois poderes. Se, de fato, o STF adquire visibilidade neste sistema político enquanto o árbitro mais qualificado para estes conflitos e para a função de guarda da Constituição, ao mesmo tempo ele não está sozinho nesta tarefa. Juntam-se a ele todos os juizes e tribunais do país, pelo modo difuso-incidental de controle das leis e demais atos normativos, sem que exista qualquer mecanismo que vincule decisões das instâncias inferiores às decisões dos órgãos judiciais de instância superior.

O constituinte de 86-87 teve a oportunidade de desfechar o golpe final no princípio difuso de controle constitucional, na perspectiva da evolução do sistema híbrido que descrevemos nos capítulos anteriores, transformando o atual Supremo Tribunal em Corte Constitucional. Paradoxalmente, esta tendência foi associada aos anos de regime militar onde a parte difusa do sistema foi estrangida de diversas formas a não se manifestar.

O próprio Supremo Tribunal Federal, como vimos neste capítulo, parece estar inovando sua tradição de precípua guardião dos direitos individuais contra atos do poder público ao assumir cada vez mais sua condição de poder político interessado na consecução dos objetivos governamentais. Isto se deve fundamentalmente ao processo de formação do sistema híbrido de controle constitucional, baseado nos movimentos de diferenciação/concentração, interno ao judiciário, e de centralização/concentração do próprio sistema político, que gradativamente afastou o STF de suas funções originais em direção à corte constitucional do modelo concentrado. Por esse motivo, suas decisões ainda oscilam entre a defesa jurídico formal da Constituição e os imperativos de governo. As primeiras lhe conferem a legitimidade necessária à posição de órgão de cúpula do judiciário, porque baseadas na imparcialidade técnico-jurídica, ao passo que as demais revelam a inafastabilidade do juízo político que a função de quase corte constitucional também encerra.

CAPÍTULO VI

CONSIDERAÇÕES FINAIS.

O principal indicador da condição política do judiciário nos tempos modernos é sem dúvida a capacidade de controlar a constitucionalidade dos atos dos demais poderes e defender a sociedade dos abusos eventualmente cometidos pelo Estado. A atribuição ou não desta competência é o ponto de partida para a definição dos diversos sistemas judiciais existentes hoje no mundo ocidental. Em seguida, uma vez atribuída ao judiciário tal capacidade, ainda assim podemos encontrar outra variedade de sistemas que se estruturam ou com base no modelo difuso de criação norte americana ou no modelo concentrado de criação austríaca.

Curiosamente, a partir da primeira Constituição republicana que adotou o princípio difuso puro, várias mudanças inspiradas no modelo concentrado foram feitas pelas constituições seguintes a ponto de transformar nosso sistema de controle constitucional num sistema híbrido, sem paralelo no mundo contemporâneo.

A combinação original entre estes dois sistemas - o difuso e o concentrado - não deve ser, como pensam alguns, motivo de grande alegria. Pelo contrário, julgo que esta combinação é o sinal mais evidente de que entre nós o papel do judiciário na vida política nacional ainda é contraditório, e a maneira como se encontra estruturado nosso sistema de controle constitucional é um dos principais fatores de agravamento da chamada crise de governabilidade.

Não há como desconsiderar o fator "segurança jurídica" como indispensável não só à estabilidade de

governo como também à própria democracia. Não há como desconsiderar que um regime democrático depende diretamente de ações governamentais que tenham um mínimo de eficácia, aqui independente da direção em que elas apontem. E não há como desconsiderar que "segurança jurídica" e eficácia das ações governamentais nem sempre são compatíveis. É neste terreno que um sistema de controle constitucional adquire importância fundamental, e a racionalidade de sua organização não pode se constituir em um fator a mais de instabilidade.

Como vimos, nosso sistema híbrido de controle constitucional não tem promovido essa função básica, ao contrário, parece contribuir decisivamente para o agravamento da instabilidade política e econômica em que vive o país.

Embora poucos anos nos separem de nossa última Constituição, vários exemplos podem ser dados no sentido de ilustrar a tensão existente entre o sistema híbrido e os imperativos de governo: a medida provisória 173 do plano Collor I que proibia a concessão de liminares em ações contrárias ao próprio plano, como já visto neste trabalho. Um ano depois, já longe do impacto político da posse e sem sucesso no combate à crise econômica, o governo passou a sugerir um conjunto de mudanças na Constituição, que ficou conhecido como "emenda". Entre os doze pontos indicados para reforma, na sua maioria versando sobre ajuste fiscal e desregulamentação da economia, figurava a reedição da advocatária.⁽¹⁾ No início de 1993, a emenda constitucional n. 3 criou a ação declaratória de constitucionalidade com efeito vinculante para as instâncias inferiores,

(1) Folha de São Paulo, 05/10/91, p.1-8

concentrando mais poderes no STF e diminuindo os dos juízes singulares. Por último, a recente medida provisória do governo Itamar Franco (MP 375 de 24/11/93) constringendo a concessão de liminares nos julgamentos envolvendo interesses da União.

Tais medidas, às vezes unilaterais por parte do executivo, visaram e ainda visam concentrar a competência de controle constitucional das leis no Supremo não porque este pode ser melhor "controlado" pelo governo, mas porque a racionalidade do sistema híbrido parece incompatível com as ações governamentais no combate à crise econômica.

Obter respostas judiciais rápidas e que vinculem outras decisões é o que se deseja nestes casos, mais do que direcioná-las quanto ao próprio mérito.

Justamente, parece ser esta experiência recente a fonte das reformas que estão sendo propostas para a revisão constitucional.

Entre elas propõe o relator deputado Nelson Jobim (PMDB-RS) que se atribua efeito vinculante às decisões dos Tribunais Superiores, na forma de súmulas, e às decisões de mérito nas ações de constitucionalidade e inconstitucionalidade do STF. Nessa proposta, diz o relator, "reside, em nosso ver, aquela que é a mais profunda mudança sugerida quanto ao Poder Judiciário - a atribuição de caráter vinculante às súmulas editadas pelos Tribunais Superiores."⁽²⁾

Além do efeito vinculante das decisões dos tribunais superiores, o parecer do relator arremata praticamente o fim do princípio difuso com a proposta de uma

(2) BRASIL, CONGRESSO NACIONAL. Revisão da Constituição Federal. Parecer No. 26, de 1994-RCF. (arts.93 a 98) *Poder Judiciário: Disposições Gerais*. p.34-35

avocatória para assuntos constitucionais relevantes, na forma do "incidente de inconstitucionalidade". Este "permitirá seja apreciada diretamente pelo Supremo Tribunal Federal controvérsia sobre a constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, inclusive os atos anteriores à Constituição, a pedido do Procurador Geral da República, do Advogado Geral da União, do Procurador Geral de Justiça e do Procurador Geral do estado, sempre que houver perigo de lesão à segurança jurídica, à ordem ou às finanças públicas."⁽³⁾

Portanto, através do "incidente de inconstitucionalidade" o STF ficaria autorizado, desde que provocado por um daqueles agentes, a suspender os processos em curso nos diversos juízos e tribunais do país a fim de dar a única e definitiva decisão sobre a questão constitucional levantada.

Caso tais mudanças fossem efetivadas, julgo que o movimento de diferenciação/concentração da estrutura judiciária estaria quase completo, com o STF sendo alçado à condição definitiva de corte constitucional. Digo quase completo porque esta corte ainda permaneceria na inconveniente posição de órgão de cúpula do poder judiciário, com as responsabilidades ordinárias daí decorrentes.

Embora o próprio relator Nelson Jobim tenha feito questão de frisar em seu Parecer que o "incidente de inconstitucionalidade" não acabaria com o princípio difuso de controle constitucional, é de se supor que questões

(3) BRASIL, CONGRESSO NACIONAL. Revisão da Constituição Federal. Parecer No. 27, de 1994-RCF. (arts.101 a 103) *Poder Judiciário: Supremo Tribunal Federal*. p.57. Como vimos no capítulo II, a proposta de um "incidente de inconstitucionalidade" já havia sido feita pelo próprio STF por ocasião da reforma constitucional realizada pela emenda No. 16 de 26/11/65.

constitucionais são sempre relevantes, levando os agentes legitimados a provocar o STF nestes casos a uma vigilância diuturna junto aos juízos e tribunais de todo o país. É Nelson Jobim quem reconhece que "a experiência histórica recente demonstra que, muitas vezes, temas polêmicos acabam sendo decididos de maneira açodada por juízes e tribunais ordinários, que optam por declarar a inconstitucionalidade de normas, reconhecidas, posteriormente, como legítimas pelo Supremo Tribunal Federal."⁽⁴⁾

Finalizando, este trabalho procurou demonstrar também que a relação executivo-legislativo, tendo a medida provisória como pedra de toque, por si só já acarreta grandes dificuldades para a estabilidade política e a eficácia das ações de governo. Juntamos a essa relação a entrada em cena de um outro poder, o judiciário, que através do sistema híbrido de controle constitucional também tem dado a sua contribuição na produção de incertezas. Mal comparando, a Constituição de 1988 parece ter sido, nesse sentido, um verdadeiro *big bang* institucional: uma explosão que deu origem a diversas galáxias de poder que gravitam quase autonomamente, sem um centro de atração, e que frequentemente se chocam num movimento de razões aparentemente desconhecidas, mas que revelam a força misteriosa de um caos organizado. Até quando essa força atuará em nosso caso, não se pode prever. Tanto melhor seria a ocorrência de um *big bang* inverso, que trazendo de volta as galáxias do poder político, desse racionalidade ao funcionamento das instituições políticas brasileiras.

(4) *Ibid*, p.58-59.

BIBLIOGRAFIA

- A crise do judiciário vista pelos juizes*. São Paulo: Idesp, 1984. Relatório de pesquisa. Coordenação de Maria Tereza Sadek.
- BALEEIRO, Aliomar. "O Supremo Tribunal Federal". in: *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte: Imprensa da UFMG. n. 34, julho 1972.
- _____. *O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido*. 1a. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968.
- BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia; uma defesa das regras do jogo*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.
- _____. *Teoria do ordenamento jurídico*. São Paulo: Pólis; Brasília: UNB, 1989.
- CAPANHOLE, Adriano e CAPANHOLE, Hilton Lobo. *Constituições do Brasil*. 10a. ed. São Paulo: Atlas, 1992.
- CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2a. ed. Porto Alegre: Fabris, 1984.
- CARVALHO, Wladimir Souza. *Da Justiça Federal e sua Competência*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980.
- CARVALHO FILHO, Luís Francisco. "Medidas podem gerar conflito com o legislativo". *Folha de São Paulo*, São Paulo, 18/02/90. p.A-10.
- CENEVIVA, Walter. "Advogados esperam muito das medidas econômicas". *Folha de São Paulo*, São Paulo, 04/02/90.
- _____. *Direito constitucional brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1989.
- CLEVE, Clémerson Merlin. *Atividade legislativa do poder executivo no Estado contemporâneo e na Constituição de 1988*. São Paulo: Editor Revista dos Tribunais, 1993.
- CORRÊA, Oscar Dias. *A crise da Constituição, a Constituinte e o Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1986.
- _____. *O Supremo Tribunal Federal, Corte Constitucional do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

- COSTA, Elcias Ferreira da. *Comentários breves à Constituição Federal*. Porto Alegre: Fabris. 1989.
- CROTTY, William (Ed.) *Political science: looking to the future*. Evanston, Illinois: Northwestern University Press. 1991. Vol IV
- DANTAS, Ivo. *Aspectos Jurídicos das Medidas Provisórias*. 2a.ed. Brasília: Consulex, 1991.
- FAGUNDES, Miguel Seabra. "A Reforma do Poder Judiciário e a Reestruturação do Supremo Tribunal Federal." in: *Revista Forense*, 215. p.5-12.
- FARIA, José Eduardo. *Direito e Modernização na Democratização Brasileira*. São Paulo: Malheiros, 1993
- _____. *Eficácia Jurídica e Violência Simbólica*. São Paulo: EDUSP, 1988.
- FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. 3a. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992.
- FERRAZ JR. Tércio Sampaio. *Interpretação e Estudos de Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 1990.
- FIGUEIREDO, Marcelo. *A Medida Provisória na Constituição*. São Paulo: Atlas, 1991.
- GEORGE, Tracey E. e EPSTEIN, Lee. "On the nature of Supreme Court decision making". in: *American Political Science Review*, vol. 86, No.2, p. 323-337. June 1992.
- GRECO, Marco Aurélio. *Medidas Provisórias*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.
- Grundgesetz mit Deutschlandvertrag, Grundvertrag, Menschenrechts-Konvention, Bundeswahlgesetz, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Parteiengesetz und Gesetz uber den Petitionsausschub*. 24a. ed. Munchen: Deutscher Taschenbuch Verlag (DTV), 1988.
- KOERNER, Andrei. *O Poder Judiciário no Sistema Político da Primeira República*. São Paulo, março de 1994. mimeo.
- _____. *O Poder Judiciário na Constituição da República*. Dissertação de Mestrado apresentada ao Departamento de Ciência Política da USP. São Paulo, 1992.

LAMOUNIER, Bolívar (org). *A opção parlamentarista*. São Paulo: Sumaré, 1991.

_____. *Depois da Transição. Democracia e Eleições no Governo Collor*. São Paulo: Loyola, 1991.

_____. "Existe realmente um modelo presidencialista?" in: *Digesto Econômico*. São Paulo: jan/fev 1993 p.19-22.

_____. "Redemocratização e Estudo das Instituições Políticas no Brasil." in: MICELI, Sérgio (org.). *Temas e Problemas da Pesquisa em Ciências Sociais*. São Paulo: Sumaré/FAPESP; Rio de Janeiro: Fundação Ford, 1992. p.43-51.

LAMOUNIER, Bolívar e NOHLEN, Dieter (orgs). *Presidencialismo ou parlamentarismo. Perspectivas sobre a reorganização institucional brasileira*. São Paulo: Loyola/IDESP, 1993.

LEAL, Victor Nunes. "Justiça Ordinária Federal." in: *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte: Imprensa da UFMG. n. 34, julho 1972.

LIJPHART, Arend. *As Democracias Contemporâneas*. Lisboa: Gradiva, 1989.

LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Brasília: UNB, 1980.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. "O escravo da lei." *Folha de São Paulo*, São Paulo, 04/03/90, p.A-3.

_____. *O Plano Brasil Novo e a Constituição: aspectos jurídicos e econômicos do Plano Brasil Novo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

_____. "O Plano Collor." *Folha de São Paulo*, São Paulo, 24/03/90, p.A-3.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990.

MERKL, Peter H. *Modern Comparative Politics*. New York: Holt, Rinehart and Winston, Inc. 1970.

MISHLER, William e SHEEHAN, Reginald S. "The Supreme Court as a Countermajoritarian institution? The impact of public opinion on Supreme Court decisions." in: *American Political Science Review*, vol. 87, No. 1, p. 87-101. march 1993.

O'DONNELL, Guillermo. "Democracia delegativa?" in: *Novos Estudos Cebrap*, São Paulo, No. 31. out/1991.

- OLIVEIRA, A. Gonçalves de. "Novos Aspectos da Competência do Supremo Tribunal Federal." in: *Revista Forense*, 224. p.5-11.
- RAMOS, Saulo. "Estarrecedoras trapalhadas legislativas." *Folha de São Paulo*, São Paulo, 25/04/90, p.A-3.
- REALE JR., Miguel. "Impróprias para choque." *Folha de São Paulo*, São Paulo, 24/02/90 p. A-3.
- Regimento Interno e Súmula do Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Editora Atlas. 1993. Manuais de Legislação Atlas, Vol 13. 10a. Edição.
- RODRIGUES, Leda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal*. 2a.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991. Tomos I, II e III.
- SADEK, Maria Tereza. *O Poder Judiciário no Brasil*. São Paulo: Idesp, 1994. Relatório de pesquisa. mimeo.
- SANTOS, Aricê Moacyr Amaral. *O mandado de injunção*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1989.
- SERRA, José. "Ansiedades." *Folha de São Paulo*, São Paulo, 27/03/90, p.A-2.
- Sesquicentenário do Supremo Tribunal Federal: conferências e estudos*, Universidade de Brasília 11 a 14 de setembro de 1978. Brasília: UNB, 1982.
- SHONFIELD, Andrew. *Modern Capitalism. The Changing Balance of Public and Private Power*. New York: Oxford University Press, 1969.
- SIDOU, J.M. Othon. *Dicionário Jurídico*. 2a. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.
- SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da. *A evolução do controle da constitucionalidade e a competência do Senado Federal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992.
- SZKLAROWSKY, Leon Fredja. *Medidas Provisórias*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.
- TOCQUEVILLE, Aléxis de. *A Democracia na América*. 2a.ed. Belo Horizonte: Itatiaia. São Paulo: EDUSP, 1977.
- TORRE, Juan Carlos. *América Latina. El Gobierno de la Democracia en Tiempos Difíciles*. Instituto Torcuato Di Tella, Buenos Aires, mayo de 1991. mimeo.

TOURINHO NETO, Fernando da Costa. *A Atuação dos Tribunais Regionais Federais, de 1989 a 1991*. Cartilha Jurídica. Tribunal Regional Federal da 1a. Região. Brasília, maio de 1992.

WEFFORT, Francisco C. "Novas Democracias. Que Democracias?" in: *Lua Nova*, São Paulo, No. 27, p.5-30. 1992.