

UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PERNAMBUCO
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
COORDENAÇÃO DE PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO

**A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E O CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA:
A POSSIBILIDADE DO EXERCÍCIO DO CONTROLE DE
CONSTITUCIONALIDADE PELO CNJ.**

FERNANDA ADRIANO FLUHR

RECIFE/2011

FERNANDA ADRIANO FLUHR

**A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E O CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA:
A POSSIBILIDADE DO EXERCÍCIO DO CONTROLE CONCENTRADO DE
CONSTITUCIONALIDADE PELO CNJ.**

Dissertação apresentada como requisito final para a obtenção do título de Mestre em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco, sob a orientação do Prof. Dr. Marcelo Labanca Corrêa de Araújo.

RECIFE/2011

AGRADECIMENTOS

Àquele que me fortalece: **Deus**.

Aos que me deram a vida e sempre presentes: **meus pais, Richard e Fátima**.

Ao amor incondicional: **meu marido, Ailton**.

Aos que estou sempre unida: **meus irmãos, Sandra e Ricardo**.

Àquele cujo apoio, a dedicação e o incentivo proporcionaram a realização deste trabalho: **meu orientador, Marcelo Labanca**.

Àquela que demonstrou grande amizade e carinho: **minha querida professora e amiga, Virgínia Colares**.

Aos mestres dos saberes e da Vida: **Marcelo Labanca, Gustavo Ferreira, João Paulo Allain, Sérgio Torres, Jayme Benvenuto, Walber Agra, Francisco Queiroz e Manoel Severo Neto (*in memoriam*)**.

"Não poríamos a mão no fogo pelas nossas opiniões: não temos assim tanta certeza delas. Mas talvez nos deixemos queimar para podermos ter e mudar as nossas opiniões."

Friedrich Nietzsche

FERNANDA ADRIANO FLUHR

**A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E O CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA:
A POSSIBILIDADE DO EXERCÍCIO DO CONTROLE DE
CONSTITUCIONALIDADE PELO CNJ.**

Dissertação aprovada como requisito final para a obtenção do título de Mestre em Direito, pela Universidade Católica de Pernambuco, por uma comissão examinadora formada pelos seguintes professores:

Prof. Dr. Marcelo Labanca Corrêa de Araújo – UNICAP – Orientador

Prof. Dr. Gustavo Ferreira Santos – UNICAP

Prof. Dr. João Paulo Allain Teixeira - UNICAP

Prof. Dr. André Régis de Carvalho - UFPE

RESUMO

O trabalho versa sobre a atuação do Conselho Nacional de Justiça na Jurisdição Constitucional, seja no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade, como um dos legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, seja no âmbito do controle difuso de constitucionalidade, apreciando, em suas decisões administrativas, a compatibilidade de leis e atos normativos com a Constituição Federal. O estudo se inicia pelo tema da Jurisdição Constitucional, sua evolução histórica e as especificidades apresentadas em relação ao controle de constitucionalidade, este entendido como um dos instrumentos essenciais para o desenvolvimento prático e para a concretização das idéias que movimentam o constitucionalismo moderno. Busca-se um enfoque diferente, sob o ponto de vista da legitimidade democrática da jurisdição constitucional. Assim, parte-se da idéia central da jurisdição constitucional como verdadeiro instrumento de garantia dos direitos fundamentais e de defesa do procedimento democrático. Será analisada, também, a história dos Conselhos de Justiça, tecendo-se um comparativo entre tais Conselhos e a estrutura, a composição, o funcionamento e as atribuições do Conselho Nacional de Justiça. Por fim, avaliando as modalidades, o procedimento e as peculiaridades do controle de constitucionalidade brasileiro, propõe-se tanto a inclusão do Conselho Nacional de Justiça no rol de legitimados do art. 103, da Constituição Federal, para a propositura das ações diretas de controle de constitucionalidade, quanto o reconhecimento da possibilidade de fiscalização, no âmbito de suas decisões, de forma incidental, da constitucionalidade de leis e atos normativos. Estudo baseado em dados doutrinários e jurisprudenciais.

Palavras-chave: jurisdição constitucional; controle de constitucionalidade; Conselho Nacional de Justiça.

ABSTRACT

The paper reports the performance of the National Council of Justice in the Constitutional Jurisdiction, as it is in the concentrated control of constitutionality as one of the legitimized to the proposition of the direct action of unconstitutionality, as it is in the diffuse control of constitutionality, judging, in their administrative decisions, the compatibility of laws and normative acts with the Constitution. The study began with the theme of the Constitutional Jurisdiction, its historical evolution and characteristics concerned to the control of constitutionality, this understood as one of the essential tools for the practical development and the attainment of the ideas that drive modern constitutionalism. Looking for a different approach, under the point of view of democratic legitimacy of constitutional jurisdiction. Thus, it starts with the central idea of the constitutional jurisdiction as valid means of to guarantee the fundamental rights and defense of the democratic procedure. It will be analyzed, as well, the history of the Councils, making a comparison between such councils and the structure, composition, functioning and powers of the National Council of Justice. Finally, evaluating the modalities, the procedure and the peculiarities of the Brazilian constitutional control, it is proposed to include both the National Council of Justice on the list of legitimate of the art. 103 of the Federal Constitution, for the commencement of direct actions of constitutional control, as the recognition of the possibility of supervision within their decisions, indirectly, the constitutionality of laws and normative acts. Study based on doctrinal and jurisprudential data.

Keywords: Constitutional Jurisdiction; control of constitutionality; National Council of Justice.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL	17
1.1 Jurisdição constitucional <i>versus</i> controle de constitucionalidade	17
1.2 Matrizes históricas e a evolução da jurisdição constitucional.....	19
1.3 A evolução do controle de constitucionalidade das leis no Brasil	30
1.4 O controle de constitucionalidade no modelo adotado pela Constituição Federal de 1988: a transformação da jurisdição constitucional brasileira	38
1.5 Inovações e polêmicas da Lei nº. 9.868, de 10 de novembro de 1999 e da Lei nº. 9.882, de 03 de dezembro de 1999	42
2. O CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA	55
2.1 Histórico dos Conselhos de Justiça.....	55
2.2 O contexto de criação do Conselho Nacional de Justiça: controle externo do Poder Judiciário?	65
2.3 Estrutura, composição e funcionamento do Conselho Nacional de Justiça	81
2.4 Atribuições políticas, administrativas, disciplinares e sancionatórias do Conselho Nacional de Justiça	89
2.5 O poder regulamentar e normativo do Conselho Nacional de Justiça	104
3. O CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA E O CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE	110
3.1 Modalidades do controle de constitucionalidade: a influência dos modelos Americano, Austríaco e Francês no sistema Brasileiro	110
3.2 O controle principal de constitucionalidade, por via de ação direta, de competência concentrada no Supremo Tribunal Federal.....	118
3.2.1 Ação direta de inconstitucionalidade	120
3.2.2 Ação direta de inconstitucionalidade por omissão	131
3.2.3 Ação declaratória de constitucionalidade	138
3.3 A arguição de descumprimento de preceito fundamental e a ação direta interventiva: hipóteses especiais de controle concentrado	145

3.4 A legitimidade para a provocação do controle concentrado no Brasil: a Ordem dos Advogados do Brasil, como órgão de fiscalização de classe, na propositura da ação direta de inconstitucionalidade	155
3.5 A possibilidade de legitimação do Conselho Nacional de Justiça, como órgão de fiscalização de classe, para a propositura das ações diretas de controle de constitucionalidade.....	163
4. O CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA E O CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE	182
4.1 Pressupostos objetivos e subjetivos do controle difuso	182
4.2 O Procedimento adotado para a declaração de inconstitucionalidade no controle difuso perante o Supremo Tribunal Federal	187
4.3 Efeitos da decisão no controle difuso de constitucionalidade: o papel da resolução do Senado Federal e a questão da mutação constitucional	198
4.4 O controle não jurisdicional de constitucionalidade.....	207
4.4.1 Fundamentos para o controle difuso de constitucionalidade pelo Chefe do Poder Executivo	210
4.4.2 Fundamentos para o controle difuso de constitucionalidade pelo Tribunal de Contas da União	218
4.5 O exercício do controle difuso de constitucionalidade pelo Conselho Nacional de Justiça em suas decisões: limites e possibilidades.....	227
CONSIDERAÇÕES FINAIS	237
REFERÊNCIAS.....	248

INTRODUÇÃO

No âmbito da Teoria do Direito, o controle de constitucionalidade vem constituindo objeto de atenção de um considerável leque de estudos, principalmente considerando que, nos últimos anos, o direito constitucional passou por uma silenciosa e profunda revolução, manifestando uma tendência de ampliação do papel da jurisdição constitucional concentrada e abstrata.

Quando se estuda o tema do controle constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro, é importante reconhecer que o Supremo Tribunal Federal tem desempenhado um papel ativo na vida institucional brasileira, caracterizado pela centralidade da Corte na tomada de decisões sobre algumas das grandes questões nacionais, gerando aplausos e críticas, mas ao mesmo tempo exigindo uma cautelosa reflexão.

A jurisdição constitucional e, como espécie desta, o controle de constitucionalidade, são instrumentos essenciais para o desenvolvimento prático e a concretização das idéias que movimentam o constitucionalismo moderno. Como se sabe, a Constituição é dotada de supremacia formal e material em relação às demais normas jurídicas, pelo que constitui limites à atividade dos órgãos com competência normativa e, por isso, demonstra a necessidade de fiscalização da conduta de elaborar normas jurídicas.

O mecanismo destinado à fiscalização da conformidade de determinada conduta perante a Constituição Federal é o controle de constitucionalidade. Trata-se de um mecanismo institucionalizado, realizado, portanto, por órgãos previstos pelo sistema normativo, segundo determinados procedimentos, cuja atuação tem por objeto a prática de uma conduta inconstitucional, objeto de valoração.

O presente trabalho busca um enfoque diferente, sob o ponto de vista da legitimidade democrática da jurisdição constitucional, bem como da utilização desta como verdadeiro instrumento de garantia dos direitos fundamentais e de defesa do procedimento democrático.

Neste sentido, a primeira idéia que se apresenta relaciona-se ao exercício destes mecanismos de defesas da jurisdição constitucional pelo Conselho Nacional de Justiça, órgão criado no âmbito do Poder Judiciário pela Emenda Constitucional nº. 45, de 08 de dezembro de 2004, de natureza administrativo-constitucional, inserido por meio do art. 103-B na Constituição Federal de 1988, com a finalidade de controlar a atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, zelando pela autonomia do Poder Judiciário, pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura e pela observância dos princípios da administração pública, instituídos no art. 37, da Constituição Federal, quais sejam, legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Enfim, o que se propõe é o estudo da possibilidade do exercício da jurisdição constitucional, mais especificamente o exercício do controle de constitucionalidade pelo Conselho Nacional de Justiça, tendo em vista a amplitude de atribuições que lhes foram confiadas pelo constituinte, bem como pelo propósito para o qual fora verdadeiramente instituído: garantir a lisura, a razoabilidade da prestação jurisdicional e, em sentido lato, a manutenção do Estado Democrático de Direito.

Assim, o ponto de partida desse estudo será a teoria da jurisdição constitucional, como primeiro instrumento de defesa da Constituição e garantia de estabilidade das normas constitucionais, diferenciando-a de uma das suas formas de manifestação: o controle de constitucionalidade.

Para tanto, necessário se faz uma breve digressão às matrizes históricas e a conseqüente evolução da jurisdição constitucional, tendo em vista que para se compreender as peculiaridades dos mecanismos de controle de constitucionalidade e a sua atual importância ao constitucionalismo moderno, é preciso retomar suas origens, seus propósitos iniciais, suas feições e os traços marcantes de cada época.

O estudo traz, em linhas gerais, alguns dos precedentes históricos dos controles judiciais de constitucionalidade das leis, como a contribuição marcante do direito norte-americano do *judicial review of legislation*, das civilizações atenienses, das concepções medievais, das escolas jusnaturalistas, da supremacia do *common*

law, proposta pelo Lord Edward Coke (CAPPELLETTI, 1992, p. 58), em contraste com a supremacia do Parlamento adotada pelo direito britânico.

Também relembra-se a evolução do controle de constitucionalidade das leis no sistema brasileiro, desde a Constituição Imperial de 1824 até a Constituição de 1988, com as conseqüentes alterações promovidas pelas Emendas Constitucionais ao longo da história, resgatando, ainda, as influências exercidas pelos grandes modelos de controle de constitucionalidade concebidos por outros países.

Em seguida, buscou-se relatar o exercício do controle de constitucionalidade no modelo adotado pela Constituição Federal de 1988, marcado pelo fim do período ditatorial e pela celebração de um novo pacto constitucional, redemocratizando-se o país e inovando a jurisdição constitucional.

As inovações produzidas pelo controle de constitucionalidade no modelo adotado pela Constituição Federal de 1988, transformando a jurisdição constitucional brasileira, são trazidas, num primeiro momento, por meio da apresentação das questões polêmicas oriundas das Leis nº. 9.868/99 e 9.882/99, que dispõem, respectivamente, das ações diretas de inconstitucionalidade e declaratórias de constitucionalidade, e da arguição de descumprimento de preceito fundamental.

No capítulo segundo, o trabalho adentra no estudo do Conselho Nacional de Justiça, partindo da imersão histórica dos Conselhos de Justiça, marcada pela independência do Poder Judiciário Europeu, mais especificamente, na Europa Continental.

Apresenta-se, desta forma, os dois grandes modelos de Conselhos de Justiça: o latino-europeu, no qual se explora a estrutura, o funcionamento e as atribuições dos Conselhos de Justiça Francês, Italiano, Espanhol, Português, Belga, além do Conselho da Turquia e de Andorra, e o modelo nórdico-europeu, no qual se destacam os Conselhos de Justiça da Suécia, da Irlanda e da Dinamarca.

O estudo também faz uma análise sobre o contexto de criação do Conselho Nacional de Justiça, surgido em meio a questionamentos sobre a sua forma de composição, a sua natureza e a idéia de conformação constitucional,

partindo de teses como a independência do Poder Judiciário e a questão da existência ou não de um controle externo a este Poder.

Ainda sobre o tema, o trabalho traz uma exposição dos argumentos apresentados na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 3.367, proposta pela Associação dos Magistrados Brasileiros, em face da criação do Conselho Nacional de Justiça pela Emenda Constitucional nº. 45/2004.

Em seguida, passa-se a avaliar a estrutura, a composição, com as alterações produzidas pela Emenda Constitucional nº. 61, de 11 de novembro de 2009, e o funcionamento do Conselho Nacional de Justiça, bem como as prerrogativas e os impedimentos dos Conselheiros.

Ainda no âmbito do estudo sobre o Conselho Nacional de Justiça, o trabalho analisará as atribuições políticas, no qual serão observadas as competências de planejamento, de defesa da soberania judiciária, mandamentais e de economia interna.

Também serão apreciadas as atribuições de controle administrativo, a partir do estudo do procedimento e de princípios norteadores, tais como, o princípio da oficialidade, do formalismo mitigado, da gratuidade, da ampla defesa e do contraditório, da publicidade, da participação social, da celeridade, da nulidade apenas quando ocorrer efetivo prejuízo ao controlado e da motivação, facilmente detectados quando da leitura das atribuições previstas no Regimento Interno do Conselho Nacional de Justiça.

De igual forma, serão estudadas as atribuições correicionais, disciplinares e sancionatórias, no qual serão observados mecanismos como a sindicância, a reclamação disciplinar, a representação por excesso de prazo injustificado, o processo disciplinar, o pedido de avocação, o processo de revisão disciplinar, as inspeções e correições.

Para finalizar o capítulo, será feita uma análise acerca do poder regulamentar e normativo do Conselho Nacional de Justiça, partindo-se da conceituação de poder regulamentar no âmbito da Administração Pública e concluindo com a força vinculante do ato normativo do Conselho Nacional de Justiça.

No capítulo terceiro, será iniciado o estudo do objeto central do trabalho, no qual será apreciado o controle concentrado de constitucionalidade e a possibilidade do exercício deste pelo Conselho Nacional de Justiça. Assim, de início, serão apresentadas as modalidades de controle de constitucionalidade, a partir da influência dos grandes modelos, tais como o Americano, o Austríaco e o Francês no ordenamento jurídico brasileiro, bem como a partir da classificação quanto à natureza do órgão de controle, ao momento de exercício do controle, ao órgão judicial que exerce o controle e à forma ou modo de controle judicial.

Em seguida, serão apreciadas as formas de exercício do controle de constitucionalidade, por via principal ou ação direta, de competência concentrada no Supremo Tribunal Federal, tais como a ação direta de inconstitucionalidade, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e a ação declaratória de constitucionalidade, nas quais serão avaliadas questões acerca do pronunciamento, em abstrato, sobre a validade da norma, questões de competência, o objeto, as espécies normativas passíveis de controle, o processo e julgamento, além da decisão, seus efeitos e limites.

Separadamente das formas de controle acima citadas, o trabalho apresenta também o estudo das chamadas hipóteses especiais de controle de constitucionalidade concentrado, denominadas de arguição de descumprimento de preceito fundamental, regulamentada pela Lei nº. 9.882, de 03 de dezembro de 1999, e de ação direta interventiva, surgida com a Constituição de 1934, como a primeira hipótese de controle concentrado existente no direito brasileiro.

Em razão da importância ao objeto central do tema, ou seja, o estudo da possibilidade do exercício do controle de constitucionalidade pelo Conselho Nacional de Justiça, a questão da legitimidade para a provocação do controle concentrado de constitucionalidade no sistema brasileiro foi analisada de forma específica, com o aprofundamento acerca de quem pode propor as ações, da legitimidade universal, da legitimidade condicionada, também conhecida como pertinência temática.

Ainda sobre este tema, será apreciada a questão da legitimidade do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, vista como órgão fiscalizador de classe, para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, de forma a

tecer um comparativo com o enfoque principal do trabalho: a possibilidade do exercício do controle concentrado de constitucionalidade pelo Conselho Nacional de Justiça, mais especificamente, a questão da sua legitimidade para a propositura das ações diretas de controle de constitucionalidade.

No capítulo quatro, será estudada a outra vertente do presente trabalho: a questão do exercício do controle difuso de constitucionalidade pelo Conselho Nacional de Justiça.

Desta forma, serão avaliados os pressupostos objetivos e subjetivos do controle difuso de constitucionalidade, analisando-se questões acerca dos sujeitos que podem suscitar a questão constitucional, dos órgãos autorizados a declarar a inconstitucionalidade, os procedimentos que admitem o controle difuso de constitucionalidade, o procedimento de declaração de inconstitucionalidade, os fundamentos constitucionais, os efeitos da decisão e a importância atual do parágrafo único, do art. 52, da Constituição Federal, no controle difuso.

Em seguida, o trabalho estuda o controle não jurisdicional de constitucionalidade, avaliando a possibilidade do exercício repressivo do controle difuso por órgão não jurisdicional. Desta forma, passa a avaliar os fundamentos para o controle difuso de constitucionalidade pelo Presidente da República, caracterizado pela possibilidade de descumprimento de lei ao argumento de sua inconstitucionalidade, apreciando os requisitos e limites para essa espécie de controle político repressivo.

Igualmente, serão estudados os fundamentos para o controle difuso de constitucionalidade pelo Tribunal de Contas, avaliando-se a função judicante por este exercida, muito embora não esteja inserido dentre os órgãos do Poder Judiciário, constitucionalmente determinados.

Então, para finalizar, será estudado o segundo ponto de enfoque proposto no presente trabalho, qual seja, os limites e possibilidades do exercício do controle difuso de constitucionalidade pelo Conselho Nacional de Justiça em suas decisões.

Enfim, o presente trabalho estuda a possibilidade de atuação do Conselho Nacional de Justiça na jurisdição constitucional, seja no controle concentrado de constitucionalidade, como mais um legitimado para a propositura de ação direta de

inconstitucionalidade, seja no próprio exercício do controle difuso de constitucionalidade, no âmbito das suas decisões, sob a perspectiva tanto da jurisdição constitucional como instrumento de defesa dos direitos fundamentais e do procedimento democrático, quanto da importância constitucionalmente atribuída ao Conselho Nacional de Justiça, no sentido de zelar pela observância dos princípios estatuídos no art. 37, da Constituição Federal, quais sejam, legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

1. JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

1.1 Jurisdição constitucional *versus* controle de constitucionalidade.

O ordenamento jurídico é um sistema e, como tal, deve manter a unidade e a ordem, preservando a harmonia entre as partes. Quando ocorre a quebra dessa harmonia, surgem os mecanismos eficazes e adequados para manter a supremacia constitucional e preservar a segurança jurídica. São os chamados mecanismos de controle de constitucionalidade, destinados a afastar os atos e as leis que contrariem os limites materiais, circunstanciais, temporais e formais que marcam a rigidez constitucional.

Não se pode confundir jurisdição constitucional e controle de constitucionalidade, tampouco não é correto afirmar que tais expressões são sinônimas, muito embora sejam frequentemente utilizadas de maneira intercambiável.

O mecanismo de afastar atos e leis inconstitucionais do ordenamento jurídico e sua prática é denominado controle de constitucionalidade. A aplicação da Constituição por juízes e tribunais é o que designa a jurisdição constitucional. Ou seja, o controle de constitucionalidade é uma das formas de exercício da jurisdição constitucional.

A influência do constitucionalismo norte-americano no Brasil, fortalecido com a idéia da hermética constitucional, dá origem à idéia de jurisdição. Assim, como forma de promoção de leituras constitucionalmente adequadas de todo o direito infraconstitucional, isto é, como forma de dizer o direito constitucional em todo momento, caracteriza-se a denominada jurisdição constitucional.

O controle de constitucionalidade tipifica-se como uma das formas de dizer a Constituição. E como a interpretação constitucionalmente adequada, representando não somente a proibição de violação da Constituição, mas a sua efetividade, deve ser entendida a jurisdição constitucional.

O certo é que a jurisdição constitucional se qualifica como um instrumento de defesa dos direitos fundamentais e do procedimento democrático, defendendo normas constitucionais de interpretações convenientes e arbitrárias. Assim, como bem expressou BINENBOJM (2004, p. 48), “assumindo a democracia como um jogo, a Constituição seria o manual de regras e, os jogadores, os agentes políticos representantes do povo. À jurisdição constitucional, nesse contexto, cumpre o papel de ser o árbitro do jogo democrático”. Neste sentido, a jurisdição constitucional exerce sempre um papel construtivo e concretizador da vontade constitucional.

A legislação infraconstitucional e as decisões judiciais devem ser compatíveis com a Constituição e seu sistema de direitos fundamentais, sendo a jurisdição constitucional o primeiro instrumento de defesa e garantia de estabilidade das normas constitucionais e de conservação do núcleo essencial ou das denominadas cláusulas pétreas contra alterações que não sejam necessárias. Uma das formas de manifestação da jurisdição constitucional é exatamente o controle de constitucionalidade, sendo este a atividade fiscalizadora da constitucionalidade das leis por intermédio de um órgão, integrante ou não de um dos Poderes do Estado, verificando a subordinação das leis ou atos normativos à Constituição, bem como tutelando a aplicação dos princípios e normas constitucionais.

Neste diapasão, jurisdição constitucional é gênero do qual o controle de constitucionalidade é espécie, sendo este apenas uma das formas de manifestação daquela. Sobre o tema, Mauro Cappelletti faz a necessária distinção:

O tema do controle jurisdicional da constitucionalidade das leis não pode, certamente, identificar-se com a jurisdição ou justiça constitucional, a *Verfassungsgerichtsbarkeit* dos alemães. Ele, ao contrário, não representa senão um dos vários possíveis aspectos da assim chamada “justiça constitucional”. (CAPPELLETTI, 1992, p. 23-24).

Desta forma, com a função de promover o respeito aos direitos fundamentais do homem, em qualquer tempo, bem como de garantir a manutenção do Estado Democrático de Direito, com todas as suas decorrências, caracteriza-se a jurisdição constitucional. O acolhimento do instituto de controle de

constitucionalidade das leis apresenta-se como mecanismo destinado à manutenção da supremacia da constituição.

A subordinação de todos os atos de Estado e de todos os seus poderes às normas e aos princípios constitucionais, tradução da superlegalidade material, ou seja, da supremacia da constituição sobre todas as normas, bem como a caracterização da constituição como fonte primária de produção jurídica, resultado da superlegalidade formal, enseja a rigidez das leis constitucionais e origina o princípio da constitucionalidade dos atos normativos, sendo estes considerados válidos e eficazes somente quando em consonância com os princípios estabelecidos nas normas constitucionais e quando seu processo de elaboração for constitucionalmente previsto, ou seja, a sua produção for formalmente seguida.

1.2 Matrizes históricas e a evolução da jurisdição constitucional.

A necessidade de impor e tornar efetivo um limite ao próprio legislador através de um controle judicial, ainda que na profunda diversidade das situações concretas e dos instrumentos jurídicos adotados para resolvê-las, está radicada na história da civilização humana, mesmo nas mais remotas.

A jurisdição constitucional se afirmou, pelo mundo afora, como o mais importante instrumento de contenção do poder político nas democracias contemporâneas, chegando a ser considerado como “elemento necessário da própria definição do Estado de direito democrático” (MOREIRA, 1995, p. 178).

É que determinados direitos e princípios ficam preservados contra maiorias legislativas ocasionais, sendo subtraídos do embate político por intermédio da constitucionalização. Assim, representam limites institucionais do poder da maioria os mecanismos de controle da constitucionalidade e a rigidez constitucional como pressuposto da supremacia da Lei Maior.

É certo, porém, que a democracia mantém uma relação de equilíbrio instável com a jurisdição constitucional, ocasionando uma permanente tensão, na medida em que se discute acerca da sua legitimidade para anular decisões tomadas pelos representantes do povo.

A despeito da tese de que foi nos Estados Unidos, no século XVIII, posto em prática pela primeira vez o controle jurisdicional das leis, sendo difundido em outros países das duas Américas, no curso do século XIX, e, posteriormente, em outras partes do mundo, historicamente, a denominada “supremacia da constituição” em relação às leis ordinárias, existiu em outros e mais antigos sistemas jurídicos, como uma espécie de supremacia de uma lei (leis fundamentais) em relação às outras leis (leis ordinárias).

O Constitucionalismo surge com o advento das revoluções burguesas dos séculos XVII e XVIII, e, assim, com o advento do Estado Liberal. O surgimento da Constituição está diretamente relacionado à idéia de racionalização e limitação do poder real, quando ganha força a supremacia da norma positiva em face da ação estatal.

Entretanto, como afirma Nelson Saldanha (2000, p. 36), é até mesmo anterior ao liberalismo o surgimento remoto do constitucionalismo, sendo certo que a idéia de limitação do poder já era contemplada nas concepções medievais.

Cappelletti (1992, p. 49), no entanto, colhe uma série de exemplos em que se demonstra a prematura existência da idéia de supremacia de uma lei sobre outras, antes mesmo da adoção prática da intitulada “supremacia da constituição” pelos Norte-Americanos. Para tanto, busca no Direito Ateniense, mais especificamente entre o *nómos* e o *pséfisma*, a demonstração de supremacia entre as leis.

Isto porque, para os *nomói*, as leis somente podiam ser modificadas através de um procedimento especial, retirando da Assembleia Popular o poder de mudar as leis. Já o *pséfisma*, acreditava que as deliberações da Assembleia Popular podiam conter normas abstratas e gerais, suscetíveis de impor-se de maneira vinculatória a todos os cidadãos e, neste caso, eram assemelhadas às leis.

Apesar do precedente acima ser de significativa força probante da existência anterior à tese norte-americana de supremacia constitucional, é fundamental ressaltar como a dominante concepção de justiça e direito da época medieval, influenciou depois de séculos os grandes sistemas adotados pelos Estados Unidos, e, posteriormente, outros países da América, da Europa e de outros

Continentes, ou seja, como valioso precedente do sistema moderno de controle judicial da legitimidade constitucional das leis.

Há autores que enxergam nas experiências medievais, tal como o movimento conciliarista e nas contestações ao absolutismo, sinais do liberalismo moderno e da teoria constitucional. A laicização do pensamento político, instaurado com Maquiavel, ao poucos, impõe a secularização da temática.

Na Idade Média, a dominante concepção de direito e justiça ligava-se à idéia de direito natural como norma superior, de derivação divina e fonte de inspiração para todas as outras normas. O Juiz competente para aplicar o direito não estava vinculado ao ato soberano que infringisse os limites postos pelo *jus naturale*, sendo obrigado a declarar nulo seja o ato administrativo ou a própria lei que violasse o direito natural, ainda que emanada do Papa ou do Imperador.

Assim, na concepção medieval, o direito positivo era obrigado a não estar em contraste com o direito natural, uma vez que este era norma superior e inderrogável. Também a escola jusnaturalista, nos séculos XVII e XVIII, afirmava a existência de direitos intangíveis e irrenunciáveis, ou seja, a existência de limites e de preceitos cogentes para o próprio legislador. Tratava-se dos chamados “direitos inatos”.

Assim, um Estado Constitucional subordinado ao controle parlamentar e comprometido com o respeito aos novos direitos individuais e o liberalismo político se iniciou com a chamada Revolução Gloriosa e com a obra de John Locke, sendo este denominado “pai do liberalismo”.

Nas ideias de Locke (1973), há a afirmação da existência de direitos inerentes à natureza humana e preexistente ao Estado, isto em razão da limitação do governo pelo jusnaturalismo racionalista. Em seus ideais, os direitos naturais decorrem do respeito às liberdades inatas e inalienáveis, legitimando o exercício do poder político.

Como exemplos do reconhecimento de tais direitos e dos limites da liberdade individual, que não poderiam ser invadidos pelo poder político, situam-se as cartas e as declarações de direitos originadas com o constitucionalismo inglês, em 1215, após a promulgação da Carta *Libertatum*. Tratam-se, na verdade, de

autênticos instrumentos de governo, posto que se materializam como forma de contratos entre o povo e os governantes.

A partir da Constituição norte-americana, em 1987, a noção do Estado constitucional contemporâneo se constitui, como expressa Canotilho (1997, p.101), com a tradição de “ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um documento escrito”.

No entanto, como demonstra a experiência constitucional inglesa, o Parlamento era a verdadeira constituição do país, ou seja, não foi consagrada a supremacia de uma Constituição escrita, mas a vontade legislativa soberana. Em consequência, um mecanismo de fiscalização de constitucionalidade não era instituído naquele país, demonstrando a natureza de poder ilimitado, fruto da vontade majoritária.

Isto, contudo, não significa dizer que a Inglaterra nunca se submeteu a controle de constitucionalidade. Já no século XVII, o país e suas colônias estavam submetidos a uma espécie de controle judicial da constitucionalidade. Assim, a lei superava a concepção de ser um ato de vontade, passando a idéia de ato declaratório decorrente dos costumes, ou seja, elaboração do direito consuetudinário.

A lei escrita, neste sentido, não poderia jamais contrariar a *Common law*, mas apenas complementar-lhe o sentido. Propagava-se a idéia da figura dos juízes como responsáveis pela conservação da superioridade da *Common law* em face da autoridade dos reis e do parlamento, além de funcionarem como mediadores dos conflitos entre a nação e os reis. Esta teoria foi materializada por Edward Coke e ganhou força na tradição inglesa, mas foi abandonada com o início da Revolução Gloriosa e com a elevação da vontade do parlamento.

Por oportuno, saliente-se a concepção de Cappelletti (1992, p. 57), no sentido de que o precedente que mais inspirou o instituto norte-americano da *judicial review* e, portanto, daquilo que foi chamado de supremacia do poder judiciário ou, também, o governo dos juízes, tenha sido exatamente o radicalmente oposto sistema inglês da absoluta supremacia do Parlamento em relação aos outros poderes.

Ainda nas palavras de Cappelletti:

(...) o princípio da supremacia do Parlamento – e, por conseguinte, da supremacia da lei positiva – imposto na Inglaterra a partir da “gloriosa” revolução de 1688, acabou por não conduzir, na América, ao mesmo resultado a que conduziu, ao invés, na Inglaterra: ou seja, ao resultado de retirar as leis do controle de validade por parte dos juizes, aquele controle que fora ao contrário, augurado e que, pelo menos por alguns decênios, fora posto em prática pela doutrina de Lord Coke. Eis, em outras palavras, explicado o aparente paradoxo, ou seja, como, então, o princípio inglês da incontrolada supremacia do poder legislativo tenha podido contribuir, antes de ser um obstáculo, para a formação, na América e, decênios ou séculos depois, também em outras ex-colônias que alcançaram a independência: no Canadá, na Austrália, na Índia e em outras partes, do oposto sistema em razão do qual também as leis do Parlamento são sujeitas a um controle de validade por parte de todos os juizes. (CAPPELLETTI, 1992, p. 62)

A formação da moderna teoria constitucional e, mais especificamente, a idéia de controle de constitucionalidade das leis, sofreu também a influência de alguns pensadores franceses do período do Iluminismo e da fase posterior à Revolução Francesa.

Como bem expressa Binbenjimin (2004, p. 19), um dos marcos mais importante para a delimitação ética e técnica do poder político na modernidade, consubstanciada na retomada e na vulgarização do ideal democrático, está representado pela obra de Rousseau.

O pensamento da liberdade enquanto autonomia influenciou decisivamente tanto a Revolução Francesa, quanto concorreu para a edição da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Segundo este pensador, apenas na medida em que obedeçam somente à sua própria consciência, seria possível conceber a idéia de liberdade dos homens.

Rousseau inaugura, então, a perspectiva de existência do contrato social, numa idéia mais geral de plano comunitário, no qual cada cidadão cederia uma parcela de sua liberdade natural, como fórmula de instituição de uma nova modalidade de liberdade, também denominada de liberdade convencional.

Assim, Rousseau transpõe do plano individual a idéia de liberdade enquanto autonomia e a situa no plano comunitário, uma forma de liberdade como soberania popular. Neste sentido, segundo ele, como a Lei decorre da vontade geral, quem obedece a Lei estaria obedecendo a sua própria vontade.

O pensamento Rousseauiano sobre a vontade da maioria e o exagero na elevação desta à condição de fonte última e incontestável do poder político, tem sido o foco principal de seus críticos, dentre eles, Benjamin Constant.

Constant (1989, p. 68) defende a idéia de que, independente do reconhecimento estatal, os cidadãos possuem direitos inatos, constituindo o referencial para aferição da legitimidade do exercício do poder político. Neste sentido, ele sugere a criação de mecanismos de limitação do princípio majoritário. Assim, para ele, qualquer violação dos direitos individuais pela autoridade é ilegítima, posto que estes independem de toda autoridade social ou política.

O autor sustenta que a autoridade da Lei não é ilimitada, uma vez que ela não é mais que a expressão verdadeira ou suposta da vontade popular de legitimar sobre tudo o que se deseja.

Mas o surgimento nos Estados Unidos do *Judicial review of legislation*, foi considerado, ao lado da forma federativa de Estado, a mais importante contribuição do constitucionalismo norte-americano às democracias ocidentais. Usualmente, admite-se que a primeira Constituição escrita do mundo, no sentido do termo, foi a Constituição dos Estados Unidos da América, promulgada em 1787.

O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis, desenvolvido no sistema norte-americano, representa uma verdadeira inovação em relação à tradição inglesa. Significou, na verdade, a elevação da supremacia normativa da constituição em face da supremacia do parlamento, este elevado à condição de dogma do Reino Unido desde a Revolução Gloriosa, e lá ainda vigente.

O sistema norte-americano atribuiu ao Judiciário a função da guarda da supremacia da constituição, mesmo que implicasse na invalidação dos atos do Legislativo. Assim, passou a ser da competência dos juízes e dos tribunais a declaração de nulidade dos atos e leis contrários à Constituição.

A Suprema Corte Norte-Americana, em razão da eficácia vinculante de suas decisões, desempenha função determinante na interpretação constitucional, muito embora essa competência se distribua difusamente por todos os órgãos jurisdicionais. Sobre questões constitucionais, a Suprema Corte detém a competência de dar a última e definitiva palavra (CLÈVE, 2000, p. 63).

As teses desenvolvidas na Inglaterra, no século XVII, por Edward Coke, foram recepcionadas pelo Direito norte-americano, no sentido de que as leis votadas pelo parlamento deveriam ter sua legitimidade controlada pelos juizes, de forma a se negar aplicabilidade àquelas contrárias à *Common Law*.

No entanto, é bem verdade que decorreu de construção jurisprudencial e não de expressa previsão constitucional, a idéia da jurisdição constitucional como técnica de atuação da supremacia da Lei Fundamental. Com efeito, a Constituição de 1787 limitava-se a afirmar a superioridade hierárquica da Constituição, das Leis com ela compatíveis e dos tratados sobre as constituições e leis dos Estados-membros.

No entanto, o famoso aresto de John Marshall, proferido pela Suprema Corte, em 1803, no caso *William Marbury v. James Madison*, já prenunciava o controle judicial de constitucionalidade das leis, entrando como o marco primeiro da jurisdição constitucional, incorporando-o, definitivamente, à experiência constitucional dos Estados Unidos.

A lógica de Marshall e a excelência do seu raciocínio jurídico, através do seu voto, sintetizaram os principais fundamentos teóricos do modelo norte-americano de controle judicial de constitucionalidade, dentre eles, a idéia de que como expressão da vontade originária do povo (soberania popular), a Constituição escrita é vista como Lei Fundamental que institui e, ao mesmo tempo, delimita os poderes do Estado (governo limitado); o reconhecimento, a todo e qualquer juiz ou tribunal, da possibilidade de deixar de aplicar uma norma da legislação ordinária quando esta se revelar contrária ao texto constitucional; e, por fim, que cabe ao judiciário declarar a nulidade da lei inconstitucional contrária a uma lei superior, ou seja, lei inválida desde o seu nascedouro. A decisão judicial cinge-se a reconhecer uma situação preexistente, operando, portanto, efeitos retroativos (*ex tunc*).

O sistema de controle judicial de controle de constitucionalidade norte-americano se consolidou nos Estados Unidos da América e se espalhou por diversos países do mundo, tais como: Canadá, Brasil, Argentina, Japão, Portugal, Noruega, Dinamarca, Suécia, Alemanha e Itália.

Apresentava-se, entretanto, bastante problemática a importação à tradição jurídica romano-germânica do sistema difuso, de forma direta e acrítica.

Desta forma, o modelo americano começa a ceder espaço para o sistema concentrado de controle das leis ao longo do século XX, mesmo considerando sua enorme expansão e influência intelectual exercida na doutrina constitucional universal.

Esse sistema de controle concentrado, no qual a fiscalização de constitucionalidade das leis é confiada, de forma exclusiva, a um órgão jurisdicional independente, que se situa na cúpula ou fora da estrutura do poder judiciário, teve seu surgimento marcante no período entre guerras, com a promulgação da Constituição Austríaca de 1920, com redação elaborada a partir de projeto de Hans Kelsen.

Para Kelsen (1987, p. 290/293), a lei inconstitucional é válida até a sua anulação pelo processo próprio e pelo órgão competente. Ou seja, na concepção Kelseniana, não se pode reduzir ao mero reconhecimento por qualquer juiz ou tribunal a inconstitucionalidade de uma lei. A inconstitucionalidade, então, seria o pressuposto para a aplicação de uma sanção, culminando com a retirada da lei do ordenamento jurídico.

Dessa concepção decorrem os efeitos do controle de constitucionalidade das leis, diferenciados no sistema americano e austríaco, posto que no primeiro (sistema americano) a proclamação de inconstitucionalidade da lei tem natureza declaratória e os efeitos retroativos estão restritos às partes da demanda. Enquanto no sistema austríaco, a natureza da decisão é constitutiva e com efeitos prospectivos e extensíveis a todos os casos em que a lei é aplicável.

Assim, pode-se perceber que, para Kelsen, como o juízo de compatibilidade da lei com a norma constitucional não é exercido diante de um caso concreto, tal função não seria própria do Poder Judiciário, mas, como afirma Canotilho (1997, p.792), “uma função constitucional autônoma que tendencialmente se pode caracterizar como função de legislação negativa”.

O controle de constitucionalidade, além de fixar a competência da Corte Constitucional para apreciação das questões de validade da lei, na Constituição Austríaca de 1920, estava subordinado a uma ação especial, hoje chamada de Ação Direta, que podia ser ajuizada por alguns órgãos políticos.

Observa-se, portanto, que no sistema austríaco, o juiz não podia exercer o controle de constitucionalidade, de forma incidental, ou seja, nos processos de sua alçada, nem tampouco submeter à Corte Constitucional as questões de violação normativa, surgindo o que se convencionou a chamar de controle abstrato de constitucionalidade.

Somente a partir do segundo pós-guerra, com a adoção por diversos países da Europa continental, tais como Alemanha, Itália, Turquia, Chipre e Iugoslávia, o modelo austríaco de controle concentrado de constitucionalidade iniciou seu processo de expansão, culminando, nas décadas de setenta e oitenta, com a explosão de Tribunais Constitucionais, com instituição na Grécia (1975), Espanha (1978), Portugal (1982) e Bélgica (1894).

Nos países do Leste Europeu, tais como Polônia, Hungria, República Tcheca e nos países africanos, como Argélia e Moçambique, as Cortes Constitucionais somente foram instituídas nas duas últimas décadas do Século XX.

O Constitucionalista Afonso da Silva citado por Binensojm (2004, p. 40), enfoca que o constitucionalismo na Europa se desenvolveu em sociedades divididas, com ideologias conflitantes, enquanto o constitucionalismo norte-americano floresceu em ambiente social e ideológico mais homogêneo. Desta forma, a concentração das decisões em matéria constitucional em um órgão político, formado por membros nomeados pelas autoridades políticas legitimadas pelo voto popular, seria natural.

De outra forma, do ponto de vista da segurança jurídica, em países ligados à tradição romano-germânica a introdução do sistema difuso se revelaria bastante problemática. Isto porque, sob o argumento da inconstitucionalidade, uma lei poderia ser aplicada por determinado juiz, enquanto outro, de opinião contrária, poderia entendê-la inaplicável.

Salienta-se ainda a questão dos efeitos decorrentes do controle difuso de constitucionalidade, que apenas atingem as partes envolvidas no litígio, obrigando outros interessados a ingressarem com ação idêntica, mas sem a garantia de solução isonômica.

As decisões podem se revelar, inclusive, de forma tendencialmente contrastante entre órgão de graus distintos, a exemplo do que ocorre por diversas

vezes com os conflitos de posição entre juízes de primeiro grau e àqueles que atuam nas instâncias superiores, em decorrência da própria formação dos mais jovens e progressistas, quando comparados aos juízes mais tradicionalistas e conservadores.

A situação de insegurança proporcionada pelo sistema difuso, como bem salientou Cappelletti (1992, 78), pode gerar “uma situação de grave conflito entre órgãos e de incerteza do direito, situação perniciosa quer para os indivíduos como para a coletividade”.

Em razão disso, é justificável o incremento e ampliação dos mecanismos de controle concentrado de constitucionalidade de leis em países como Portugal e Brasil, no qual coexistem o método difuso, herdado da jurisdição constitucional norte-americana, e o método concentrado, baseado no sistema austríaco, bem como a adoção da jurisdição constitucional concentrada por inúmeros países ligados à tradição jurídica romano-germânica, dentro das especificidades de cada um.

A classificação dos sistemas de controle de constitucionalidade proposta por Clève (2000, p. 57), demonstra singular clareza e serve como fonte de inspiração. O autor classifica tais sistemas de acordo com o modelo diferenciado e marcante de cada país que o introduziu.

Assim, no modelo inglês, há uma predominância da ausência de fiscalização da constitucionalidade, no qual juízes e tribunais são incompetentes para conhecerem e decidirem qualquer questão de constitucionalidade. É o modelo no qual é possível perceber a supremacia do parlamento e não da constituição.

O modelo no qual o controle político e preventivo da constitucionalidade é exercido antes mesmo da promulgação da lei pelo Conselho Constitucional, é característica marcante do sistema francês. Neste, tal como ocorre com o sistema inglês, tanto os juízes quanto os tribunais são incompetentes para conhecer e decidir qualquer questão de constitucionalidade.

Já o modelo de origem norte-americana, apresenta-se como o modelo de jurisdição constitucional difusa, em que juízes e tribunais podem conhecer e decidir a questão constitucional, e, portanto, declará-la inconstitucional, afastando a sua aplicabilidade, com a possibilidade de recurso para a instância superior e para a Suprema Corte.

Há também os sistemas em que juízes e tribunais são competentes para conhecer, mas pertence exclusivamente ao Tribunal Constitucional a competência para deliberar sobre a questão da constitucionalidade da lei. Tal modelo foi desenvolvido com base na matriz austríaca e foi denominado de jurisdição constitucional concentrada.

No modelo de jurisdição constitucional concentrada, há três vias distintas, segundo o qual se poderá o Tribunal Constitucional ser chamado a se pronunciar, são elas: ação direta, exame incidental e pedido diretamente formulado ao Tribunal.

Na ação direta, se busca, em tese, aferir a compatibilidade da lei com a Constituição, podendo ser intentada por algum dos órgãos legitimados e com efeitos *erga omnes* (de caráter geral). No exame incidental, a compatibilidade de uma lei com a Constituição é feita quando a questão for prejudicial para a solução de um caso concreto, podendo ser suscitado por algum juiz ou tribunal. No pedido formulado diretamente ao Tribunal, verifica-se a ocorrência de lesão a direito fundamental por determinada lei ou ato do Poder Público, tal como ocorre em países como Alemanha e Espanha.

Inspirados na matriz austríaca, adicionando e incorporando elementos do modelo norte-americano, o sistema brasileiro e o português merecem destaque. No modelo português, as questões constitucionais nos casos concretos podem ser conhecidas e decididas por juízes e tribunais. Inobstante a isto, o sistema português possibilita também o exercício do controle pelo Tribunal por via de ação direta, com competência pela Corte para exame da lei, dotada de força obrigatória a sua decisão.

No Brasil, o sistema eclético de controle de constitucionalidade é marcado pela sua evolução ao longo da história republicana até a Constituição de 1988, marcada pela redemocratização do país após mais de vinte anos de ditadura militar, culminando com a edição da lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999 (BRASIL, 1999) e da lei nº 9.882, de 03 de dezembro de 1999 (BRASIL, 1999.b), que consolidam os instrumentos da jurisdição concentrada.

1.3 A evolução do controle de constitucionalidade das leis no Brasil.

Em matéria de controle de constitucionalidade, o sistema brasileiro percorreu um longo caminho desde a Constituição Imperial (1824) até a Constituição promulgada em 1988, culminando com esta uma substancial reforma. A introdução de uma mudança radical em todo o sistema de controle de constitucionalidade foi sinalizada com a ruptura do questionado monopólio da ação direta pelo Procurador-Geral da República e a substituição por um amplíssimo direito de propositura daquele modelo exclusivista.

A Constituição de 1824 (BRASIL, 1824) não contemplava qualquer sistema assemelhado aos modelos atuais de controle de constitucionalidade, em razão da influência do sistema político francês, sob a perspectiva de que era do Poder Legislativo a atribuição de fazer leis, interpretá-las, suspendê-las e revogá-las, além da função de guardar a constituição.

Sob esse ideário político francês, preconizava-se a rígida separação dos poderes, também sustentada pela experiência constitucional inglesa, no qual era consagrado o dogma da supremacia do Parlamento em face da constituição.

O desprestígio institucional da Lei Maior era agravado pela existência do Poder Moderador, uma vez que os conflitos entre os poderes eram resolvidos dentro do cenário político e não jurídico, pelo Chefe de Estado. Assim, os textos da constituição contrariados pelo Parlamento, não podiam ter sua aplicação recusada pelos juízes durante o período imperial.

Merece registro as lições de Pimenta Bueno sobre a definição exclusiva pelo órgão legiferante do conteúdo da lei:

Só o poder que faz a lei é o único competente para declarar por via de autoridade ou por disposição geral obrigatória o pensamento, o preceito dela. Só ele e exclusivamente ele é quem tem o direito de interpretar o seu próprio ato, suas próprias vistas, sua vontade e seus fins. Nenhum outro poder tem o direito de interpretar por igual modo, já porque nenhuma lei lhe deu essa faculdade, já porque seria absurda a que lhe desse. Primeiramente é visível que nenhum outro poder é o depositário real da vontade e inteligência do legislador. Pela necessidade de aplicar a lei deve o executor ou o juiz, e por estudo pode o jurista formar a sua opinião a respeito da inteligência dela, mas querer que essa opinião seja infalível e obrigatória, que seja regra geral, seria dizer que possuía a faculdade de adivinhar qual a vontade e o pensamento do legislador, que não podia errar, que era o possuidor dessa mesma inteligência e vontade; e isso seria

certamente irrisório. Depois disso é também obvio que o poder a quem fosse dada ou usurpasse uma tal faculdade predominaria desde logo sobre o legislador, inutilizaria ou alteraria como quisesse as atribuições deste ou disposições da lei, e seria o verdadeiro legislador. Basta refletir um pouco para reconhecer esta verdade, e ver que interpretar a lei por disposição obrigatória, ou por via de autoridade, é não só fazer a lei, mas é ainda mais que isso, porque é predominar sobre ela. (BUENO, 1978, p. 69).

E, certamente, a posição acima explorada abarca um leque de verdades quando confrontada com o estudo sobre o poder de criação dos juízes na interpretação e na aplicação dos textos legais. Como bem enfocou Kelsen (1987, p. 263), o direito revela-se mediante um processo de recriação constante, que vai do geral e abstrato ao individual e concreto. Trata-se de um processo de individualização e concretização constante e crescente.

Para Kelsen, a função do poder judiciário não se resume numa descoberta do direito, ela tem caráter constitutivo. Uma decisão judicial não tem, como por vezes se supõe, um caráter declaratório. Assim ele leciona:

Contrariamente ao que às vezes se afirma, o tribunal não formula apenas um direito já existente. Ele não 'busca' e 'acha' apenas o direito que existe antes da decisão, não pronuncia meramente o direito que existe, pronto e acabado, antes do pronunciamento. Tanto ao estabelecer a presença das condições quanto ao estipular a sanção, a decisão judicial tem um caráter constitutivo. A decisão, é verdade, aplica uma norma geral preexistente na qual certa consequência é vinculada a certas condições. Mas a existência das condições concretas em conexão com as consequências concretas é, no caso concreto, estabelecida, primeiro, pela decisão do tribunal. As condições e consequências são relacionadas por decisões judiciais no domínio do concreto, assim como são relacionadas por estatutos e regras de direito consuetudinário no domínio do abstrato. A norma individual da decisão judicial é a individualização e a concretização necessárias da norma geral e abstrata. Apenas o preconceito, característico da jurisprudência da Europa Continental, de que o direito é, por definição, apenas normas gerais, apenas a identificação errônea do direito com as regras gerais do direito estatutário e consuetudinário, poderiam obscurecer o fato de que a decisão judicial continua o processo criador de direito, da esfera do geral e abstrato para a esfera do individual e concreto. (KELSEN, 1992, p. 139).

A idéia embutida nas palavras de Pimenta Bueno, certamente, demonstra que sob a influência do ideário político francês e do dogma inglês da soberania do parlamento, a preocupação desde a constituição imperial com a atividade interpretativa e, portanto, criativa, do Poder Judiciário, quando da análise sobre a aplicabilidade dos atos do parlamento.

Com a influência do direito norte-americano, a Constituição de 1891 (BRASIL, 1891), introduz no sistema brasileiro o controle judicial difuso da constitucionalidade, no qual se adota a técnica da aferição incidental da constitucionalidade pelos órgãos do Poder Judiciário.

Por meio do controle judicial incidental e difuso da constitucionalidade das leis na Constituição Republicana, aos juízes e tribunais foi reconhecido o poder de conhecer e resolver os incidentes de inconstitucionalidade, afastando, inclusive, a aplicação da lei conflituosa com a constituição.

Importante ressaltar que nem todo sistema incidental de controle de constitucionalidade atribui difusamente competência aos órgãos jurisdicionais, para decidir o incidente de inconstitucionalidade. Há vários países em que aos juízes é atribuído o poder apenas de suscitar o incidente, mas apenas a Corte Constitucional possui a competência para resolver os conflitos de constitucionalidade das leis.

O art. 59, parágrafo 1º, alíneas “a” e “b”, da Constituição Republicana (BRASIL, 1891), reconheceu ao Supremo Tribunal Federal a competência para rever as sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, quando questionada a validade ou aplicação de tratados e leis federais e a decisão do Tribunal fosse contra ela, ou quando contestada a validade de leis ou atos federais, em face da Constituição ou das leis federais, e a decisão do Tribunal considerasse válidos esses atos ou leis impugnadas.

Em 20 de novembro de 1894, a Lei de n. 221 (BRASIL, 1894), explicitou ainda mais o controle de constitucionalidade difuso, eliminando todas as dúvidas sobre a outorga do exercício do controle de constitucionalidade aos órgãos jurisdicionais.

Com a reforma constitucional de 1926, apesar das modificações ocorridas, não houve alteração substancial do sistema difuso de controle da constitucionalidade, consolidando-o no sistema brasileiro.

Entretanto, o sistema adotado na Constituição Republicana, embora demonstre inegável avanço democrático no controle de constitucionalidade, também apresentou algumas deficiências e outras inconveniências em razão da importação da matriz norte-americana, baseada na tradição anglo-saxônica da *common law*, para um país com tradição jurídica romano-germânica.

A ausência de um sistema vinculado aos precedentes, tal como o sistema anglo-saxônico, bem como os desentendimentos entre juízes e até entre tribunais, foi fonte geradora de inseguranças jurídicas e inúmeras incertezas. Outro problema enfrentado foi a proliferação de demandas idênticas, conforme o número de interessados na declaração de inconstitucionalidade, uma vez que a lei declarada inconstitucional permanecia, formalmente, em vigor.

Foi com a Constituição de 1934 (BRASIL, 1934), que se pretendeu corrigir o sistema de controle difuso adotado pela Constituição Republicana e evitar a insegurança jurídica decorrente das contínuas flutuações de entendimento nos tribunais, com a atribuição de efeito geral às decisões judiciais de inconstitucionalidade. Por conseguinte, determinou que a declaração de inconstitucionalidade somente poderia ser realizada pela maioria da totalidade de membros dos tribunais.

De outro modo, permitiu a atribuição de efeito *erga omnes* à decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, a partir da consagração do Senado Federal para suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário.

A intervenção do Senado limitava-se à declaração de inconstitucionalidade, não possuindo eficácia ampliada para a declaração de constitucionalidade. Como bem afirma Gilmar Mendes (2009, p. 48), “é possível, porém, que, inspirado no direito comparado, tenha o constituinte conferido ao Senado um poder excessivo, que acabaria por convolar solução em problema, com a cisão de competências entre o Supremo Tribunal e o Senado”.

Uma das grandes inovações da Carta Constitucional de 1934 (BRASIL, 1934), foi a chamada representação interventiva, cuja titularidade foi confiada ao Procurador-Geral da República, referindo-se à declaração de inconstitucionalidade para evitar a intervenção federal.

Era do Supremo Tribunal Federal a competência para declarar a constitucionalidade da eficácia da lei interventiva, de iniciativa do Senado Federal, afirmando, *ipso facto*, a inconstitucionalidade da lei ou ato estadual. É de se destacar, entretanto, que se tratava de um exame puramente jurídico sobre a

constitucionalidade da lei de intervenção, ou seja, não se cogitava de formulação de um juízo político.

O Texto Magno de 1934 (BRASIL, 1934), de significativa importância para o desenvolvimento do controle de constitucionalidade mediante ação direta no direito brasileiro, atribuiu competência ao Senado Federal para examinar os regulamentos expedidos pelo Poder Executivo, confrontando-os com as respectivas leis e para suspender a execução dos dispositivos ilegais.

Importante ressaltar ainda que, com base na conferência de Kelsen sobre a essência e o desenvolvimento da jurisdição constitucional, na Constituinte de 1934, foi apresentado um projeto de instituição de uma Corte Constitucional baseada no modelo austríaco.

Com a Carta de 1937 (BRASIL, 1937), foi inserida no sistema brasileiro uma peculiar modalidade de revisão constitucional, na medida em que foi prevista a possibilidade de juízo de valor do Presidente da República no caso de declaração de inconstitucionalidade de uma lei.

Assim, embora o Texto de 1937 não tenha introduzido qualquer modificação no modelo difuso de controle, mantendo a exigência do *quorum* especial para a declaração de inconstitucionalidade, no caso de uma lei ser declarada inconstitucional, se a mesma fosse considerada necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional, o Presidente da República poderia submetê-la novamente ao Parlamento. Se por dois terço fosse confirmada a validade da lei, a decisão do tribunal tornava-se insubsistente, passando a ter força de uma emenda à constituição.

De outra forma, na Carta de 1937 (BRASIL, 1937), foi expressamente vedado ao Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas, passando a legislação ordinária a disciplinar o Mandado de Segurança, que perdeu a qualidade de garantia constitucional.

Após a edição de Decretos pelo Presidente Getúlio Vargas, em 1939, confirmando textos de lei declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, foi restaurada a tradição do controle judicial no sistema Brasileiro com a constituição de 1946.

O Texto Magno de 1946 (BRASIL, 1946) manteve o sistema difuso e a atribuição do Senado Federal para suspender a execução da lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, disciplinou a apreciação dos recursos extraordinários, além de instituir a representação interventiva, que permitia a arguição da incompatibilidade de atos normativos estaduais com os chamados princípios constitucionais sensíveis, isto é, com a forma republicana representativa, com a independência e harmonia entre os poderes, com a temporariedade das funções eletivas, com as garantias do Poder Judiciário, entre outros, pelo Procurador-Geral da República.

Desta forma, emprestando nova conformação à ação direta de inconstitucionalidade, ao Procurador-Geral da República foi atribuída a titularidade da representação de inconstitucionalidade, para efeitos de intervenção federal, no caso de violação dos princípios constitucionais sensíveis, competindo ao Supremo Tribunal Federal a declaração de inconstitucionalidade do ato.

Impende destacar que, muito embora o constituinte tenha outorgado ao Procurador-Geral da República a titularidade da ação direta, já na Constituição de 1934, configurava como uma peculiar modalidade de composição de conflito entre a União e o Estado, a chamada representação interventiva.

Foi através da práxis da Corte e da legislação processual que se consolidou os mecanismos procedimentais da representação interventiva, desenvolvidos pelo Supremo Tribunal Federal, no que se refere à forma da arguição e a sua própria caracterização processual.

O escopo essencial da representação interventiva era a suspensão da eficácia do ato impugnado, abrindo caminho para a adoção do controle abstrato de normas, tratando de incidentes suscitados independentemente da instauração de lides concretas.

O controle abstrato de normas estaduais e federais foi instituído, nos mesmos moldes da representação interventiva, com o advento da Emenda Constitucional nº. 16, de 26 de novembro de 1965 (BRASIL, 1965).

As reformas realizadas na Constituição de 1946, por meio da referida Emenda Constitucional, visou atribuir novos rumos à estrutura do Poder Judiciário, calcado na possibilidade concedida ao legislador de adotar dois novos institutos de

legitimidade constitucional, como forma de aliviar a sobrecarga imposta ao Supremo Tribunal Federal e ao Tribunal de Recursos.

Por meio da Emenda, o legislador poderia instituir processo de competência originária dos Tribunais de Justiça dos Estados para a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou municipal em face da Constituição do Estado-membro.

Também Baseada no modelo idealizado por Hans Kelsen e com base na Constituição Austríaca de 1920, a Emenda Constitucional de 1965 (BRASIL, 1965), introduziu no sistema brasileiro o controle abstrato de constitucionalidade, conferindo a iniciativa exclusiva ao Procurador-Geral da República, para propor, perante o Supremo Tribunal Federal, uma representação por inconstitucionalidade de lei federal ou estadual.

Desta forma, as matérias constitucionais passaram a se tornar questões principais no processo, ou seja, o processo de controle de constitucionalidade objetivo não mais envolvia o interesse concreto de partes em litígio, deixando de ser questão prejudicial a matéria constitucional.

Entretanto, importante ressaltar que, a partir da inserção deste novo modelo de controle de constitucionalidade, sem que se procedesse com alterações ou adaptações no controle incidental e difuso, gerou um constante confronto entre os dois sistemas de controle. Como afirma Binjenbojm:

A novidade foi introduzida sem que se fizesse qualquer alteração ou adaptação no velho sistema de controle incidental e difuso, o que acabaria por gerar uma permanente tensão dialética entre os dois sistemas. Até mesmo suspensão da execução de lei ou ato normativo pelo Senado Federal, que só se justifica como fato corretivo de um sistema difuso puro, foi atavicamente mantida. (BINENBOJM, 2004, p. 127).

O Texto Magno de 1967, não produziu significativas alterações no sistema de controle de constitucionalidade, mantendo os sistemas de controle concreto e abstrato, tal como previsto anteriormente na Constituição de 1946, após a Emenda nº. 16, de 1965.

Permaneceu com o Procurador-Geral da República, a competência para a representação para fins de intervenção, entretanto, com o fim de prover a execução de lei federal e garantir o respeito aos princípios sensíveis, houve uma ampliação

dos legitimados para condução desta. De outra forma, foi transferida para o Presidente da República a competência para suspender o ato estadual.

Assim, o Procurador-Geral da República, com o monopólio da competência para a deflagração do controle concentrado-abstrato, adquiriu uma margem de discricionariedade na análise da viabilidade da demanda, restringindo, por conseguinte, o acesso à prestação jurisdicional da Suprema Corte pela sociedade civil e pelas autoridades públicas.

E mais, como bem lembra Binenbojm:

Até o advento da Constituição de 1988 o Procurador-Geral da República era nomeado e exonerado *ad nutum* pelo Presidente da República, sendo certo que a Procuradoria Geral da República - instituição que lhe incumbia chefiar – acumulava as funções de Ministério Público Federal com a representação judicial da União Federal. Esta dupla feição do cargo de Procurador-Geral da República, com certa submissão funcional à Chefia do Poder Executivo, explica, de certo modo, a timidez e parcimônia com que a representação por inconstitucionalidade foi utilizada até 1988. Pode-se mesmo dizer que a deflagração da jurisdição constitucional abstrata foi até então, no Brasil, uma questão de Estado, da qual os cidadãos estavam completamente alijados. Um caso exemplar e emblemático de sociedade fechada de interpretes da Constituição, na qual o cidadão é reduzido à condição de mero espectador passivo das interpretações ditadas pelos tradutores oficiais da vontade constitucional. (BINENBOJM, 2004, p. 128).

A Emenda Constitucional nº. 01, de 1969 (BRASIL, 1969), previu, expressamente, o controle de constitucionalidade de lei municipal, em face da Constituição estadual, para fins de intervenção no município.

Já a Emenda Constitucional nº. 07, de 13 de abril de 1977 (BRASIL, 1977), ao lado da representação de inconstitucionalidade, introduziu a representação para fins de interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual, atribuindo também ao Procurador-Geral da República a legitimidade para a provocação do Supremo Tribunal Federal.

De igual forma, reconhecendo expressamente a possibilidade da concessão de liminar em representação de inconstitucionalidade, encerrou a controvérsia existente e atribuiu ao Supremo Tribunal Federal a competência para deferir o pedido de cautelar, formulado pelo Procurador-Geral da República.

Outra medida adotada pela Emenda Constitucional de 1977 (BRASIL, 1977), diz respeito ao instituto conhecido como avocatória, segundo o qual, a pedido do Procurador-Geral da República, o Supremo Tribunal Federal poderia deferir a

avocação de causas envolvendo perigo de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou às finanças públicas, de forma a suspender os efeitos da decisão proferida e devolver-lhe o conhecimento da lide de forma integral.

Entretanto, como bem leciona Clève (2000, p. 293/294), o instituto da avocatória foi largamente utilizado, durante o regime de exceção, para suspender decisões jurídicas à luz de argumentos políticos, conforme a conveniência dos governantes de plantão.

Uma nova e efetiva jurisdição constitucional no Brasil, construída dentro de um ambiente propício, ou seja, com a recuperação da legitimidade do sistema político, somente foi possível com a retomada da democracia e a instauração de um novo pacto constitucional, após o fim da ditadura militar.

1.4 O controle de constitucionalidade no modelo adotado pela Constituição Federal de 1988: a transformação da jurisdição constitucional brasileira.

Com o fim do período ditatorial, foi possível a celebração de um novo pacto constitucional, redemocratizando-se o país e combatendo o quadro de autoritarismo institucional que se instalara com a adoção do controle abstrato de constitucionalidade no Texto Magno de 1946.

O novo Texto Constitucional, promulgado em 05 de outubro de 1988 (BRASIL, 2010.c), fruto da Assembleia Nacional Constituinte instaurada em 1986 e dos mais variados debates na Sociedade, apresentou importantes inovações em questão de jurisdição constitucional, ampliando a legitimação ativa para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, ou seja, pondo fim ao monopólio exclusivista da legitimidade pelo Procurador-Geral da República.

De fato, a “Constituição-cidadã”, como é conhecida a Carta Magna de 1988, é responsável por uma verdadeira transformação da jurisdição constitucional brasileira, ampliando, de forma significativa, o acesso à justiça e promovendo a redemocratização do país.

Assim, observa-se que o constituinte ampliou o rol de legitimados a propor a ação direta de inconstitucionalidade, pretendendo reforçar o controle

abstrato de normas no ordenamento jurídico brasileiro como peculiar instrumento de correção do sistema geral incidente.

Ao ampliar, de forma marcante, a legitimação para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, a Constituição de 1988 reduziu o significado do controle de constitucionalidade incidental ou difuso, uma vez que permitiu que, praticamente, todas as controvérsias constitucionais relevantes sejam submetidas ao Supremo Tribunal Federal mediante processo de controle abstrato de normas.

É certo que, no período anterior a 1988, as questões constitucionais eram veiculadas no amplo e dominante sistema difuso de controle, apenas se cogitando da existência de um sistema misto de controle de constitucionalidade. E, dentro do sistema difuso, continuava a ser algo acidental e episódico o controle direto.

Assim, mediante a utilização da ação direta, típico instrumento do controle concentrado, as grandes questões constitucionais podem ser solvidas, tendo em vista a celeridade, a presteza e a ampla legitimação desse modelo processual, dotado inclusive da possibilidade de se suspender, imediatamente, a eficácia do ato normativo questionado.

Permitindo a aferição da constitucionalidade das leis estaduais, mediante requerimento do Presidente da República, e das leis federais, mediante requerimento de um Governador do Estado, confere novo significado ao processo de controle abstrato de normas, como instrumento federativo.

Em 17 de março de 1993, a partir da Emenda Constitucional nº. 03 (BRASIL, 1993), a ação declaratória de constitucionalidade foi introduzida no complexo sistema brasileiro de jurisdição constitucional, que, de igual forma à ação direta de inconstitucionalidade, tem o condão de obter do Supremo Tribunal Federal uma decisão, com efeito vinculante e eficácia *erga omnes*, a constitucionalidade de determinada lei ou ato normativo.

A legitimidade, entretanto, para a propositura da ação declaratória de constitucionalidade, com a Emenda nº. 03/93, ficou restrita ao Presidente da República, à Mesa do Senado Federal, à Mesa da Câmara dos Deputados e ao Procurador-Geral da República e, somente com a Emenda Constitucional nº. 45, de 30 de dezembro de 2004 (BRASIL, 2004), o rol de legitimados foi ampliado para incluir todos os legitimados ativos na ação direta de inconstitucionalidade.

A arguição de descumprimento de preceito fundamental ganhou certo destaque com a alteração produzida pela Emenda nº. 03/93, entretanto, apenas com a pretensão regulamentadora da Lei nº. 9.882, de 03 de dezembro de 1999 (BRASIL, 1999), o instituto deixou de permanecer como um enigma constitucional, desvendando-se a dicção lacônica do dispositivo constitucional que o contemplava.

Desde a promulgação da Carta de 1988, houve uma significativa progressão das ações diretas de inconstitucionalidade, dando margem a uma notável produção jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e revelando um verdadeiro avanço, no que se convencionou chamar sentimento constitucional.

Como leciona com grande propriedade Luís Roberto Barroso:

O surgimento de um sentimento constitucional no país é algo que merece ser celebrado. Trata-se de um sentimento ainda tímido, mas real e sincero, de maior respeito e um certo carinho pela Lei Maior, a despeito da volubilidade de seu texto. É um grande progresso. Superamos a crônica indiferença que, historicamente, se manteve em relação à Constituição. E para os que sabem, é a indiferença, não o ódio, o contrário do amor (BARROSO, 1998, p. 25).

Nota-se que, de forma cristalina, também no campo da jurisdição constitucional, o sentimento jurídico supõe a implicação com o ordenamento jurídico e com a idéia da justiça que o inspira e ilumina. Ou seja, sentir juridicamente é implicar-se com o Direito vigente, com o todo ou com parte dele, dando-lhe apoio.

O controle da constitucionalidade, suas especificidades em relação aos processos intersubjetivos e sua crescente judicialização, gerou inúmeras discussões sobre os seus aspectos processuais. O procedimento aplicável aos processos de competência originária e recursal do Supremo Tribunal Federal passou a ser de competência do legislador ordinário, retirando a competência exclusiva da Corte para dispor sobre o processo de controle abstrato de constitucionalidade. Com o status de lei ordinária, no que materialmente compatível com a nova Carta, o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal foi recepcionado.

Dispondo sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória da constitucionalidade, como forma de consolidar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, por iniciativa

do Poder Executivo, foi apresentado ao Congresso Nacional o Projeto de Lei nº. 2.960/97.

Assim, disciplinando o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, como resultado do Projeto de Lei acima referido, originou-se a Lei nº. 9.868, de 10 de novembro de 1999 (BRASIL, 1999).

A Lei nº. 9.868/99 trouxe em seu bojo inovações em matéria de controle de constitucionalidade, naquilo que se refere à possibilidade de modulação dos efeitos temporais das decisões, cautelares e de mérito, do Supremo Tribunal Federal, e seu caráter necessariamente vinculante para os órgãos judiciários e administrativos, bem como promoveu entre os instrumentos da jurisdição constitucional abstrata e da jurisdição incidental e difusa, uma positiva harmonização.

Consolidou-se, de forma evidente, uma verdadeira democratização do processo constitucional brasileiro, caracterizado por uma maior abertura no processo de interpretação constitucional, admitindo, expressamente, de acordo com a relevância da matéria, a manifestação de outros órgãos ou entidades, de acordo com a sua representatividade, além das partes formais no processo de controle abstrato.

Da mesma forma, para a formação de sua convicção, possibilitou aos juízes da Corte, mediante realização de audiências públicas, a utilização dos conhecimentos técnicos de peritos e de depoimentos de pessoas com experiência e autoridade sobre a questão em debate.

Já com o propósito de regulamentar o instituto da arguição de descumprimento de preceito fundamental, solucionando a questão da redação vaga do art. 102, §1º, da Constituição da República (BRASIL, 2010.c, p. 126), surgiu a Lei nº. 9.882, de 03 de dezembro de 1999 (BRASIL, 1999.b).

Após os nefastos vetos presidenciais ao projeto original, a Lei nº. 9.882/99, ao revés de garantir ao cidadão o acesso direto ao Tribunal Constitucional, diante da necessidade de proteção, de forma célere e eficaz, de um direito fundamental vulnerado, assemelhou a arguição de descumprimento de preceito

fundamental ao instituto da advocatária, introduzida pela Emenda nº. 07/1977 na Constituição de 1967/69.

Como forma de controlar a litigiosidade de massa, diante da ausência de respostas adequadas nas instâncias ordinárias do Poder Judiciário, a Lei nº. 9.868/99 (BRASIL, 1999) e a Lei nº. 9.882/99 (BRASIL, 1999.b), ampliando instrumentos e efeitos, confirmou o fortalecimento do sistema de controle concentrado e abstrato de constitucionalidade.

1.5 Inovações e polêmicas da Lei nº. 9.868, de 10 de novembro de 1999 e da Lei nº. 9.882, de 03 de dezembro de 1999.

Após a Constituição Federal de 1988, foi promulgada a Lei nº. 9.868, de 10 de novembro de 1999 (BRASIL, 1999), com o objetivo de disciplinar a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade. Tal diploma legislativo não pode ser considerado apenas como uma norma processual, pois, ao estatuir os regramentos do processo constitucional, constitui-se em uma verdadeira lei de ritos, consoante apregoa em sua ementa e ratifica em seu art. 1º, ou seja, não se submete aos princípios e conceitos do Direito Processual Civil, subordinando-se, em primeiro, às normas e princípios constitucionais.

Ao se analisar a sistemática adotada pelo diploma processual em referência, busca-se na verdade observar às inovações e contribuições na jurisdição constitucional brasileira, partindo-se da missão primordial, qual seja, a proteção do regime democrático e dos direitos fundamentais.

A primeira das inovações trazidas pela Lei nº. 9.868/99 diz respeito à questão da legitimidade para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, prevista no art. 103 da Constituição Federal. O diploma legislativo fez incluir dentre o rol de legitimados, em seu art. 2º, a Câmara Legislativa e o Governador do Distrito Federal, ponto com posição consolidada pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido de que configura lacuna a omissão do texto constitucional, julgando ser inegável a competência tanto do Governador quanto da Câmara Legislativa para as ações diretas de inconstitucionalidade (BRASIL, 1994).

Por possuir algumas características de Estado e outras de Município, ou seja, por ser considerado ente federativo anômalo, bem como tendo em vista a atribuição de legitimidade constitucional aos governadores de Estados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, não haveria razão para não estender a possibilidade de ajuizamento desta também para a Câmara Legislativa e para o Governador do Distrito Federal, excluindo assim do controle concentrado de constitucionalidade as normas do Distrito Federal editadas no exercício de competência estadual.

Ponto que gerou certa polêmica com a promulgação da Lei 9.868/99 foi no sentido de que a mesma, apesar de haver ratificado vários posicionamentos do Supremo Tribunal Federal, em matéria de processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade, não positivou a exigência da pertinência temática para alguns legitimados ativos, os chamados legitimados condicionados ou não universais.

Muito embora o texto constitucional não tenha previsto a exigência da pertinência temática, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal consolidou entendimento acerca da necessidade e, portanto, como requisito específico, da pertinência temática para que determinados entes e órgãos possam manejar a ação direta de inconstitucionalidade.

A exigência de correlação entre os fins institucionais ou as prerrogativas ou entidade legitimada para a propositura da ação direta com aquele ato normativo por meio dela questionado, caracteriza o que se denominou pertinência temática, surgida como uma espécie de freio em face do crescente número de propositura de ações diretas de inconstitucionalidade pelas confederações sindicais e entidades de classe de âmbito nacional.

Também das Mesas de Assembléias Legislativas, da Câmara Legislativa distrital, dos Governadores dos Estados e do Distrito Federal, passou-se a exigir o requisito da pertinência temática para a propositura de ações diretas de inconstitucionalidade, ou seja, a demonstração do interesse de agir em cada ação.

Ressalte-se ainda o veto pelo Presidente da República ao art. 2º, da Lei 9.868/99, que restringia às confederações sindicais e entidades de classe de âmbito nacional, aludindo ainda às federações sindicais de âmbito nacional, a exigência da pertinência temática, motivado unicamente pela contrariedade à jurisprudência

consolidada do Supremo Tribunal Federal, que não admitem que as federações sindicais possuam legitimidade para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade.

O veto em questão, abarcando a teoria do combate à incontrolável proliferação de causas, frustrou o acesso de grupos organizados, de imensa representatividade social, à participação nos processos constitucionais sobre leis de grande relevância, perdendo a possibilidade de uma regulamentação mais democrática e menos estreita dos requisitos exigidos para a habilitação na propositura de ação direta de inconstitucionalidade.

O Supremo Tribunal Federal, em suas jurisprudências, também vem exigindo uma série de requisitos para a caracterização do “caráter nacional” das entidades de classe, tais como a atuação em pelo menos nove Estados, a formação por pessoas naturais ou jurídicas que componham uma categoria profissional ou econômica, a composição de uma categoria homogênea e a não configuração como “associações de associações”, com seus membros vinculados à atividade fim da categoria.

Outro aspecto polêmico com a promulgação da Lei nº. 9.868/99, diz respeito à ausência de previsão sobre a possibilidade de arguição de parcialidade dos julgadores, tornando mais democrático, transparente e adequado o exercício da jurisdição constitucional, com uma atitude de seriedade para com a Constituição Federal e uma garantia para os jurisdicionados, sobretudo, numa cultura política marcadamente personalista (BINENBOJM, 2004, p. 149-150).

Em sede de fiscalização abstrata de constitucionalidade, a restrição à possibilidade de arguição do impedimento ou suspeição dos julgadores do Supremo Tribunal Federal prejudica a independência da Corte, a transparência dos seus julgamentos e a respeitabilidade dos seus julgados.

O procedimento da ação direta de inconstitucionalidade está disciplinado nos arts. 3º a 9º da Lei nº. 9.868/99. Dentre os requisitos da petição inicial, situam-se o dispositivo da lei ou ato normativo impugnado, os fundamentos jurídicos do pedido em relação a cada uma das impugnações, o pedido e suas especificações.

Muito embora o Supremo Tribunal Federal não possa agir de ofício, nada impede que, no silêncio da petição inicial sobre os dispositivos que regulamentam a

norma legal impugnada, caso declarada a inconstitucionalidade do supedâneo legal, devem ser estendidos os efeitos da declaração a todas as normas dele decorrentes, mesmo que não estejam expressamente contempladas na peça inaugural.

Importa dizer ainda que os fundamentos jurídicos apresentados na petição inicial da ação direta de inconstitucionalidade, não vinculam a Corte Constitucional que poderá, por razões jurídicas diversas, declarar a inconstitucionalidade da norma impugnada.

O parágrafo único, do art. 3º da Lei 9.868/99, somente traz a exigência do instrumento do mandato para os casos em que a petição inicial for subscrita por advogado, possuindo os legitimados pelo art. 103, incisos I a VII, da Constituição Federal, capacidade postulatória plena para ajuizarem ação direta de inconstitucionalidade e para a prática de todos os demais atos processuais, independentemente de advogado, ao contrário das entidades de classe de âmbito nacional, os partidos políticos e as confederações sindicais, de quem se exige patrocínio advocatício, conforme entendimento consubstanciado no Supremo Tribunal Federal.

Não se admite alegações genéricas e sem indicação dos dispositivos constitucionais supostamente violados na petição inicial da ação direta de inconstitucionalidade, sendo a mesma, liminarmente, indeferida pelo relator, declarando-a inepta, a teor do que dispõe o art. 4º da Lei nº. 9.868/99, cabendo agravo regimental para o Plenário do Tribunal.

Tendo em vista a natureza objetiva e o caráter indisponível da ação direta de inconstitucionalidade, não havendo interesse individual, a Lei nº. 9.868/99, em seu art. 5º, reproduzindo o art. 169, parágrafo 1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, vedou, expressamente, o instituto da desistência da ação ou de pedido liminar, prevalecendo o interesse público de proteção da Constituição.

Saliente-se que, mesmo sendo o Parecer do Procurador-Geral da República ao final favorável à constitucionalidade da norma impugnada, o mesmo não poderá desistir da ação.

De acordo com a legislação em análise, são réus da ação direta os partícipes na elaboração do ato normativo impugnado. Desta forma, ao lado da Casa Legislativa, responderá o Chefe do Poder Executivo que houver sancionado o

projeto de lei, não ocorrendo tal participação caso tenha o vetado. Apenas as autoridades administrativas responderão no caso de impugnação de ato administrativo.

Outra questão polêmica oriunda a Lei nº. 9.868/99, é de saber se poderá, posteriormente, ajuizar uma ação direta de inconstitucionalidade o Presidente da República ou qualquer Governador do Estado e do Distrito Federal que houver sancionado um determinado projeto de lei.

Sobre a questão, o Supremo Tribunal Federal, em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 807-2/RS (1993.b), já firmou entendimento no sentido de que, não confere prerrogativa de buscar a inclusão no pólo ativo, uma vez iniciada a fiscalização abstrata por qualquer dos outros ativamente legitimados, a circunstância de o Governador do Estado poder questionar, autonomamente, a validade jurídica de uma espécie normativa local em sede de ação direta, fazendo instaurar por iniciativa própria o controle concentrado de constitucionalidade. Assim, ainda que tenha expressamente reconhecido a procedência do pedido, não dispõe de legitimidade para requerer a suspensão cautelar do ato impugnado, o órgão do Poder Público que formalmente atue como sujeito passivo no processo de controle normativo abstrato.

Observa-se que a negativa do Supremo Tribunal Federal reside na impossibilidade de, uma vez proposta a ação por qualquer outro legitimado, o Chefe do Executivo deslocar-se do pólo passivo para o ativo, formulando, como no caso, pedido de suspensão cautelar do ato normativo objurgado, mas não nega a possibilidade da propositura da ação pelo mesmo.

Entretanto, autores há que julgaram a posição do Supremo Tribunal Federal, neste caso, incoerente. Neste sentido, argumentou Gustavo Binbenojm:

A solução da Suprema Corte para o caso, *data vênia*, não soa coerente. Com efeito, quem pode o mais pode o menos. Assim, se o Chefe do Executivo pode intentar a ação direta, como seu autor único e autônomo, não parece razoável que lhe seja defeso reconhecer a procedência do pedido formulado por outro ente legitimado e, via de consequência, que não possa deduzir um pedido de suspensão cautelar do ato normativo atacado. (BINENBOJM, 2004, p. 155).

O autor conclui que a Lei nº. 4.717/64, que disciplina a Ação popular, é a melhor solução para a situação não resolvida pela Lei nº. 9.868/99, cogitando de aplicação analógica ao processo da ação direta.

A intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade, no caput do art. 7º da Lei nº. 9.868/99, é vedada, pois não há um interesse jurídico a ensejar a intervenção de terceiros, ou seja, não há um direito subjetivo ou pretensão concreta deduzida pelo autor e resistida pelos réus.

Importante abertura da interpretação constitucional no país ocorreu com a introdução, em processo objetivo de controle de constitucionalidade, da figura do *amicus curiae*, consubstanciada no parágrafo 2º, do art. 7º, da Lei nº. 9.868/99, passando-se a admitir a participação de órgãos ou entidades, legitimados ou não para a propositura da ação direta, na contribuição do deslinde de questões constitucionais decididas pelo Supremo Tribunal Federal que afetem seus interesses.

Muito embora a figura do *amicus curiae* já tivesse surgido no Brasil desde 1976, com a Lei que disciplinou a possibilidade de intervenção em questões de direito societário pela Comissão de Valores Mobiliários, foi introduzido em processo objetivo de controle de constitucionalidade pela Lei nº. 9.868/99, com a possibilidade de habilitação do órgão ou entidade para apresentação à Corte da sua interpretação sobre determinada questão constitucional, participando do que Peter Häberle (1997) denominou de “sociedade aberta dos intérpretes da constituição”. Segundo Häberle (1997, p. 34), “limitar a hermenêutica constitucional aos intérpretes ‘corporativos’ ou autorizados jurídica ou funcionalmente pelo Estado significaria um empobrecimento ou um autoengodo”.

Ao instituir a figura do *amicus curiae* no processo constitucional, a lei objetivou a pluralização do debate, possibilitando que os destinatários, diretos ou mediatos, das decisões da Corte participem ativamente do processo de interpretação constitucional.

Entretanto, a decisão da admissibilidade ou não do *amicus curiae* em determinado processo de interpretação constitucional, cabe ao relator, revestindo-se de caráter discricionário tal decisão, baseada apenas nos critérios da

representatividade dos postulantes e a relevância da matéria em discussão, sendo irrecorrível a decisão que admite a manifestação do *amicus curiae*.

Já a decisão que indefere a participação do *amicus curiae* em determinado processo constitucional, pode ser revista por meio de agravo regimental pelo Plenário da Corte.

No que se refere aos poderes de participação atribuídos ao *amicus curiae*, destaca-se a possibilidade de sustentação oral nas sessões de julgamento, corroborada pela interpretação do §2º, do art. 7º da Lei nº. 9.868/99, bem como a possibilidade de interposição de recurso, além da apresentação formal de peças por escrito. Ou seja, a realização da sustentação pelo patrono do *amicus curiae* não está expressamente vedada na legislação.

Com relação ao poder de interposição de recurso pelo *amicus curiae*, seria irrazoável a negativa de utilização de recursos, ao tempo em que se permite a participação por apresentação de peças escritas e por sustentação oral. Assim, o *amicus curiae* pode, contra decisões interlocutórias do relator, interpor agravo regimental, bem como pode, contra os acórdãos cautelares e de mérito, interpor embargos de declaração.

O *amicus curiae* poderá interpor, conforme seja o caso de cabimento, recurso extraordinário e recurso especial, na esfera estadual de controle abstrato de constitucionalidade.

Sobre o prazo para interveniência do *amicus curiae*, importa salientar que a Lei nº. 9.868/99, em seu art. 7º, gerou certa polêmica, tendo em vista que, no parágrafo 2º, estabeleceu que o relator poderá admitir o *amicus curiae* para se manifestar sobre o objeto da ação, observado o prazo do parágrafo anterior.

No parágrafo primeiro, vetado pelo Chefe do Poder Executivo, havia a previsão de que os outros legitimados à propositura da ação direta, poderiam se manifestar no prazo de 30 (trinta) dias para a prestação das informações pelas autoridades responsáveis pela edição do ato normativo.

A redação do art. 7º da lei levou ao entendimento de que a habilitação do *amicus curiae* nos autos deveria ocorrer dentro do prazo das informações prestadas pelas autoridades responsáveis pela edição do ato normativo, ou seja, 30 (trinta) dias.

No entanto, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 2.238 (BRASIL, 2008), decidiu que o *amicus curiae* não pode mais ser admitido quando já iniciado o julgamento, levando ao entendimento de que a admissão do *amicus curiae* pode ocorrer a qualquer tempo, desde que não iniciada a sessão de julgamento.

Enquanto a participação do Advogado-Geral da União nos processos de ação direta está voltada à defesa da constitucionalidade do ato normativo impugnado, o Procurador-Geral da República, por sua vez, participa elaborando parecer com autonomia plena, podendo opinar, inclusive, pela improcedência do pedido, mesmo naquelas ações que ele mesmo houver ajuizado.

Outra importante inovação trazida pela Lei nº. 9.868/99 ao processo de fiscalização abstrata de constitucionalidade no Brasil, diz respeito à possibilidade do relator, caso necessite de esclarecimentos sobre determinada matéria ou circunstância, bem como no caso de notória insuficiência das informações existentes nos autos, requisitar informações adicionais, designar peritos ou comissão de peritos para emissão de parecer sobre a questão, ou fixar data para ouvida de depoimentos de pessoas com autoridade e experiência na matéria (art. 9º, §1º, da Lei nº. 9.868/99).

A lei também possibilitou ao relator solicitar informações aos tribunais estaduais, federais e superiores sobre a aplicabilidade da norma impugnada, no âmbito das suas jurisdições.

Tais inovações são dotadas de importância, tendo em vista que a apreciação de constitucionalidade de uma norma, em diversos casos, depende do esclarecimento de fatos relativos a sua produção, forma de incidência e repercussão, da mesma forma que, a averiguação sobre a constitucionalidade de uma norma depende, muitas vezes, de conhecimentos mais técnicos, específicos, justificando a relevância da previsão de diligência pericial.

Embora prevista expressamente no art. 102, inciso I, alínea “p”, da Constituição Federal (2010, p. 125), a medida cautelar em sede de ação direta de inconstitucionalidade foi regulamentada pela Lei nº. 9.868/99. Reza a lei que, respeitado o *quorum* mínimo de oito Ministros presentes e por decisão da maioria absoluta dos membros do Tribunal, a medida cautelar, que deverá observar os

requisitos genéricos de plausibilidade da pretensão (*fumus boni iuris*) e do perigo da demora (*periculum in mora*), será concedida, operando via de regra efeitos apenas *ex nunc*, após audiência, em cinco dias, dos órgãos ou autoridades dos quais emanou o ato, sendo facultativa e a critério do relator, a oitiva, em três dias cada, do Procurador-Geral da República e do Advogado-Geral da União, bem como a realização de sustentação oral no julgamento da cautelar.

Em casos de excepcional urgência, pode, entretanto, ser dispensada a audiência dos responsáveis pela edição do ato normativo impugnado, sendo possível, consoante estatuí o parágrafo 3º, do art. 10, da Lei nº. 9.868/99, a concessão de cautelar *inaudita altera parte*.

Com o fim de evitar que normas teratológicas, editadas há muito tempo, permaneçam produzindo efeitos, com prejuízo ao interesse público, o Supremo Tribunal Federal tem utilizado a justificativa da conveniência administrativa para substituir a exigência do perigo da demora da decisão definitiva.

Como consequência lógica e obrigatória da invalidade da lei inconstitucional, importante destacar que, salvo expressa manifestação da Corte em sentido contrário, a legislação anterior acaso existente torna-se aplicável, a partir da concessão de medida cautelar.

No que se refere aos efeitos da concessão de medidas cautelares em sede de ação direta de inconstitucionalidade, muito embora a regra seja a da não retroatividade, recentemente, a Corte Suprema tem concedido liminares com efeitos retroativos.

Em face da relevância da matéria e de seu especial significado para a ordem social e para a segurança jurídica, bem como forma de economia processual, o art. 12 da Lei nº. 9.868/99 (BRASIL, 1999) instituiu a possibilidade de julgamento do pedido de medida cautelar conjuntamente com o mérito da própria ação direta.

A Lei nº. 9.868/99 também disciplinou o procedimento da ação declaratória de constitucionalidade, definindo o rito desta de forma similar à ação direta de inconstitucionalidade, diferenciando-o apenas em alguns aspectos.

A introdução da ação declaratória de constitucionalidade no sistema Brasileiro ocorreu com a finalidade de afastar o estado de incerteza sobre a validade de lei ou ato normativo federal, ou seja, de afastar a insegurança jurídica,

convolvendo, por meio de decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, em absoluta a presunção relativa sobre a constitucionalidade de lei.

Com relação ao rol de legitimados para a propositura da ação declaratória de constitucionalidade, muito embora o art. 13 da Lei nº. 9.868/99 tenha limitado o elenco ao Presidente da República, às Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal e ao Procurador-Geral da República, com a Emenda Constitucional nº. 45/2004 (BRASIL, 2004), alterando o art. 103 da Constituição Federal, esse rol foi ampliado, passando a ser os mesmos legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade.

A demonstração da existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação da disposição do objeto da ação declaratória de constitucionalidade, ou seja, a fundada incerteza sobre a constitucionalidade da lei, configura-se num dos requisitos a mais exigidos para a ação direta de inconstitucionalidade, devendo ser comprovada pela juntada de sentença ou acórdãos dos Juízos e Tribunais.

O mesmo rito de procedimentos aplicável à ação direta de inconstitucionalidade foi estipulado pela lei para a ação declaratória de constitucionalidade, com exceção da previsão do contraditório no processo da ação declaratória de constitucionalidade e que foi assegurado pelo constituinte na ação direta de inconstitucionalidade.

No que concerne à concessão de medida cautelar na ação declaratória de constitucionalidade, embora não haja previsão legal, com fundamento no poder geral de cautela reconhecido a todo Juiz ou Tribunal, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou pelo seu cabimento, estendendo às cautelares concedidas em ação declaratória de constitucionalidade os efeitos reservados às decisões definitivas de mérito proferidas nessa ação pelo art. 102, §2º, da Constituição Federal (BRASIL, 2010.c, p. 126).

A importância das inovações introduzidas no sistema brasileiro de fiscalização abstrata da constitucionalidade das leis e atos normativos pela Lei nº. 9.868/99 reside, em especial, na promoção da organização desse sistema, principalmente no que concerne à compatibilização entre os instrumentos processuais por meios dos quais ela se realiza, assumindo a natureza dúplice das ações diretas de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade, bem

como atribuindo o efeito da simetria às decisões, ou seja, o julgamento de procedência de uma ação implica na improcedência da outra, e estabelecendo o mesmo disciplinamento das decisões proferidas tanto em uma quanto na outra.

A Lei nº. 9.868/99 instituiu, em seu art. 26, a irrecorribilidade das decisões proferidas em sede de ação direta de inconstitucionalidade e de ação declaratória de constitucionalidade, bem como o não cabimento de ação rescisória, fazendo, ressalva, no entanto, no que se refere à possibilidade de oposição de embargos declaratórios.

Vale dizer que têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública Federal, Estadual e Municipal, a declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, cabendo Reclamação, ainda quando ajuizada por quem não foi parte nessas ações, contra decisões de outros órgãos do Poder Judiciário que hajam desrespeitado o efeito vinculante das decisões proferidas.

Acrescente-se ainda que não se limita ao dispositivo da decisão, mas alcança, também, os chamados fundamentos determinantes, o efeito vinculante da ação direta de inconstitucionalidade.

Outra inovação introduzida pela Lei nº. 9.868/99 (BRASIL, 1999), no art. 27, que gerou polêmica, diz respeito à possibilidade de flexibilização, diante das razões de segurança jurídica ou excepcional interesse público, a juízo do Supremo Tribunal Federal, da regra da nulidade da lei inconstitucional, denominada de modulação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade.

A questão da modulação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade foi objeto de debates em virtude do princípio da Supremacia da Constituição, ou seja, passou-se a questionar se a possibilidade de atribuição do efeito *ex nunc* à declaração de inconstitucionalidade não estaria mitigando o próprio princípio da Supremacia da Constituição.

Também se perquiriu se seria legítima a exigência do *quorum* de dois terços dos membros da Corte Suprema para a aprovação da limitação temporal,

quando confrontada com o art. 97 da Constituição Federal, que exige o *quorum* de maioria absoluta para a declaração de inconstitucionalidade pela Corte.

O fato é que a questão é objeto das ações diretas de inconstitucionalidade nº. 2.154 e 2.258, sob a relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, pendentes de julgamento.

No entanto, os precedentes jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal demonstram que, embora adote como regra a declaração de inconstitucionalidade com efeitos retroativos, a Corte admite alguns temperamentos. De toda sorte, cumpre esclarecer, que o fundamento para a adoção da medida excepcional pela Suprema Corte não está fundamentada apenas no art. 27 da Lei nº. 9.868/99, mas, sobretudo em razões ligadas à segurança jurídica, ao excepcional interesse público e à ponderação de valores e princípios de mesma hierarquia e igual dignidade constitucional.

E mais: com relação a exigência do *quorum* de dois terço como pressuposto para que a declaração de inconstitucionalidade tenha seus efeitos temporais limitados, a Corte Suprema parte da premissa da repercussão social e política da decisão, bem como do elevado grau de responsabilidade desta, sendo, portanto, legítima a exigência.

Mais recentemente, foi editada a Lei nº. 12.063/09 (BRASIL, 2009), que acrescentou à Lei nº. 9.868/99 o capítulo II-A, estabelecendo a disciplina processual da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, prevendo como legitimados para a propositura desta o mesmo rol de legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade.

Mesmo sendo aplicáveis à ação direta de inconstitucionalidade por omissão os atos processuais e fases do procedimento da ação direta de inconstitucionalidade por comissão, desde que compatíveis a ambas as ações, há, entretanto, algumas especificidades que merecem registro, aspectos que diferenciam o procedimento adotado na ação direta de inconstitucionalidade por omissão e aquele normalmente empregado na ação direta de inconstitucionalidade por comissão, que serão oportunamente abordadas no capítulo terceiro do presente trabalho.

Outras inovações e aspectos polêmicos foram introduzidos pela Lei nº. 9.882, de 03 de novembro de 1999 (BRASIL, 1999.b), que regulamentou a arguição de descumprimento de preceito fundamental, introduzida na Constituição Federal de 1988.

A polêmica, inicialmente gerada, recaiu sobre a natureza da regulamentação da arguição de descumprimento de preceito fundamental, indagando-se se a mesma seria uma ação constitucional do cidadão ou uma advocatória.

Vale transcrever passagem da decisão monocrática proferida pelo Ministro Ricardo Lewandowski, quando do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 145:

A arguição de descumprimento de preceito fundamental configura instrumento de controle abstrato de constitucionalidade de normas, nos termos do art. 102, §1º da Constituição, combinado com o disposto na Lei nº. 9.882, de 03 de dezembro de 1999, que não pode ser utilizado para a solução de casos concretos, nem tampouco para desbordar os caminhos recursais ordinários ou outras medidas processuais para afrontar atos tidos como ilegais ou abusivos. Não se pode, com efeito, ampliar o alcance da ADPF, sob pena de transformá-la em verdadeiro sucedâneo ou substitutivo de recurso próprio, ajuizado diretamente perante o órgão máximo do Poder Judiciário. (BRASIL, 2009.d).

Importa, de logo, dizer que a legitimação para a arguição de descumprimento de preceito fundamental, antes atribuída no Projeto de Lei a qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público, após o veto presidencial, foi reduzida ao rol de legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade.

Retomaremos ao estudo no capítulo específico sobre o tema do controle concentrado de constitucionalidade, no qual será feita uma abordagem mais específica sobre os instrumentos de controle abstrato de constitucionalidade de normas na jurisdição brasileira.

2. O CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

2.1 Histórico dos Conselhos de Justiça.

Nasce com a independência do Poder Judiciário Europeu, com mais especificidade na Europa Continental, ou seja, basicamente na França e na Itália, a história dos Conselhos Judiciais. Como forma de adaptação ao discurso constitucionalista, houve um redimensionamento político dos elementos estruturais da doutrina da soberania dinástica, ainda depois da revolução francesa.

A partir da década de 60, com diversas finalidades, os Conselhos de Justiça começaram a se enraizar nos diversos países do mundo. Dentre as suas principais finalidades, é possível citar a garantia de independência do Judiciário ou melhoria de sua imagem, a elaboração de orçamento, destinação dos gastos e exercício do controle administrativo-funcional.

Na França, é possível verificar um processo de supremacia da Assembléia, já exteriorizada na prática política pelo ideário rousseauiano de soberania popular, em virtude da imagem estereotipada dos juízes em razão das suas vinculações com o *Ancien Régime*.

A atuação dos juízes, historicamente, tanto em razão da sua origem aristocrata quanto da sua defesa do absolutismo, sempre foi reduzida e limitada, como agentes públicos menores. Com o crescente corporativismo judicial e os ideais revolucionários das liberdades, no entanto, iniciou-se um processo de progressão da autonomia do judiciário.

Na história da separação dos poderes, é possível chegar-se a uma conclusão: o judiciário não fora pensado como um poder propriamente, mas como uma função especializada. Ou seja, o judiciário é visto como um poder invisível e nulo (MONTESQUIEU, 1748).

Há assim a divisão do período histórico da progressiva autonomia do judiciário em quatro possíveis etapas, sendo as duas primeiras relacionadas à afirmação da independência funcional e as duas últimas, à independência orgânica do judiciário. São elas: I – período revolucionário; II – período napoleônico; III – surgimento dos conselhos judiciais; e, IV – universalização dos conselhos judiciais.

Na primeira etapa, ocorre uma espécie de interpretação, sob as luzes dos ideais rousseauiano e das lições de Montesquieu sobre a separação dos poderes. Nestas, há uma espécie de caracterização dos três poderes, ocupando o legislativo o patamar de poder supremo e o executivo de poder independente. O Judiciário, no entanto, era visto como uma função especializada limitada.

A função do juiz era a de mero aplicador da lei ao caso concreto. Na verdade, um agente público submetido a mandato e a eleições, com atribuições limitadas, sem poder de interpretação, pois, em caso de dúvidas quanto a aplicação das disposições legais, deveria submeter o problema à interpretação do legislativo para esclarecimento da vontade do legislador.

E mais: os juízes não podiam exercer o controle da atividade administrativa, sendo vedada a intimação de autoridade pública. Mas, isto não quer dizer que o juiz detinha papel irrelevante, posto que o mesmo, assim como o *parquet*, já era detentor da garantia da inamovibilidade.

Já no período napoleônico, houve uma significativa progressão da autonomia do judiciário, com a equiparação dos juízes aos funcionários públicos, ainda que submetidos hierarquicamente ao ministro da Justiça. Ato contínuo, objetivando uniformizar o ato interpretativo das leis e dar continuidade ao exercício da função disciplinar, ocorreu a transformação da Corte de Cassação em órgão da cúpula judiciária.

Também neste período, no ano de 1817, ocorreu a profissionalização dos juízes, por meio da edição de uma lei napolitana. Nesta, houve a instituição de mecanismo seletivo para ingresso na carreira e da garantia de estabilidade no cargo após três anos de exercício. O ministro da Justiça e um tribunal superior passaram a compartilhar o exercício do poder disciplinar. Era uma tentativa de se reduzir as interferências na atividade judicial pelo Poder Executivo.

A garantia da inamovibilidade dos juízes somente volta a aparecer nos textos constitucionais de 1830. A Constituição francesa sustentava a necessidade de uma seleção dos juízes pelo processo da candidatura, enquanto o Estatuto Albertino, em 1848, pregava a necessidade de desenvolvimento institucional e acolhia a idéia de estabilidade de três anos de exercício profissional, o processo disciplinar e revisional da Corte de cassação.

Os poderes para nomeação, promoção e transferência dos juízes eram atribuídos ao Executivo. A garantia da irredutibilidade dos salários surgiu na Itália, estando prevista na lei piemontesa *Siccardi* (SAMPAIO, 2007, p. 179), juntamente com a garantia da inamovibilidade. Nela, como ápice da organização judiciária e órgão de disciplina, figurou a Corte de Cassação.

Em 1865, com a missão de assessorar o Executivo na administração dos serviços judiciais, foi instituída uma Comissão de Justiça. Era o prenúncio para a necessidade de criação de um conselho mais forte e que reduzisse a força interventiva do Executivo.

Com a chegada da Modernidade, os juízes sucumbiram ao rei com a corrupção e, após a queda da realeza, ao império da política liberal, mesmo depois de terem superado o relativo preconceito medieval, a plena subordinação ao rei e o julgamento pelos pares.

Neste momento, forma-se um colégio de iguais e diferentes, sob a chefia ou presidência do ministro da justiça, chamado de sistema híbrido. Inicialmente, tratava-se de um órgão de assessoria do ministro da justiça, posteriormente, avança-se para uma composição figurada de representantes dos juízes.

Por exigência de setores políticos e dos próprios juízes, inicia-se uma sistemática de critérios mais objetivos de avaliação do trabalho dos juízes para fins de remoção e promoção.

Nessa onda crescente, a Itália propõe, por meio de lei de organização judiciária, a criação de um Conselho da Magistratura. No entanto, a França foi a concessionária do título ao pleno da Corte de Cassação, reunido para apreciação dos aspectos disciplinares da judicatura.

A Itália foi a responsável pela criação do primeiro Conselho da Magistratura que abarcava mais funções do que a de simples disciplina judicial, apresentando também a função consultiva nas áreas de seleção, de transferência e de promoção dos juízes. A composição deste Conselho era bastante diversificada, incluindo o primeiro presidente da Corte de Cassação de Roma, o Procurador-Geral perante essa Corte, seis conselheiros ou três procuradores-gerais adjuntos também atuantes na Corte, além de nove membros, eleitos pelo colégio de juízes e pelo

Ministério Público e indicados pelo ministro da Justiça por decreto real (SAMPAIO, 2007, p. 180).

A partir daí, como órgão autônomo e dedicado a garantir a independência do Judiciário, cuidando da seleção e da disciplina dos juízes, surge na França, em 1946, o Conselho Superior da Magistratura. A composição também bastante diversificada, incluía entre seus membros o presidente da República e o ministro da Justiça, como seu presidente e vice-presidente, respectivamente.

Por igual, vocacionado a promover o autogoverno judiciário e também formado por representantes dos juízes e dos parlamentares, sob a presidência e vice-presidência, na ordem, do chefe do Executivo e do ministro da Justiça, a Constituição italiana criou também o Conselho Superior da Magistratura.

No Governo do Presidente De Gaulle, o Conselho Superior é idealizado na Constituição Francesa para garantir a independência do Judiciário. Ocorreu assim, um processo de enfraquecimento do Conselho Superior da Magistratura em favor do Executivo e em nome do reequilíbrio das instituições.

A verdade é que iniciou-se uma fase de universalização do órgão, servindo os dois Conselhos como modelo para o desenvolvimento da idéia em outros países ou simplesmente a cópia dos mesmos.

Atualmente, existem dois grandes modelos de Conselhos de Justiça, sendo um com matriz franco-italiana, denominado de latino-europeu, e o outro chamado de nórdico-europeu, ou seja, dos países do norte da Europa.

Nos países que adotam o modelo latino-europeu, há a predominância das questões disciplinares e das formas de ingresso da magistratura, predominando os laços do Judiciário com o Executivo. Esse modelo é adotado pela França, Itália, Espanha e Portugal.

O Conselho Superior da Magistratura da França, originou-se em uma lei de 1883, com o fim de deliberar sobre matéria disciplinar dos magistrados pela reunião de todas as câmaras de Corte de Cassação. Apenas com a Constituição de 1946, ainda como auxiliar do presidente da República, o Órgão aparece como autônomo.

As mudanças profundas no Conselho Francês somente veio a ocorrer a partir do anos 1990, retomando, com a Lei Constitucional de 27 de julho de 1993 e

com a Lei Orgânica de fevereiro de 1994, o princípio da eleição para os conselheiros magistrados, sendo atribuição dos mais altos dignatários da República, tais como o presidente da República, o presidente da Câmara e do Senado e a Assembléia-Geral do Conselho de Estado, a escolha dos demais membros.

Houve, então, uma ampliação de competências para os denominados magistrados do Ministério Público, tanto no tocante ao seu poder consultivo nas nomeações de magistrados, quanto no sentido de proposições sobre os assuntos judiciários.

O Conselho Superior da Magistratura Francês tem composição mista, contando com doze representantes do Judiciário e do Ministério Público por eles indicados, além de um membro do Conselho de Estado e três nomes escolhidos pelo chefe de Estado, sendo presidido pelo presidente da República e seu vice é o Ministro da Justiça.

Para fins de ocupação dos postos do Judiciário, a indicação ou recomendação de nomes ao presidente da República está entre as competências do Conselho. Assim, com o poder de iniciativa, o Conselho examina o currículo dos candidatos e submete relatório ao presidente da República, para escolha dos magistrados judiciais da Corte de Cassação, dos primeiros presidentes das Cortes de Apelação e dos presidentes dos Tribunais de Grande Instância.

Já no tocante aos demais magistrados judiciais, o Ministro da Justiça é quem possui essa iniciativa, e ao Conselho cabe apenas dar conformidade. Com exceção dos procuradores-gerais, que são nomeados pelo Conselho de Ministros, após a indicação pelo Ministro da Justiça, os magistrados do Ministério Público recebem parecer não vinculante do Conselho Superior da Megistratura.

Além da defesa da independência do Poder Judiciário, a adoção de medidas disciplinares e as promoções na carreira judicial, também são atribuições do Conselho. Desta forma, emitem parecer e sugerem providências ao presidente da República, sobre a inspeção e o recolhimento de dados sobre a situação, organização e funcionamento da Corte de Cassação, das Cortes de Apelação, dos Tribunais e da Escola Nacional da Magistratura.

Muito embora se ressinta de meios próprios de inspeção e de prerrogativas investigatórias, como poderes de condução coercitiva e de injunção, as

condições de infra-estrutura e de segurança pessoal dos magistrados, são informações relacionadas ao Judiciário também prestadas pelo Conselho Francês, quando solicitadas pelo presidente da República ou pelo Ministro da Justiça.

Importante frisar que o Conselho de Justiça Francês é definido como órgão puramente administrativo, fato este corroborado pela possibilidade de revisão de suas decisões pelo Conselho de Estado. Como bem salienta José Adércio Leite Sampaio:

O Conselho tem recebido diversas críticas que dão conta de uma elevada ideologização do colegiado e, ao mesmo tempo, partidarização da magistratura, motivadas pelas eleições de conselheiros e da injustificada diferença de tratamento entre magistrado judicial e *du parquet*, possibilitando ao presidente inclusive nomear membros desta última categoria para assumir postos relevantes no governo ao preço de uma combatida e ainda persistente vinculação entre os dois (SAMPAIO, 2007, p. 185).

Já o Conselho Superior da Magistratura, como é denominado o Conselho de Justiça Italiano, muito embora também seja presidido pelo Presidente da República, tem a composição diversa do Conselho Francês, sendo constituído por dezesseis membros togados escolhidos pelo Judiciário entre seus integrantes, dez membros laicos escolhidos pelo Parlamento entre renomados juristas e dois membros de direito, sendo estes o presidente da Corte de Cassação e o procurador-geral perante esta Corte.

No que se refere às atribuições do Conselho Italiano, é certo afirmar que são similares com as atribuições do Conselho Francês, tais como: formulação de propostas ou pareceres ao ministro da Justiça sobre modificação de circunscrições judiciárias e todas as matérias relativas à administração, à organização e ao funcionamento dos serviços relativos à Justiça; designação de magistrado da Corte de Cassação, por mérito, de professores e advogados; exercício do poder disciplinar; condução do processo de seleção judicial, lotação, transferência e promoção de juízes; entre outras.

Destaca-se ainda que é possível a intervenção nas reuniões do Conselho, a instauração de processo disciplinar contra magistrado e, de forma concorrente, a designação de magistrados para funções no Ministério, pelo ministro da Justiça. Entretanto, não são raros os conflitos do Parlamento e do Governo com o Conselho

Superior da Magistratura, gerando críticas em razão da defesa pública de juízes e tribunais, bem como das manifestações contrárias a propostas legislativas de reforma do Judiciário, sob o argumento de que faltariam poderes constitucionais e legais para tais atos. Como conclui Liberati e Pepino (1998, p. 28), o Conselho, em vez de garantir a independência judiciária, trata de manter os juízes sob controle.

O *Consejo General del Poder Judicial*, como é denominado o Conselho de Justiça da Espanha, é composto de vinte membros nomeados pelo rei, por recomendação do Parlamento, e pelo presidente do Tribunal Supremo. Doze dos seus membros são oriundos do Judiciário, quatro são indicados pelo Congresso de Deputados e quatro são indicados pelo Senado, sendo, em ambos os casos, eleitos pela maioria de três quintos de seus membros entre juristas com mais de quinze anos de exercício profissional e de reconhecida competência (SAMPAIO, 2007, p. 187).

Como preleciona Juan Aguilar, em sua obra *La justicia y sus problemas en la Constitución* (1996, p. 116), o Conselho Espanhol, em razão da sua posição constitucional e da extensa lista de suas atribuições, é alvo de interpretações no sentido de situá-lo fora do âmbito dos três poderes, inclusive do sistema de justiça e do judiciário, sendo considerado como órgão constitucional autônomo encarregado do governo dos juízes e magistrados.

Dentre o complexo de suas atribuições, podemos citar: o regime disciplinar e o sistema de inspeções judiciais, com vistas à comprovação e ao controle do funcionamento da administração da Justiça, atendendo especialmente às exigências impostas pelos deveres funcionais dos magistrados e pela pronta e eficaz prestação jurisdicional, mas nunca invadindo o espaço de competência judicial na interpretação e na aplicação que fazem das leis; a definição de promoções e de situações administrativas dos juízes; a seleção e a nomeação de juízes, seja no caso de ingresso mediante realização de processo de seleção e de curso de preparação, por meio da Escola Judicial, com nomeação mediante ordem, seja por indicação, ao rei, de nomeação do presidente e dos magistrados do Tribunal Supremo e de dois magistrados do Tribunal Constitucional; a responsabilidade por cursos e pela formação continuada dos juízes, valendo-se da Escola; entre outras.

Salvaguardadas as garantias institucionais de inamovibilidade, independência e da não responsabilização pelas decisões tomadas pelos juízes, como órgão de gestão e disciplina da magistratura judicial é o Conselho Superior da Magistratura, em Portugal.

A composição do Conselho Português está dividida entre membros ordinários e vogais. Dentre estes, dois são nomeados pelo presidente da República, sete pelo Parlamento e sete pelo Judiciário. Dentre os sete do Judiciário, está um juiz do Supremo Tribunal de Justiça que exerce funções de vice-presidente, além de dois juízes dos Tribunais de Relação e quatro juízes de direito, um proposto por cada distrito Judicial.

Por meio da elaboração de listas organizadas por um número de vinte eleitores, para um mandato de três anos, renovável por igual período e uma só vez, segundo o princípio da representação proporcional, por sufrágio secreto e universal são eleitos os juízes. É aplicado o regime de garantias dos magistrados judiciais aos vogais do Conselho Superior da Magistratura Portuguesa que não sejam juízes.

Mesmo não detendo poderes de iniciativa de lei, o Conselho Português, além de estudar e propor ao ministro da Justiça providências legislativas com vista à eficiência e ao aperfeiçoamento das instituições judiciárias, pode emitir parecer sobre diplomas legais relativos à organização judiciária e ao estatuto dos magistrados judiciais.

Sem prejuízo dos restantes dos processos de caráter de urgência, estabelecendo prioridades no processamento de causas que estejam pendentes nos tribunais por período considerado excessivo, como forma de assegurar a igualação e a operacionalidade dos serviços, uma das atribuições do Conselho de Portugal é a fixação do número e a composição das seções dos tribunais da relação e do Supremo Tribunal de Justiça, bem como a distribuição de processos nos tribunais com mais de um juízo.

Mas, o acompanhamento pelo Conselho Superior da Magistratura Portuguesa da primeira nomeação, lotação, transferência, promoção, exoneração e apreciação do mérito profissional nos cursos e estágios de formação para ingresso na carreira judicial que ocorrem no Centro de Estudos Judiciários, sem dúvidas, é a peculiaridade do Conselho Português (SAMPAIO, 2007, p. 189).

A ordenação de sindicâncias e inquéritos aos serviços judiciais, bem como a elaboração de plano anual de inspeções, constituem atribuições que caracterizam a ação disciplinar do Conselho de Portugal.

Na Bélgica, com a criação do Conselho Superior de Justiça, as nomeações na magistratura não mais sofriam as interferências do Poder Executivo, como tradicionalmente ocorria. Com a função primordial de planejar o sistema de formação continuada e realizar exames de ingresso na carreira da magistratura judicial e do *parquet*, o nascedouro do Conselho Superior de Justiça data de 1998. Era tarefa do Ministro da Justiça o fornecimento do apoio material e logístico aos conselheiros, bem como a ratificação do sistema de formação continuada.

O Conselho Superior de Justiça Belga possui uma das composições mais paritárias, com 44 membros de nacionalidade belga, entretanto, com divisão em dois colégios, sendo um de língua holandesa e outro de língua francesa. Cada colégio conta com a participação de 11 magistrados e 11 não-magistrados. O mandato de todos é de quatro anos, podendo ser renovado uma única vez.

A Turquia apresenta Conselho frágil, resultado da inexistência de um corpo burocrático e de orçamento próprios, dependendo sempre do Executivo e sem a participação dos juízes e de promotores na designação de seus representantes. O Ministro da Justiça é o presidente do Conselho Turco, sendo este composto ainda pelo secretário-executivo do Ministro da Justiça e por três conselheiros indicados pela Corte Superior de Apelação e dois pelo Conselho de Estado. Dentre as atribuições do Conselho Superior de Juízes e Promotores Públicos da Turquia, está a seleção, a transferência e a promoção de todos os juízes e promotores públicos, bem como a atividade disciplinar.

Por fim, situa-se também dentre os Conselhos de Justiça denominados de latino-europeu o Conselho Superior de Justiça de Andorra, cujo mandato de seus membros é de seis anos, não sendo permitida a recondução imediata. O Conselho é responsável pela seleção dos promotores e magistrados, pelo exercício do poder disciplinar e pela promoção das medidas necessárias para o cumprimento de deveres pela administração da Justiça.

Importante destacar que o modelo latino-europeu dos conselhos de justiça exerce influência em outros países e continentes. Países como Hungria,

Rússia, Ucrânia e outros Estados da Europa Oriental e da África, adotam o conselho de justiça com ênfase no processo de seleção dos juizes, sendo emblemático o Supremo Conselho de Organização Judicial do Egito.

A assunção de atribuições de autogoverno do Judiciário em sua quase plenitude e uma relativa independência do Executivo caracterizam o modelo nórdico-europeu. Destaca-se os Conselhos da Irlanda, da Suécia e da Dinamarca.

Na Irlanda, o Conselho é conhecido como o Serviço das Cortes (Courts Service), possuindo como atribuições a definição, a fiscalização e a justificativa dos gastos administrativos, a aquisição de instalações físicas e de informáticas adequadas ao bom funcionamento das Cortes, a elaboração de plano estratégico e de relatório anual, o gerenciamento do banco de dados da jurisprudência, a sugestão de mudanças legislativas ao Ministro da Justiça e a alocação pessoal de apoio aos juizes.

O Conselho Irlandês possui nove membros e é presidido por um representante do Chefe do Executivo. Dentre seus membros estão: o procurador-geral, dois advogados, membros dos escalões administrativos das cortes, um promotor público, um representante dos interesses da clientela do Judiciário, outro designado pelos sindicatos e um perito judicial (SAMPAIO, 2007, p. 193).

Em 1975, foi instituído o Conselho de Justiça Sueco, com atribuições para o recrutamento, treinamento e nomeação dos juizes, o gerenciamento dos seus recursos humanos, físicos e logísticos, a formulação de projetos orçamentários para o Judiciário e distribuição entre os diversos ramos da Justiça, o desenvolvimento e a coordenação da política de custeio e investimento do Judiciário.

A composição do Conselho da Suécia é mais simples do que o do Conselho Irlandês, possuindo dentre seus membros um diretor-geral, quatro juizes, sendo dois presidentes da Corte Suprema e dois das Cortes de Apelação, dois membros do Parlamento, um advogado e dois representantes sindicais.

Já o Conselho de Justiça Dinamarquês tem composição e atribuições inspiradas no Conselho Sueco, sendo seus integrantes são nomeados pelo Ministro da Justiça a cada quatro anos. Tal como ocorre no Conselho Sueco, as suas competências orçamentárias são destacadas tanto na fase de propositura por meio

do Ministro da Justiça, quanto na fase de distribuição dos recursos e do respectivo acompanhamento da execução.

Assim, após um breve delineamento histórico dos Conselhos de Justiça, tanto no modelo latino-europeu quanto no modelo nórdico-europeu, demonstrando-se a sua importância no processo de independência do Poder Judiciário, é de suma importância o estudo do intróito da criação do Conselho de Justiça Brasileiro, constitucionalmente denominado Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

2.2 O contexto de criação do Conselho Nacional de Justiça: controle externo do Poder Judiciário?

Não se pode olvidar que o Conselho Nacional de Justiça surgiu em um contexto de inúmeros questionamentos de diversas naturezas, desde a forma de composição até a própria conformação constitucional.

Inserido no art. 103-B da Carta Magna, por meio da Emenda Constitucional nº. 45, de 30 de dezembro de 2004 (BRASIL, 2004), como órgão do Poder Judiciário, o constituinte derivado criou o Conselho Nacional de Justiça atribuindo-lhe competência de controlar a atuação administrativa e financeira do próprio Poder ao qual pertence, assim como o cumprimento funcional dos juízes.

Entretanto, a inserção de tal órgão no Poder Judiciário não veio desacompanhada de críticas e resistências. Aliás, desde a Emenda Constitucional nº. 7/1977 (BRASIL, 1977), editada com base no Ato Institucional nº. 5/1968 (BRASIL, 1968), pelo Presidente da República no recesso do Congresso Nacional, no qual se introduziu o Conselho Nacional da Magistratura no art. 112 da Constituição de 1967/1969, já se questionava a necessidade e a constitucionalidade de um órgão do próprio Poder Judiciário para disciplinar o comportamento dos magistrados, debatendo-se a tese da independência do Judiciário.

Desde então, já havia quem afastasse a tão invocada tese da independência do Judiciário, como Néri da Silveira (1986, p. 42) que sustentava que a existência de órgão censório, integrado por membros da mais alta Corte do país, não seria contrária à independência do Judiciário como poder político.

Isto porque o Conselho Nacional da Magistratura era um órgão com jurisdição em todo território nacional, formado integralmente por sete ministros do Supremo Tribunal Federal, sendo estes escolhidos pela própria Corte, por meio de votação nominal, com mandato de 02 (dois) anos, não sendo admitida a recusa do encargo. O Procurador-geral da República também desenvolvia suas funções no Conselho.

A Lei Complementar nº. 35/1979 (BRASIL, 1979), Lei Orgânica da Magistratura Nacional (LOMAN), disciplinou a estrutura e o funcionamento do Conselho, que já tinha seus contornos definidos no art. 120 da Carta Constitucional de 1967/1969. Sua atribuição principal era de natureza correicional ou censório, cabendo a ele conhecer de reclamações contra membros de tribunais, com poderes para conduzir processos disciplinares contra juízes de primeira instância e até determinar a disponibilidade ou a aposentadoria com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço.

José Adércio Leite Sampaio ao traçar o perfil das atribuições do Conselho Nacional da Magistratura, esclareceu que:

O Conselho era feito de papel e de intenção. Dizia-se que seu objetivo era unificar o sistema da magistratura estadual e federal, além de evitar atos de insubordinação administrativa e de corrupção. Havia mesmo louvores à nova instituição, como os fizera o presidente do Supremo Tribunal Federal, ministro Antônio Neder (1979), na inauguração do Conselho, a ressaltar a necessidade de um órgão judiciário de alta hierarquia para disciplinar o comportamento dos magistrados, transformando-o na “serena voz do direito” e no “sacerdote da regra jurídica”. (SAMPAIO, 2007, p. 240)

No entanto, a real intenção do Conselho, qual seja, o controle das instâncias inferiores e estaduais da justiça, foi impedida de ser atingida em razão da abertura política, continuando o Judiciário a seguir sua trajetória sem a interferência do Conselho, aprofundando vícios e corporativismos antigos e, de certa forma, exercendo as suas competências constitucionais com a autonomia permitida pelo tempo.

Surge, desde então, um novo discurso de reforma do Poder Judiciário, revestido de caráter democrático, sustentando-se a necessidade de se instituir um verdadeiro e efetivo autogoverno dos juízes, defendendo-se, como exigência

inafastável do Estado de Direito e garantia dos direitos fundamentais, a independência plena do Poder, objetiva e subjetiva.

Pretendia-se que os próprios tribunais fossem responsáveis pela decisão acerca dos eventuais desvios de comportamentos de seus membros e juízes subordinados. Assim, alguns sustentavam a necessidade do controle externo da atividade judiciária, enquanto outros, os magistrados, repugnavam a idéia, ocasião em que originou debates intensos e pressões extremas, no qual se sustentava a presença de autoritarismo e a quebra de um dos pilares da democracia, ou seja, a quebra do princípio da separação dos poderes.

Outro ponto de ataque à idéia de controle do Poder Judiciário residia na inexistência de controle semelhante ao Executivo e ao Legislativo, bem como ao princípio federativo, tendo em vista que se defendia a existência de um controle uno para a magistratura federal e dos Estados.

A tese de criação de um Conselho, antes mesmo da Assembleia Nacional Constituinte, foi alvo de debates e com o apoio de alguns segmentos, deu origem à inclusão do Conselho Nacional de Justiça no art. 151 do Projeto A de Constituição, elaborado pela Comissão de Sistematização da Comissão liderada por Afonso Arinos.

Diante das intensas pressões contrárias dos juízes, resultando em constantes embates entre a magistratura e a Ordem dos Advogados do Brasil, sendo noticiado na imprensa nacional e muitas vezes com o apoio desta, a idéia do Conselho foi fulminada e enterrada no Projeto B da Constituição. E desta forma, valorizando o pleno governo do Judiciário, a Constituição Federal de 1988, obviamente, não abarcou a idéia do Conselho.

O surgimento do atual Conselho Nacional de Justiça está ligado ao retorno das discussões sobre a necessidade de reforma do Judiciário e à própria idéia de controle externo deste Poder. As constantes preocupações com a lentidão judiciária e com as notícias de corrupção, nepotismo e desmandos administrativos estimulavam a idéia de criação de uma instância, órgão ou conselho de controle.

O início dos debates ocorreu com a Proposta de Emenda à Constituição nº. 96/1992, de autoria do deputado Hélio Bicudo, sendo convertida, em dezembro de 1993, em Proposta de Emenda Revisional. Muito embora houvesse vozes

defendendo a idéia de controle externo, a exemplo do deputado Néelson Jobim (2003).

Evidentemente, a magistratura continuava a resistir à idéia do controle, embora alguns de seus membros defendessem-na nos termos idealizado pelo deputado Jobim, qual seja, como uma instituição com representação de diversos setores da sociedade, mais ligados ao sistema de justiça, ou seja, como um órgão de composição híbrida, formada por integrantes dos tribunais de cúpula (ZVEITER, 1994, p. 71).

Em agosto de 1995, uma Comissão Especial foi constituída para emitir Parecer sobre a Proposta de Emenda Revisional. Entretanto, diversas emendas foram apresentadas na oportunidade, totalizando em torno de quarenta e cinco emendas, sempre com foco de discussão voltada para a composição e as atribuições.

A Proposta de Emenda à Constituição 96/1992 foi aprovada pela Câmara dos Deputados, com composição bastante híbrida, sendo 15 membros dentre ministro do Supremo Tribunal Federal; ministro do Superior Tribunal de Justiça; ministro do Tribunal Superior do Trabalho; desembargador de Tribunal de Justiça e juiz estadual, indicados pelo Supremo Tribunal Federal; juiz de Tribunal Regional Federal e Juiz Federal, indicado pelo Superior Tribunal de Justiça; juiz de Tribunal Regional do Trabalho e juiz do trabalho, indicados pelo Tribunal Superior do Trabalho; membro do Ministério Público da União, indicado pelo Procurador-geral da República; membro do Ministério Público Estadual, indicado pelo Procurador-geral da República dentre os nomes indicados pelo órgão competente de cada instituição estadual; dois advogados indicados pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; e dois cidadão de notável saber e de reputação ilibada, indicados pela Câmara e pelo Senado.

O Conselho tal como formado na Proposta de Emenda à Constituição 96/1992 e aprovado na Câmara dos Deputados, possuía dentre suas atribuições o papel de zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura.

No entanto, o texto aprovado pela Câmara recebeu, já no Senado Federal, diversas outras emendas, quase sempre se debatendo acerca da

representação de interesses corporativos, carecendo-se, por vezes, de debates profundos sobre a oportunidade de criação de órgão de efetivo aperfeiçoamento do Judiciário e de prestação devida e efetiva da jurisdição. Mais uma vez, sepultou-se a idéia de controle do Poder Judiciário, arquivando-se a Proposta de Emenda à Constituição 96/1992.

Os debates não foram numerosos e nem tampouco profundos no meio acadêmico, principalmente no jurídico, com publicações ínfimas de artigos e carência de seminários sobre o tema. Até mesmo a Secretaria criada pelo Ministério da Justiça, intitulada de Secretaria da Reforma do Judiciário, não trouxe discussões profundas sobre a questão, limitando-se a realizar e publicar estudos que justificassem as teses e as propostas do governo (SAMPAIO, 2007, p. 247).

A idéia de conter eventuais abusos provenientes dos membros do Poder Judiciário, o ambiente de desmandos, de improbidades, de nepotismo e a premente necessidade de tornar mais responsável a gestão administrativo-financeira, tiveram o condão de não deixar exaurir-se a idéia de controle do Poder Judiciário, a fim de promover a reestruturação da magistratura, com profunda reforma de sua base, corrigindo os defeitos existentes nas normas que a disciplina e a torná-la mais eficiente.

Neste cenário foi criado o Conselho Nacional de Justiça, por meio da Emenda Constitucional nº. 45, de 30 de dezembro de 2004 (BRASIL, 2004), inserido dentre os órgãos do Poder Judiciário, nos termos do art. 103-B da Constituição Federal. Frise-se, no entanto, que a instituição do Conselho não se deu de forma fácil, sem embates judicialmente travados, sem questionamentos, sem pressões.

Após a sua criação e antes mesmo da sua publicação em 31 de dezembro de 2004, a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) propôs Ação Direta de Inconstitucionalidade, impulsionada pelos infindáveis questionamentos sobre a insegurança jurídica advinda da instituição do Conselho Nacional de Justiça e sobre a desestabilização da independência dos poderes.

Os principais fundamentos da Ação Direta de Inconstitucionalidade foram: a ofensa a cláusula constitucional imutável (cláusula pétrea) da separação e independência dos poderes; o desrespeito ao pacto federativo, na medida em que submeteu os órgãos do Poder Judiciário dos Estados a uma supervisão

administrativa, orçamentária, financeira e disciplinar por órgão da União Federal; as competências atribuídas ao Conselho Nacional de Justiça são competências dos próprios tribunais, de acordo com figurino imposto pelo legislador constituinte originário; a questão da composição heterogênea do Conselho Nacional de Justiça, ou seja, a criação de “juiz de juiz”, alegando que o primeiro não é magistrado, vale dizer, não detém, segundo sua posição, função jurisdicional; a sobreposição das competências do Conselho Nacional de Justiça às competências do Conselho de Justiça Federal e do Conselho Superior da Justiça do Trabalho; inconstitucionalidade formal do inciso III, §4º, do art. 103-B, porque não votado nas duas casas do Congresso Nacional, violando o §2º, do art. 60, da Constituição Federal.

Sobre a Ação Direta de Inconstitucionalidade acima, o Supremo Tribunal Federal, com voto contrário do Ministro Marcos Aurélio, decidiu pela Constitucionalidade do Conselho Nacional de Justiça, sendo importante e por isso se requer *Vênia* ao leitor para transcrever integralmente a Ementa da decisão:

EMENTA: 1. AÇÃO. Condição. Interesse processual, ou de agir. Caracterização. Ação direta de inconstitucionalidade. Propositura antes da publicação oficial da Emenda Constitucional nº 45/2004. Publicação superveniente, antes do julgamento da causa. Suficiência. Carência da ação não configurada. Preliminar repelida. Inteligência do art. 267, VI, do CPC. Devendo as condições da ação coexistir à data da sentença, considera-se presente o interesse processual, ou de agir, em ação direta de inconstitucionalidade de Emenda Constitucional que só foi publicada, oficialmente, no curso do processo, mas antes da sentença. 2. INCONSTITUCIONALIDADE. Ação direta. Emenda Constitucional nº 45/2004. Poder Judiciário. Conselho Nacional de Justiça. Instituição e disciplina. Natureza meramente administrativa. Órgão interno de controle administrativo, financeiro e disciplinar da magistratura. Constitucionalidade reconhecida. Separação e independência dos Poderes. História, significado e alcance concreto do princípio. Ofensa a cláusula constitucional imutável (cláusula pétrea). Inexistência. Subsistência do núcleo político do princípio, mediante preservação da função jurisdicional, típica do Judiciário, e das condições materiais do seu exercício imparcial e independente. Precedentes e súmula 649. Inaplicabilidade ao caso. Interpretação dos arts. 2º e 60, § 4º, III, da CF. Ação julgada improcedente. Votos vencidos. São constitucionais as normas que, introduzidas pela Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, instituem e disciplinam o Conselho Nacional de Justiça, como órgão administrativo do Poder Judiciário nacional. 3. PODER JUDICIÁRIO. Caráter nacional. Regime orgânico unitário. Controle administrativo, financeiro e disciplinar. Órgão interno ou externo. Conselho de Justiça. Criação por Estado membro. Inadmissibilidade. Falta de competência constitucional. Os Estados membros carecem de competência constitucional para instituir, como órgão interno ou externo do Judiciário, conselho destinado ao controle da atividade administrativa, financeira ou

disciplinar da respectiva Justiça. 4. PODER JUDICIÁRIO. Conselho Nacional de Justiça. Órgão de natureza exclusivamente administrativa. Atribuições de controle da atividade administrativa, financeira e disciplinar da magistratura. Competência relativa apenas aos órgãos e juízes situados, hierarquicamente, abaixo do Supremo Tribunal Federal. Preeminência deste, como órgão máximo do Poder Judiciário, sobre o Conselho, cujos atos e decisões estão sujeitos a seu controle jurisdicional. Inteligência dos art. 102, caput, inc. I, letra "r", e § 4º, da CF. O Conselho Nacional de Justiça não tem nenhuma competência sobre o Supremo Tribunal Federal e seus ministros, sendo esse o órgão máximo do Poder Judiciário nacional, a que aquele está sujeito. 5. PODER JUDICIÁRIO. Conselho Nacional de Justiça. Competência. Magistratura. Magistrado vitalício. Cargo. Perda mediante decisão administrativa. Previsão em texto aprovado pela Câmara dos Deputados e constante do Projeto que resultou na Emenda Constitucional nº 45/2004. Supressão pelo Senado Federal. Reapreciação pela Câmara. Desnecessidade. Subsistência do sentido normativo do texto residual aprovado e promulgado (art. 103-B, § 4º, III). Expressão que, ademais, ofenderia o disposto no art. 95, I, parte final, da CF. Ofensa ao art. 60, § 2º, da CF. Não ocorrência. Arguição repelida. Precedentes. Não precisa ser reapreciada pela Câmara dos Deputados expressão suprimida pelo Senado Federal em texto de projeto que, na redação remanescente, aprovada de ambas as Casas do Congresso, não perdeu sentido normativo. 6. PODER JUDICIÁRIO. Conselho Nacional de Justiça. Membro. Advogados e cidadãos. Exercício do mandato. Atividades incompatíveis com tal exercício. Proibição não constante das normas da Emenda Constitucional nº 45/2004. Pendência de projeto tendente a torná-la expressa, mediante acréscimo de § 8º ao art. 103-B da CF. Irrelevância. Ofensa ao princípio da isonomia. Não ocorrência. Impedimentos já previstos à conjugação dos arts. 95, § único, e 127, § 5º, II, da CF. Ação direta de inconstitucionalidade. Pedido aditado. Improcedência. Nenhum dos advogados ou cidadãos membros do Conselho Nacional de Justiça pode, durante o exercício do mandato, exercer atividades incompatíveis com essa condição, tais como exercer outro cargo ou função, salvo uma de magistério, dedicar-se a atividade político-partidária e exercer a advocacia no território nacional. (BRASIL, STF. ADI 3367 - DF, Relator: Min. Cezar Peluso, julgado em 13/04/2005, DJ 17-03-2006).

Quanto à questão cerne da problemática, suscitada pela Associação dos Magistrados do Brasil, qual seja, a preocupação com a separação dos poderes e o comprometimento da independência da magistratura, o Supremo Tribunal Federal adiantou que a idéia de independência suporta, na sua feição constitucional, teores diversos da autonomia administrativa, financeira e disciplinar. Disse o Supremo Tribunal Federal, por meio do voto do Ministro Relator Cezar Peluso, que nada obsta que o constituinte reformador redesenhe a configuração histórica da independência, mediante reorganização orgânica e redistribuição de competências no âmbito da estrutura interna do judiciário, sem perda nem deterioração das condições materiais de isenção e imparcialidade dos juízes.

Conforme visão do Ministro Relator, ela só pode ser considerada invulnerável, como predicado essencial do sistema da separação, quando concreta redução de seu âmbito primitivo importe, em dano do equilíbrio e estabilidade entre os Poderes, transferência de prerrogativas a outro deles, ainda que não chegue a caracterizar submissão política. Ou, no que concerne ao Judiciário, quando outra forma de supressão de atribuições degrade ou estreite a imparcialidade jurisdicional.

Após profunda incursão histórica e revisão da doutrina política que inspira e explica o sistema constitucional de separação dos poderes, o voto vencedor na Ação Direta de Inconstitucionalidade em análise, entendeu que não se concebe como é possível que a criação do Conselho Nacional de Justiça ofenda aquele sistema.

Argumentou-se que, à luz da estrutura que lhe deu a Emenda Constitucional n.º. 45/2004, se trata de órgão próprio do Poder Judiciário composto, na maioria, por membros desse mesmo Poder, nomeados sem interferência direta dos outros Poderes, dos quais o legislativo apenas indica, fora de seus quadros e, pois, sem laivos de representação orgânica, dois dos quinze membros, e que, tal significa mera representação simbólica da instância legislativa, não podendo equiparar-se a nenhuma forma de intromissão incompatível com a idéia política e o perfil constitucional da separação e independência dos Poderes.

Concluindo, o Ministro Cezar Peluso afirmou que está no valor político supremo da imparcialidade dos juízes e tribunais o critério decisivo da estima da compatibilidade do Conselho Nacional de Justiça, com todas as provisões constitucionais de um Judiciário independente, sem que este sofra com aquele.

Muito embora o voto do Ministro Relator seja dotado de profundidade histórica e de argumentos que, *a priori*, ensejaria em concordância com a não interferência do Conselho Nacional de Justiça na independência do Poder Judiciário, esta entendida como um valor instrumental, como sabiamente leciona Mauro Cappelletti (1989, p. 32), o mesmo não comporta identidade fáctica. Senão vejamos.

Recentemente, pouco mais de 04 (quatro) anos do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade, há relatos da interferência do Conselho Nacional de Justiça em decisão judicial e na própria autonomia da magistratura. É o caso noticiado na imprensa nacional (CONSULTOR JURÍDICO, 2010) sobre a

intervenção do Conselho em decisão proferida por uma Juíza do Estado do Pará. No caso, a corregedora nacional de Justiça cancelou, liminarmente, uma decisão da juíza que bloqueou dinheiro de uma instituição bancária, além de converter, de ofício, o pedido de providência, formulado pelo banco em desfavor da magistrada, em Reclamação Disciplinar.

Tal ato do Conselho Nacional de Justiça foi objeto de Reclamação proposta perante o Supremo Tribunal Federal pela Associação de Magistrados Brasileiros, em defesa das prerrogativas da magistratura e da fixação dos limites da competência do CNJ. A Reclamação dantes referida ainda encontra-se pendente de julgamento e tramita em segredo de justiça.

Outro exemplo da notável interferência do Conselho Nacional de Justiça na autonomia do Judiciário pode ser vislumbrado no Mandado de Segurança nº. 28.286 (BRASIL, 2010.b), impetrado no Supremo Tribunal Federal pela Associação dos Magistrados Paulistas, em face de decisão do CNJ, nos autos do Pedido de Providências nº. 2007.2010.00001131-0 (CNJ, 2009), proposto pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal, que negou o direito aos magistrados de receber indenização por férias não gozadas.

O Conselho Nacional de Justiça sustentou o interesse da Administração da Justiça em sua decisão, alegando que as férias justificam-se pela necessidade fisiológica e psicológica de um período prolongado de repouso para os exercentes de atividade contínua e que, neste contexto, as férias dos magistrados atendem tanto ao interesse individual quanto ao interesse da Administração da Justiça e à própria sociedade que necessitam de agentes públicos em pleno gozo de saúde física e mental para o satisfatório desempenho das atividades jurisdicionais. Por tal razão, justificou dizendo que a regra legal proibitiva de acúmulo de mais de dois períodos de férias dos magistrados volta-se à direção dos tribunais que haverá de assegurar a fruição periódica e sem retardamento dos períodos de férias adquiridos.

Sobre a questão da conversão em pecúnia do direito às férias, disse que, desde que caracterizada a absoluta impossibilidade material de fruição exclusivamente por necessidade imperiosa de continuidade da prestação dos serviços jurisdicionais e havendo disponibilidade financeira e orçamentária, é regular a indenização pecuniária, em caráter excepcionalíssimo, das férias dos magistrados

que não puderem ser fruídas até o momento em que, por qualquer razão, deixe de pertencer ao quadro de magistrados ativos. Sustentou ainda que abusos na conversão pecuniária das férias de magistrados sujeitam as autoridades ordenadoras das respectivas despesas à responsabilidade civil, administrativa e penal, conforme o caso, conhecendo assim da Consulta efetuada pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e respondendo, quanto à primeira indagação, negativamente e, em termos, favoravelmente às demais indagações formuladas.

Em sede do Mandado de Segurança impetrado pela Associação dos Magistrados Paulistas junto ao Supremo Tribunal Federal, o Ministro Relator Marco Aurélio deferiu a liminar pleiteada, afastando a eficácia do ato do Conselho Nacional de Justiça impugnado, assegurando aos substituídos da Associação impetrante o gozo das férias uma vez completado o período aquisitivo e, na impossibilidade de atender-se a esse direito constitucional, por imperiosa necessidade do serviço certificada ante o requerimento do magistrado, a indenização simples de período de férias que ultrapasse os sessenta dias, a ser satisfeita, mediante opção do interessado, conforme a disponibilidade orçamentária (BRASIL, 2010.b).

É possível perceber que há um constante conflito entre as atribuições do Conselho Nacional de Justiça e a preservação da independência e autonomia do Judiciário. O Ministro Marco Aurélio, na votação da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 3.367-DF (BRASIL, 2006), contrariando o voto do relator, advertiu sobre a inevitável repercussão da competência do Conselho Nacional de Justiça no ofício judicante. Afirmou o Ministro, que, quanto a sua competência, o Conselho Nacional de Justiça tem uma abrangência ímpar, segundo o art. 103-B, §4º, da Constituição Federal.

Sobre a competência do CNJ, Ressalta o Min. Marco Aurélio:

Vem-nos do §4º, inciso I, que a ele incumbe “zelar pela autonomia do Poder Judiciário”. A autonomia do Poder Judiciário não será fruto da existência de um órgão que atue ao lado do próprio Poder Judiciário, exercendo influência implícita nesse Poder, já que não podemos ser ingênuos a ponto de acreditar que a atividade a ser desenvolvida pelo Conselho Nacional de Justiça não repercutirá no ofício judicante, exercido por seres humanos, e circunstâncias externas, como salientado por Barbosa Moreira, acabam por repercutir na formalização de decisões (BRASIL, 2006).

E mais: quanto à criação do Conselho Nacional de Justiça, o Ministro Marco Aurélio indagou sobre a inclusão deste dentre os órgãos do Poder Judiciário, passando a idéia de órgão dotado de jurisdição. Para ele, quando nos referimos a órgãos integrantes do Poder Judiciário, imaginamos jurisdição. Imaginamos algo que é inerente à soberania do Estado, à atuação deste ao dirimir conflitos de interesse, de modo a restabelecer a paz social, momentaneamente abalada por certo conflito de interesses.

A questão fez parte da discussão sobre as atividades do Conselho Nacional de Justiça e se seria esse um órgão jurisdicional ou administrativo. O Supremo Tribunal Federal decidiu que o CNJ não é órgão jurisdicional, mas apenas um órgão do judiciário, invocando o art. 92, I-A, da Carta Magna, de natureza meramente administrativa, ou seja, órgão interno de controle administrativo, financeiro e disciplinar da magistratura.

Assim, a Corte Suprema afastou a tese da natureza do Conselho Nacional de Justiça como órgão de controle externo do judiciário, lembrando que no sistema existem as Corregedorias e os Tribunais de Contas, estes sim, responsáveis por um controle externo.

Essa argumentação, entretanto, apresentou caráter contraditório, tendo em vista que ao defender a improcedência da Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pela Associação dos Magistrados Brasileiros, o Supremo Tribunal Federal concluiu pela constitucionalidade da criação do Conselho Nacional de Justiça, arrematando que tal órgão representa o símbolo da quebra do corporativismo que obscurece os procedimentos investigativos, debilita as medidas sancionatórias e desprestigia o Poder.

Esta temática sobre a possibilidade ou não de se instituir um controle externo para o Poder Judiciário envolve discussões muito anteriores à criação do Conselho Nacional de Justiça. Como lembra Daniela Olímpio de Oliveira (2005), “quando da promulgação da Constituição Federal de 1988, os debates na Assembleia Nacional Constituinte sobre a instituição de uma Corte Constitucional já demonstraram essa preocupação dos juristas com a desestruturação da independência dos poderes se sobreviesse o malfadado controle externo”.

A autora acima ressalta que o Supremo Tribunal Federal foi instituído pela Constituição Federal de 1988, como órgão competente para guardar a Constituição, sem, entretanto, as características de uma Corte Constitucional. Neste sentido, destaca:

A sua composição é definida pelo Poder Executivo, sem critério de proporcionalidade ou representatividade dos demais poderes; há uma participação mínima do Legislativo, quando o Senado aprova ou rejeita o nome proposto pelo Presidente da República; o judiciário está excluído deste processo. E estas características não comportam numa autêntica Corte Constitucional. Juristas como Nelson Néri Júnior apontam que a competência do STF, somada a sua composição, escolha e nomeação, estas, sim, a par de constituírem norma constitucional, significam verdadeira afronta à independência dos poderes (OLIVEIRA, 2005).

Mas, a discussão, em suma, girava quase sempre em torno da incompatibilidade do denominado “controle externo” do Poder Judiciário com o sistema de separação dos poderes sob o presidencialismo. Admitia-se a existência de controles, ao estilo dos conselhos da magistratura da França e da Itália, no sistema parlamentarista, uma vez que o Judiciário não era propriamente Poder político.

Entretanto, no sistema em que os poderes são independentes e harmônicos entre si, ou seja, no sistema presidencialista, em que não há, formalmente, a hierarquização dos poderes, mas apenas o sistema de freios e contrapesos entre os mesmos, qualificando-se como cláusula pétrea o princípio da separação dos poderes, tornava-se mais enfático e grave a criação do referido controle no Brasil.

Também não se podia implantar o modelo Europeu de Conselhos da Magistratura, sem observar a existência de diferenças relativas ao reconhecimento e a conformação do autogoverno judiciário, tal como destacou o Ministro Sepúlveda Pertence na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 98-MT, declarando a inconstitucionalidade de norma da Constituição do Mato Grosso que criou nova hipótese de aposentadoria compulsória dos Desembargadores do Tribunal de Justiça Estadual e instituiu no Estado um órgão de controle externo do Poder Judiciário, denominando-o de Conselho Estadual de Justiça, com formação heterogênea e participação de agentes ou representantes dos outros Poderes.

O Supremo Tribunal Federal sustentou naquela ocasião que a experiência da Europa continental não se pode transplantar sem traumas para o regime brasileiro de poderes: lá, os conselhos superiores da magistratura representaram um avanço significativo no sentido da independência do Judiciário, na medida em que nada lhe tomaram do poder de administrar-se, de que nunca antes dispuseram, mas, ao contrário, transferiram a colegiados onde a magistratura tem presença relevante, quando não majoritária, poderes de administração judicial e sobre os quadros da magistratura que historicamente eram reservados ao Executivo; a mesma instituição, contudo, traduziria retrocesso e violência constitucional, onde, como sucede no Brasil, a idéia da independência do Judiciário está extensamente imbricada com os predicados de autogoverno crescentemente outorgados aos Tribunais. (BRASIL, 1997).

Também a Associação dos Magistrados Brasileiros defendeu a posição de que não se pode pretender importar para o cenário brasileiro, sem qualquer diferenciação ou ressalva, um modelo europeu de Conselho de Justiça, sustentando situações diametralmente opostas entre este e o sistema brasileiro, uma vez que o movimento de mudança no qual os Estados soberanos Europeus deixaram de possuir sua função jurisdicional submetida a um determinado poder (Poder Executivo) e passando a estar submetida a um órgão criado dentro do próprio Judiciário, ainda que de composição heterogênea, já implicava um avanço significativo.

Argumentou-se que no Brasil, entretanto, o movimento de mudança implicaria num retrocesso do processo democrático, com a evidente quebra do equilíbrio entre os poderes criados pelo legislador constituinte de 1988, tendo em vista a autonomia plena que possui o Poder Judiciário, constitucionalmente garantida nas constituições republicanas.

Outro argumento utilizado na Ação Direta de Inconstitucionalidade acima citada, dizia respeito à impossibilidade, diante do autogoverno dos tribunais e do princípio da hierarquia judiciária, de constituição de Conselho de formação heterogênea, incluindo membros de fora da magistratura, com poderes de controle administrativo, orçamentário-financeiro e disciplinar, pois subverteria a lógica da independência e desvirtuaria o sistema da hierarquia judiciária.

Interessante é que o mesmo argumento foi utilizado na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 3.367-DF, proposta pela Associação dos Magistrados Brasileiro, alegando que todas as tentativas de criação de um Conselho de Justiça de composição heterogênea, para exercer o “controle externo” do Poder Judiciário, perante os Estados-membros da Federação, foram rechaçadas pelo Supremo Tribunal Federal e que, portanto, a composição do Conselho Nacional de Justiça violaria o inciso III, §4º, do art. 60, da Carta Magna, que eleva à condição de cláusula pétrea o princípio da separação e independência dos poderes, invocando as Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº. 197-SE, 251-CE, 135-PB, 137-PA e 98-MT.

No entanto, o voto vencedor, da Relatoria do Ministro Cezar Peluso, afastou o argumento sob a perspectiva de que, nos casos que foram objetos das Ações Diretas de Inconstitucionalidade, em decorrência da criação de Conselho de Justiça pelos Estados-membros, a estes faltaria competência constitucional para a instituição, como órgão interno ou externo do Judiciário, conselho destinado ao controle da atividade administrativa, financeira ou disciplinar da respectiva justiça.

Salientou-se também que, considerando a natureza dita exclusivamente administrativa do Conselho Nacional de Justiça, sua competência para as atribuições de controle da atividade administrativa, financeira e disciplinar da magistratura é destinada apenas aos órgãos e juízes situados, hierarquicamente, abaixo do Supremo Tribunal Federal, destacando a preeminência deste, como órgão máximo do Poder Judiciário, sobre o Conselho, cujos atos e decisões estão sujeitas ao seu controle jurisdicional, sustentando, ainda, a inteligência do art. 102, caput, inciso I, letra “r”, e §4º, da Constituição Federal.

Assim, o Conselho Nacional de Justiça não teria nenhuma competência sobre o Supremo Tribunal Federal e seus ministros, sendo este o órgão máximo do Poder Judiciário nacional, a que aquele estaria sujeito.

A dúvida que emerge é saber se realmente não estaria o Supremo Tribunal Federal sujeito também ao controle administrativo, financeiro e disciplinar do Conselho Nacional de Justiça, já que este foi concebido para atuar em relação a todos os tribunais do país.

A indagação acima é inclusive objeto do brilhante voto do Ministro Marco Aurélio, ao se posicionar contra a instituição do Conselho Nacional de Justiça, digno de destaque:

Imagino os poderes no mesmo patamar: o Judiciário, o Executivo e o Legislativo. Como não concebo um conselho nacional do Executivo, como não concebo um conselho nacional do Legislativo, com as atribuições previstas no art. 103-B decorrente da Emenda, não concebo também, por mais que me esforce, um conselho nacional do Judiciário – e se disse de Justiça -, mas acaba sendo do Judiciário, porque esse conselho, não sei nem se há exceção relativamente ao Supremo Tribunal Federal, considerada a parte administrativa, exercerá, atuará em relação a todos os tribunais do País. (BRASIL, 2006).

Sob a alegação de que sobre os problemas do Judiciário haveria um olhar equivocado sobre as razões por que falhavam os controles correicionais internos, havia quem afastasse a necessidade de órgão “externo” ao Judiciário para fiscalizar-lhe as atividades administrativas, financeiras e disciplinares, além do que estabelecera o constituinte originário, a exemplo do Ministro Carlos Velloso que enfatizou:

Os magistrados somos capazes de administrar a nossa casa. Fazendo-o, saberemos afastar juízes tardinheiros e punir os que não honrarem a toga. Só precisamos de meios para isso, meios que há muito pedimos e que somente o Congresso Nacional poderá nos dar (BRASIL, 2006).

Para Marcelo Cerqueira (1995), seja no parlamentarismo ou no presidencialismo, os poderes não podiam estar isolados ou em compartimentos estanques, mas vinculados entre si e à soberania popular, nutrindo-se mais na idéia de controle o princípio da separação de poderes do que na autonomia ou independência de cada um deles.

O certo é que a criação do Conselho Nacional de Justiça não foi fruto de reflexão mais aprofundada ou de debates mais consistentes no cenário sócio-jurídico, carecendo de uma fixação mais concreta de suas atribuições e limites, e, quiçá, de uma revisão das suas competências, lembrando-se sempre da questão do acesso à justiça e da desburocratização da atividade jurisdicional, preservando-se, de todo modo, a segurança jurídica e os princípios constitucionais.

Não se pode deixar de olvidar que o Conselho Nacional de Justiça foi instituído, indubitavelmente, em razão da perda significativa da credibilidade nas corregedorias judiciais e na própria, efetiva ou aparente, lisura e razoável prestação jurisdicional, ante a impunidade de ilícitos funcionais graves ou mais retóricas do que prática.

Sobre a problemática, pede-se *vênia* para mais uma vez transcrever trecho do voto da lavra do Ministro Marco Aurélio:

(...) continuamos a acreditar que poderemos ter, no Brasil, mediante novos diplomas e novas leis, dias melhores, a retomada do desenvolvimento, o abandono da estagnação. Repito o que tenho dito: precisamos, no Brasil, de homens, cidadãos, especialmente homens públicos, que observem – é esse o preço que se paga por se viver em um Estado Democrático de Direito – a ordem jurídica. Aponta-se, e se dá uma esperança vã à sociedade brasileira, o Conselho Nacional de Justiça como solução para os problemas do Judiciário, não se perquirindo, em si, a origem desses problemas, partindo-se quase do pressuposto de que o Judiciário nacional é composto por pessoas que, costumeiramente, adentram o campo do desvio de conduta; que o Poder Judiciário nacional não possui, considerado o poder constituinte originário – e aqui estamos a defrontar com emenda decorrente do poder constituinte derivado -, organização própria para corrigir atos que discrepem do arcabouço normativo de regência, quer na área administrativa, quer na área jurisdicional (BRASIL, 2006).

Há quem sustente, como Pierre Souto Maior Coutinho de Amorim (2005), que o “Conselho Nacional de Justiça é esperança de renovação”, sob argumentos voltados, quase que exclusivamente, para os critérios de celeridade da prestação jurisdicional ou de cunho disciplinar, sem, entretanto, atentar para outros alicerces do sistema constitucional brasileiro, outros aspectos de ordem operacional e outras necessidades que camuflam a problemática central, passando a falsa idéia de que os males que permeiam o Poder Judiciário (bem como outros Poderes, sendo destacado este último por ser o objeto do estudo), podem ser solucionados com a hierarquização de poderes, em seu sentido lato.

Nas propostas centrais do presente trabalho, especificamente nos itens 3.5 e 4.5, será retomada a discussão sobre a real natureza do Conselho Nacional de Justiça, no âmbito das atribuições amplas que lhes foram conferidas pela Emenda Constitucional nº. 45/2004, demonstrando-se uma espécie *sui generis* de tribunal, com função jurisdicional atípica.

2.3 Estrutura, composição e funcionamento do Conselho Nacional de Justiça.

Como visto, o Supremo Tribunal Federal fixou o entendimento por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 3.367-DF, de que a composição heterogênea do Conselho Nacional de Justiça fixada pela Emenda Constitucional nº. 45/2004, com a participação de membros de fora da magistratura, com poderes de controle administrativo, orçamentário-financeiro e disciplinar não compromete o autogoverno dos tribunais, nem tampouco desvirtua o princípio da hierarquia judiciária.

Com status de semi-autônomo ou de autonomia relativa, o Conselho Nacional de Justiça foi definido como órgão administrativo-constitucional do Poder Judiciário, ou seja, sua natureza foi definida como administrativa pelo rol de suas atribuições fixadas no §4º, do art. 103-B, da Constituição Federal, apesar de encontrar-se inserido no rol de órgão do Poder Judiciário, transmitindo a idéia de função jurisdicional.

A Associação dos Magistrados Brasileiros, na Ação Direta de Inconstitucionalidade acima referida, argumentou que o fato de coexistirem nesse Conselho membros de todas as instâncias do Poder Judiciário, já implica contrariedade ao disposto nos artigos 93 e 96 da Constituição Federal, na medida em que juízes de instâncias inferiores ou juízes de tribunais distintos estarão exercendo o poder correicional ou disciplinar sobre juízes de instância superior ou sobre juízes de tribunais distintos dos deles, que, em princípio, competiria aos próprios Tribunais a que estão vinculados os magistrados.

O fato é que tal argumento não foi abarcado pelo Supremo Tribunal Federal, como já mencionado anteriormente, que declarou a constitucionalidade do Conselho Nacional de Justiça, descartando a arguição de inconstitucionalidade no que atine aos quesitos de composição, escolha e nomeação dos membros deste.

A composição híbrida do Conselho Nacional de Justiça associada ao status constitucional eleva as suas funções a uma dimensão quase política, ou melhor, político-constitucional, especialmente quando vista as suas finalidades precípuas de controle e de garantia da independência do Judiciário, como órgão na interlocução entre a sociedade e os Poderes.

Como se observa, trata-se de órgão judiciário atípico, administrativo-político, controlando o Judiciário e defendendo a independência orgânica e funcional deste. Não se trata de órgão da União Federal, como argumentado em sede da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 3.367-DF, mas de instituição federal de âmbito nacional, carente de autonomia orçamentária e financeira plena, tendo em vista a sua vinculação, sob tais aspectos, ao Supremo Tribunal Federal.

O Supremo Tribunal Federal também já afirmou esse caráter federativo do Conselho Nacional de Justiça, argumentando que a jurisdição, como expressão da unidade da soberania do Estado, é também uma e indivisível, diferenciando normativamente o Judiciário dos outros Poderes (SAMPAIO, 2007, p. 264).

Conforme estatuiu o art. 103-B, da Constituição Federal, “o Conselho Nacional de Justiça compõe-se de quinze membros com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e seis anos de idade, com mandato de dois anos, admitida uma recondução” (BRASIL, 2010.c, p. 128).

Em seus incisos, o texto constitucional, com alteração pela Emenda Constitucional nº. 61/2009 (BRASIL, 2009), define a divisão entre juízes, membros do Ministério Público, advogados e cidadãos. Assim, o Conselho Nacional de Justiça é composto pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal; um Ministro do Superior Tribunal de Justiça, indicado pelo respectivo tribunal; um Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, indicado pelo respectivo tribunal; um desembargador de Tribunal de Justiça, indicado pelo Supremo Tribunal Federal; um juiz estadual, indicado pelo Supremo Tribunal Federal; um juiz de Tribunal Regional Federal, indicado pelo Superior Tribunal de Justiça; um juiz federal, indicado pelo Superior Tribunal de Justiça; um juiz de Tribunal Regional do Trabalho, indicado pelo Tribunal Superior do Trabalho; um juiz do trabalho, indicado pelo Tribunal Superior do Trabalho; um membro do Ministério Público da União, indicado pelo Procurador-Geral da República; um membro do Ministério Público estadual, escolhido pelo Procurador-Geral da República dentre os nomes indicados pelo órgão competente de cada instituição estadual; dois advogados, indicados pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; dois cidadãos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, indicados um pela Câmara dos Deputados e outro pelo Senado Federal.

Nota-se que o Conselho Nacional de Justiça, por inspiração democrática, contempla o pluralismo de representações e indicações, representado pelas várias profissões jurídicas, entretanto, carece da presença da academia e da sociedade. Dentre seus membros atuam nove magistrados, dois membros do Ministério Público, dois advogados e dois cidadãos, oficiando também o Procurador-Geral da República e o presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

Inicialmente, com a Emenda Constitucional 45/2004 (BRASIL, 2004), o Conselho Nacional de Justiça era presidido pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal, posto que o presidente do Supremo Tribunal Federal não estava situado dentre seus membros, que votaria em caso de empate e ficava excluído da distribuição de processos no seu tribunal de origem.

Com a edição da Emenda Constitucional nº. 61, de 11 de novembro de 2009 (BRASIL, 2009), houve alteração na composição do Conselho Nacional de Justiça, passando o presidente do Supremo Tribunal Federal a ocupar o lugar destinado a um Ministro do Supremo Tribunal Federal. E mais: passou o presidente do Supremo Tribunal Federal a presidir o Conselho e, nas suas ausências e impedimentos, o vice-presidente do Supremo Tribunal Federal, consoante dispõe o §1º, do art. 103-B, da Carta Constitucional (BRASIL, 2010.c, p. 129).

Os demais membros do Conselho, após a arguição pública e depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal, serão nomeados pelo Presidente da República, para cumprirem um mandato de dois anos, admitida, exceto para o Presidente, uma recondução, sendo o biênio contado ininterruptamente, a partir da posse. Caso as indicações dos membros do Conselho não sejam efetuadas no prazo legal, a escolha dos mesmos caberá ao Supremo Tribunal Federal.

Muito embora não haja previsão constitucional, o Regimento Interno do Conselho Nacional de Justiça dispôs no art. 9º, §2º, que nenhum Conselheiro poderá voltar a integrar o Plenário na mesma classe, ou em classe diversa após cumpridos dois mandatos, consecutivos ou não.

SAMPAIO (2007, p. 264) faz reflexão sobre a inconstitucionalidade deste impedimento, aduzindo, em síntese, que a Constituição Federal proíbe a recondução, não a possibilidade de mais de dois mandatos.

A Presidência do Conselho Nacional de Justiça, até sessenta dias antes do término do mandato, ou imediatamente após a vacância do cargo de Conselheiro, oficia ao órgão legitimado para a indicação, nos termos do art. 103-B, da Constituição Federal, para que proceda com a nova indicação.

Os Conselheiros não integrantes das carreiras da magistratura têm os mesmos direitos, prerrogativas, deveres, impedimentos constitucionais e legais, suspeições e incompatibilidades que regem a carreira da magistratura, no que couber, pelo tempo em que perdurar o mandato.

Perde automaticamente o mandato, o Conselheiro nomeado por sua condição funcional e institucional de magistrado em atividade, membro do Ministério Público, advogado ou cidadão de notável saber jurídico, caso seja alterada a condição em que foi originalmente indicado, sendo sucedido por novo representante que será indicado pelo respectivo órgão legitimado.

Outras hipóteses de perda do mandato de Conselheiro são: condenação, pelo Senado Federal, em crime de responsabilidade; sentença judicial transitada em julgado; e invalidez, por meio de declaração do Plenário.

Ressalta-se que o Conselheiro, advogado ou membro do Ministério Público, não pode concorrer à vaga do quinto constitucional, ou seja, ao quinto dos lugares dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais dos Estados, e do Distrito Federal e Territórios, nem ser promovido, se magistrado ou membro do Ministério Público, pelo critério do merecimento na carreira da magistratura e do Ministério Público. Também não poderá, em qualquer caso, ser indicado para integrar Tribunal Superior durante o período do mandato e até dois anos após o seu término.

A qualidade de Conselheiro não é incompatível com o exercício do cargo em virtude do qual foram indicados os magistrados e os membros do Ministério Público. Aos Conselheiros, entretanto, é vedado o exercício da advocacia perante o Conselho Nacional de Justiça nos dois anos subsequentes ao término do mandato.

Podem os Conselheiros oriundos da magistratura e do Ministério Público se afastar de suas atividades funcionais perante os órgãos do Conselho, não podendo exercer qualquer das suas funções no Conselho. No entanto, salvo contraindicação médica, o Conselheiro licenciado pode reassumir o cargo a qualquer tempo, entendendo-se que desistiu do restante do prazo, bem assim proferir

decisões em processos que, antes da licença, lhe hajam sido conclusos para julgamentos ou tenham recebido o seu visto como relator.

Em eventuais ausências e impedimentos, os Conselheiros serão substituídos na forma estabelecida pelo art. 23, do Regimento Interno do Conselho Nacional de Justiça, sendo o Presidente do Conselho substituído pelo Vice-Presidente do Supremo Tribunal Federal; o Corregedor Nacional de Justiça substituído pelo Conselheiro por ele indicado; e o Presidente de Comissão substituído pelo membro por ele indicado. (BRASIL, 2010).

A ausência do Presidente do Conselho e do Vice-Presidente do Supremo Tribunal Federal ocorre nos casos de doença e de afastamento da sede do Conselho Nacional de Justiça.

Já com relação à substituição do Relator, há previsão regimental de quatro hipóteses. Quando se tratar de deliberação sobre medida urgente, o Relator será substituído pelo Conselheiro imediato. Verificada a ausência deste, os autos serão remetidos ao Conselheiro seguinte, na ordem prevista no Regimento Interno do Conselho.

Quando vencido no julgamento, o Relator será substituído pelo Conselheiro designado para lavrar a decisão. Já em caso de licença ou ausência por mais de trinta dias, ou de reconhecimento de suspeição ou impedimento, o Relator será substituído mediante redistribuição. E, por fim, nos casos de vacância, o Relator será substituído pelo novo Conselheiro nomeado para a sua vaga.

Dentre as atribuições do Relator, destacam-se o ordenamento e a direção do processo, determinando as providências e diligências necessárias a seu andamento e instrução, fixando prazos para os respectivos atendimentos; a concessão de vista dos autos aos interessados, após o feito lhe ter sido distribuído; a submissão ao Plenário, à Comissão ou à Presidência, conforme a competência, de quaisquer questões de ordem para o bom andamento dos processos; a decisão dos incidentes que não dependerem de pronunciamento do Plenário, bem como determinar a execução das diligências necessárias ao julgamento do processo.

Além dessas atribuições, compete ao Relator a requisição, se necessário, dos autos originais dos processos que subirem a seu exame em traslados, cópias ou certidões, assim como os feitos que com eles tenham conexão ou dependência,

desde que já findos; a solicitação da inclusão na pauta de julgamento de processo examinado e relatado; a elaboração das decisões monocráticas e votos com proposta de ementa, e a lavratura do acórdão quando cabível; a condução e orientação da instrução do processo, a realização dos atos ou diligências tidas por necessárias, inclusive pelo Plenário, bem como a delegação de competência a magistrado para colhimento das provas consideradas indispensáveis; o indeferimento, monocraticamente, de recurso, quando intempestivo ou manifestamente incabível.

Também pode o Relator determinar o arquivamento liminar do processo quando a matéria for flagrantemente estranha às finalidades do Conselho, bem como quando a pretensão for manifestamente improcedente, despida de elementos mínimos para sua compreensão ou quando ausente interesse geral; deferir medidas urgentes e acauteladoras, motivadamente, quando haja fundado receio de prejuízo, dano irreparável ou risco de perecimento do direito invocado, determinando a inclusão em pauta, na sessão seguinte, para submissão ao referendo do Plenário; deferir, monocraticamente, pedido em estrita obediência a Enunciado Administrativo ou a entendimento firmado pelo Conselho ou pelo Supremo Tribunal Federal; além de manifestar-se, em auxílio à Presidência, nas solicitações de informações em processos no Supremo Tribunal Federal questionando decisão sua ou do Plenário.

Nos pedidos de providências e nos procedimentos de controle administrativo, poderá o Relator, a qualquer momento, propor conciliação às partes em litígio, em audiência própria, reduzindo a termo o acordo, a ser homologado pelo Plenário. Poderá ainda, monocraticamente, determinar a suspensão de procedimento do qual tem origem o ato impugnado, com a finalidade de aguardar o pronunciamento das instâncias administrativas do órgão do judiciário.

Mediante despacho motivado, antes da decisão do pedido e desde que não haja prejuízo para o interessado, o Relator poderá abrir período de consulta pública ou designar audiência pública para manifestação de terceiros. Entretanto, a fim de que pessoas físicas ou jurídicas possam examinar os autos, fixando-se prazo para oferecimento de alegações escritas, a abertura da consulta pública será objeto de divulgação pelos meios oficiais.

Não se caracteriza, por si só, a condição de interessado no processo, o simples comparecimento à consulta pública, no entanto, restrito ao objeto do procedimento, confere o direito de obter resposta fundamentada, que poderá ser comum a todas as alegações substancialmente iguais.

A Lei nº. 11.365, de 26 de outubro de 2006 (BRASIL, 2006.c), dispõe sobre a remuneração dos membros do Conselho Nacional de Justiça, fixando que os mesmos perceberão, mensalmente, o equivalente ao subsídio de Ministro de Tribunal Superior. Entretanto, o presidente do Supremo Tribunal Federal, os Ministros indicados pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Tribunal Superior do Trabalho manterão o subsídio que percebem nas Cortes respectivas, sem qualquer acréscimo remuneratório no Conselho. Os demais membros detentores de vínculo efetivo com o poder público manterão a remuneração que percebem no órgão de origem, acrescida da diferença entre esta, se de menor valor, e o subsídio de Ministro de Tribunal Superior.

A lei acima citada, com o fim de dar cumprimento ao disposto no art. 37, inciso XI da Constituição Federal (BRASIL, 2010.c, p. 60), que trata da remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, atribuiu à Secretaria do Conselho Nacional de Justiça o controle dos valores percebidos pelos conselheiros em outros órgãos públicos federais, estaduais ou municipais, da administração direta ou indireta.

Também disciplinou a percepção pelos conselheiros, além da remuneração prevista, de passagens e diárias equivalentes às pagas a Ministro do Superior Tribunal de Justiça, com o fim de atender aos deslocamentos em razão do serviço, tais como sessões, reuniões, trabalhos, inspeções, correições e missões outras que exijam viagem para fora do local de residência.

As despesas decorrentes da remuneração dos conselheiros e das passagens e diárias, previstas na legislação em comento, correm por conta dos

créditos consignados ao Conselho Nacional de Justiça no Orçamento Geral da União.

Em 26 de outubro de 2006, entrou em vigor também a Lei nº. 11.364 (BRASIL, 2006.b), posteriormente alterada pela Lei nº. 11.618, de 19 de dezembro de 2007 (BRASIL, 2007), disciplinando as atividades de apoio ao Conselho Nacional de Justiça. Fixou que o Conselho Nacional de Justiça terá uma Secretaria, com quadro próprio de pessoal, dispondo ainda que a Secretaria do Supremo Tribunal Federal prestará apoio ao Conselho para a execução de sua gestão administrativa, mediante protocolo de cooperação a ser firmado entre os titulares das Secretarias dos órgãos-partes.

O Senado Federal, em 27 de abril de 2005, promulgou a Resolução nº. 7 (SENADO FEDERAL, 2005), com alterações produzidas pela Resolução nº. 22, de 02 de setembro de 2009 (SENADO FEDERAL, 2009), estabelecendo normas para apreciação das indicações para a composição do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, em face do que dispõe a Emenda Constitucional nº. 45, de 30 de dezembro de 2004. Segundo a Resolução, em seu art. 2º, todos os indicados são sabatinados pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, e, no art. 3º, para cada indicação há um relator, que opina perante a Comissão, sendo o relatório apreciado em sessão pública, com votação procedida por escrutínio secreto. Aprovada ou rejeitada a indicação pela Comissão, esta é submetida à decisão do plenário.

Havendo a rejeição de qualquer nome pelo Plenário, é oficiado à autoridade máxima do órgão ou instituição competente para a indicação, a fim de que novo nome seja apresentado no prazo improrrogável de 15 (quinze) dias, devendo ser acompanhada de amplos esclarecimentos sobre o candidato e instruída com documentos, nos termos da Resolução em comento.

O preenchimento de vaga para a composição do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, cuja indicação seja do Senado Federal, acontece no prazo de cinco dias úteis, contado do conhecimento oficial de abertura da vaga.

No que se refere ao funcionamento do Conselho Nacional de Justiça, importa dizer que o Regimento Interno (2010), a partir do título II, dispôs sobre a

distribuição e os tipos de processos, tais como: a inspeção, a correição, a sindicância, a reclamação disciplinar, o processo administrativo disciplinar, a representação por excesso de prazo, a avocação, a revisão disciplinar, a consulta, o procedimento de controle administrativo, o pedido de providências, a reclamação para a garantia das decisões, o ato normativo, a nota técnica, bem como cuidou de traçar normas para a efetivação das decisões, os meios de provas, as audiências, os recursos administrativos e as sessões.

2.4 Atribuições políticas, administrativas, disciplinares e sancionatórias do Conselho Nacional de Justiça.

O Regimento Interno do Conselho Nacional de Justiça, com alterações da Emenda Regimental nº. 01, de 09 de março de 2010 (BRASIL, 2010), disciplinou a sua estrutura e as suas atribuições. Assim, no art. 2º, definiu que integram a estrutura do Conselho Nacional de Justiça, o Plenário; a Presidência; a Corregedoria Nacional de Justiça; os Conselheiros; as Comissões; a Secretaria-Geral; o Departamento de Pesquisas Judiciárias – DPJ; o Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas – DMF; e, por fim, a Ouvidoria.

Nos termos fixados pela Constituição da República Federativa do Brasil e disciplinamento dado pelo Regimento Interno do Conselho Nacional de Justiça, o Plenário, configurado como órgão máximo do Conselho, é constituído por todos os Conselheiros empossados e se reúne validamente com a presença de, no mínimo, dez de seus integrantes. Oficiam perante o Plenário, podendo usar da palavra, o Procurador-Geral da República e o Presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

O Plenário possui competências amplas, definidas, sobretudo, em seu Regimento Interno (BRASIL, 2010), dentre elas, o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos magistrados. Desta forma, compete ao Plenário, dentre outras atribuições, a de zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou

recomendar providências; zelar pela observância do art. 37 da Constituição Federal e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União e dos Tribunais de Contas dos Estados.

Além disso, compete ao Plenário receber as reclamações, e delas conhecer, contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do poder público ou de oficializados, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional concorrente dos Tribunais, decidindo pelo arquivamento ou instauração do procedimento disciplinar; avocar, se entender conveniente e necessário, processos disciplinares em curso; propor a realização pelo Corregedor Nacional de Justiça de correições, inspeções e sindicâncias em varas, Tribunais, serventias judiciais e serviços notariais e de registro.

No âmbito das suas competências disciplinares, compete ainda ao Plenário julgar os processos disciplinares regularmente instaurados contra magistrados, podendo determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas previstas em lei complementar ou em Regimento, assegurada a ampla defesa; encaminhar peças ao Ministério Público, a qualquer momento ou fase do processo administrativo, quando verificada a ocorrência de qualquer crime, ou representar perante ele nos casos de crime contra a administração pública, de crime de abuso de autoridade ou nos casos de improbidade administrativa; rever, de ofício, ou mediante provocação, os processos disciplinares contra juízes de primeiro grau e membros de Tribunais julgados há menos de um ano; representar ao Ministério Público para propositura de ação civil para a decretação da perda do cargo ou da cassação da aposentadoria.

Também cabe ao Plenário instaurar e julgar processo para verificação de invalidez de Conselheiro; elaborar relatórios estatísticos sobre processos e outros indicadores pertinentes à atividade jurisdicional; elaborar relatório anual, o qual deve integrar mensagem do Presidente do Supremo Tribunal Federal a ser remetida ao

Congresso Nacional, por ocasião da abertura da sessão legislativa, discutido e aprovado em sessão plenária especialmente convocada para esse fim, versando sobre: a) avaliação de desempenho de Juízos e Tribunais, com publicação de dados estatísticos sobre cada um dos ramos do sistema de justiça nas regiões, nos Estados e no Distrito Federal, em todos os graus de jurisdição, discriminando dados quantitativos sobre execução orçamentária, movimentação e classificação processual, recursos humanos e tecnológicos; b) as atividades desenvolvidas pelo CNJ e os resultados obtidos, bem como as medidas e providências que julgar necessárias para o desenvolvimento do Poder Judiciário.

O Plenário deve igualmente definir e fixar, em sessão plenária de planejamento especialmente convocada para este fim, com a participação dos órgãos do Poder Judiciário, podendo para tanto serem ouvidas as associações nacionais de classe das carreiras jurídicas e de servidores, o planejamento estratégico, os planos de metas e os programas de avaliação institucional do Poder Judiciário, visando ao aumento da eficiência, da racionalização e da produtividade do sistema, bem como ao maior acesso à Justiça; definir e fixar, em sessão plenária especialmente convocada para este fim, o planejamento estratégico do CNJ; requisitar das autoridades fiscais, monetárias e de outras autoridades competentes informações, exames, perícias ou documentos, sigilosos ou não, imprescindíveis ao esclarecimento dos processos ou procedimentos de sua competência submetidos à sua apreciação.

Compete ainda ao Plenário aprovar notas técnicas elaboradas na forma do seu Regimento; propor a criação, transformação ou extinção de cargos e a fixação de vencimentos dos servidores do seu quadro de pessoal, cabendo a iniciativa legislativa ao Supremo Tribunal Federal, na forma do disposto no art. 96, II, da Constituição Federal; aprovar, em ato próprio e específico, a organização e a competência de seus órgãos internos, bem como as atribuições das suas chefias e servidores; aprovar a sua proposta orçamentária, a ser apresentada pela Secretaria-Geral, com no mínimo quinze (15) dias de antecedência da sessão plenária específica em que será votada, encaminhando-a ao Supremo Tribunal Federal para os fins do disposto no art. 99, § 2º, II, da Constituição Federal.

A aprovação da abertura de concurso público para provimento dos cargos efetivos e a homologação do respectivo resultado final; a decisão, na condição de instância revisora, dos recursos administrativos cabíveis; o disciplinamento da instauração, autuação, processamento, julgamento e eventual reconstituição dos processos de sua competência; a fixação de critérios para as promoções funcionais de seus servidores; a alteração do Regimento Interno; a resolução das dúvidas que forem submetidas pela Presidência ou pelos Conselheiros sobre a interpretação e a execução do Regimento ou das Resoluções, bem como a edição de Enunciados interpretativos com força normativa; a concessão de licença ao Presidente e, por mais de três (3) meses, aos demais Conselheiros; a apreciação dos pedidos de providências para garantir a preservação de sua competência ou a autoridade das suas decisões; além da produção de estudos e propositura de medidas com vistas à maior celeridade dos processos judiciais, bem como diagnósticos, avaliações e projetos de gestão dos diversos ramos do Poder Judiciário, visando a sua modernização, desburocratização e eficiência; a estimulação do desenvolvimento de programas de aperfeiçoamento da gestão administrativa e financeira dos órgãos do Poder Judiciário e de interligação dos respectivos sistemas, estabelecendo metas, são outras das muitas atribuições do Plenário.

Da mesma forma, cabe ao Plenário o desenvolvimento do cadastro de dados com informações geradas pelos órgãos prestadores de serviços judiciais, notariais e de registro; a aprovação e o encaminhamento ao Poder Legislativo de parecer conclusivo nos projetos de leis de criação de cargos públicos, de estrutura e de natureza orçamentária dos órgãos do Poder Judiciário federal; a decisão sobre consulta que lhe seja formulada a respeito de dúvida suscitada na aplicação de dispositivos legais e regulamentares concernentes à matéria de sua competência, na forma estabelecida no Regimento.

O Plenário é competente ainda para a fixação de procedimentos e prazos mínimos e máximos para manifestação do Conselheiro sorteado para apreciar processos que tratem sobre prestação de contas anuais, relatórios para o Congresso Nacional, parecer de mérito em propostas orçamentárias, criação de cargos, criação de programas de responsabilidade do CNJ com as respectivas propostas orçamentárias, metas e seus responsáveis, criação de convênios que

incluam contrapartida do CNJ, e demais hipóteses analisadas pelo Plenário; o estabelecimento do sistema de informações obrigatórias aos Conselheiros sobre temas relevantes para o funcionamento do CNJ; a celebração de termo de compromisso com as administrações dos Tribunais para estimular, assegurar e desenvolver o adequado controle da sua atuação financeira e promover a agilidade e a transparência no Poder Judiciário.

Importante destacar que os atos e as decisões do Plenário não admitem recurso e que o Tribunal de Justiça ou o Poder Legislativo Estadual poderão consultar o Conselho Nacional de Justiça sobre os projetos de lei de criação de cargos públicos, de estrutura e natureza orçamentária dos órgãos do Poder Judiciário federal.

No tocante à Corregedoria Nacional de Justiça, nos termos do art. 103-B, parágrafo 5º, da Carta Constitucional (BRASIL, 2010), o exercício da função de Ministro-Corregedor é do Ministro do Superior Tribunal de Justiça, ficando este excluído da distribuição de processos no Tribunal, competindo-lhe, além das atribuições conferidas pelo Estatuto da Magistratura, o recebimento das reclamações e denúncias, de qualquer interessado, relativas aos magistrados e aos serviços judiciários; o exercício das funções executivas do Conselho, de inspeção e de correição geral; a requisição e a designação de magistrados, delegando-lhes atribuições, e a requisição de servidores de juízos ou tribunais, inclusive nos Estados, Distrito Federal e Territórios.

Ressalta-se que o Regimento Interno do Conselho Nacional de Justiça, em seu art. 8º, elasteceu o rol de atribuições da Corregedoria Nacional de Justiça, disciplinando a atuação desta, destacando, dentre outras, o recebimento das reclamações e das denúncias de qualquer interessado relativas aos magistrados e Tribunais e aos serviços judiciários auxiliares, serventias, órgãos prestadores de serviços notariais e de registro, determinando o arquivamento sumário das anônimas, das prescritas e daquelas que se apresentem manifestamente improcedentes ou despidas de elementos mínimos para a sua compreensão, de tudo dando ciência ao reclamante; a determinação do processamento das reclamações que atendam aos requisitos de admissibilidade, arquivando-as quando o fato não constituir infração disciplinar; a instauração de sindicância ou a

propositura, desde logo, ao Plenário da instauração de processo administrativo disciplinar, quando houver indício suficiente de infração.

Também a Corregedoria Nacional de Justiça é competente para a promoção ou determinação da realização de sindicâncias, inspeções e correições, quando houver fatos graves ou relevantes que as justifiquem, desde logo determinando as medidas que se mostrem necessárias, urgentes ou adequadas, ou propondo ao Plenário a adoção das medidas que lhe pareçam suficientes a suprir as necessidades ou deficiências constatadas; a requisição das autoridades fiscais, monetárias e de outras autoridades competentes informações, exames, perícias ou documentos, sigilosos ou não, imprescindíveis ao esclarecimento de processos ou procedimentos submetidos à sua apreciação, dando conhecimento ao Plenário.

Também compete à Corregedoria Nacional de Justiça a requisição de magistrados para lhe auxiliar, delegando-lhes atribuições, observados os limites legais; a requisição de servidores do Poder Judiciário e a convocação do auxílio de servidores do próprio Conselho, para tarefa especial e prazo certo, para exercício na Corregedoria Nacional de Justiça, podendo delegar-lhes atribuições nos limites legais; a elaboração e a apresentação de relatório anual referente às atividades desenvolvidas pela Corregedoria Nacional de Justiça na primeira sessão do ano seguinte; a apresentação ao Plenário do Conselho, em quinze (15) dias de sua finalização, de relatório das inspeções e correições realizadas ou das diligências e providências adotadas sobre qualquer assunto, dando-lhe conhecimento das que sejam de sua competência própria e submetendo à deliberação do colegiado as demais.

Faz parte ainda das competências da Corregedoria a expedição de Recomendações, Provimentos, Instruções, Orientações e outros atos normativos destinados ao aperfeiçoamento das atividades dos órgãos do Poder Judiciário e de seus serviços auxiliares e dos serviços notariais e de registro, bem como dos demais órgãos correicionais, sobre matéria relacionada com a sua competência; a propositura ao Plenário do Conselho da expedição de recomendações e da edição de atos regulamentares que assegurem a autonomia, a transparência e a eficiência do Poder Judiciário e o cumprimento do Estatuto da Magistratura; a execução, de

ofício ou por determinação, e a determinação de execução das ordens e deliberações do Conselho relativas à matéria de sua competência.

Importante dizer que, além das atribuições acima já delineadas, cabe à Corregedoria Nacional de Justiça, o encaminhamento de correspondência, no que diz respeito às matérias de sua competência, às autoridades judiciárias e administrativas e aos órgãos ou às entidades; a indicação ao Presidente, para fins de designação ou nomeação, do nome dos ocupantes de função gratificada ou cargo em comissão no âmbito da Corregedoria Nacional de Justiça, cabendo àquele dar-lhes posse; a promoção da criação de mecanismos e meios para a coleta de dados necessários ao bom desempenho das suas atividades; a manutenção de contato direto com as demais Corregedorias do Poder Judiciário; a promoção de reuniões periódicas para estudo, acompanhamento e sugestões com os magistrados envolvidos na atividade correicional; a delegação, nos limites legais, aos demais Conselheiros, aos Juízes Auxiliares ou aos servidores expressamente indicados, de atribuições sobre questões específicas; a solicitação aos órgãos dos Poderes Executivo e Legislativo, ou a entidade pública, da cessão temporária por prazo certo, sem ônus para o Conselho, de servidor detentor de conhecimento técnico especializado, para colaborar na instrução de procedimento em curso na Corregedoria Nacional de Justiça.

Da mesma forma, compete à Corregedoria a promoção de ofício, quando for o caso de urgência e relevância, ou a propositura ao Plenário, de quaisquer medidas com vistas à eficácia e ao bom desempenho da atividade judiciária e dos serviços afetos às serventias e aos órgãos prestadores de serviços notariais e de registro; a promoção, constituição e manutenção dos bancos de dados, integrados a banco de dados central do Conselho, atualizados sobre os serviços judiciais e extrajudiciais, inclusive com o acompanhamento da respectiva produtividade e geração de relatórios visando ao diagnóstico e à adoção de providências para a efetividade fiscalizatória e correicional, disponibilizando seus resultados aos órgãos judiciais ou administrativos a quem couber o seu conhecimento.

De logo, salienta-se o exercício da atividade normativa pela Corregedoria Nacional de Justiça, tendo em vista a competência desta para expedir Recomendações, Provimentos, Instruções, Orientações e outros atos normativos

destinados ao aperfeiçoamento das atividades dos órgãos do Poder Judiciário e de seus serviços auxiliares e dos serviços notariais e de registro, bem como dos demais órgãos correicionais, sobre matéria relacionada com a sua competência.

Esse exercício da atividade normativa demonstra-se de grande importância, mormente quando se estuda o processo constitucional e, sobretudo, o tema da jurisdição constitucional e o controle de constitucionalidade, haja vista que toda atividade que envolve atividade legislativa requer o estudo da conformidade constitucional, objeto de discussão dos capítulos seguintes.

Ainda no âmbito da Corregedoria Nacional de Justiça, o Regimento Interno do Conselho determinou que os magistrados por esta requisitados poderão assessorar em procedimentos, atos e assuntos a serem levados à apreciação do próprio Conselho ou em outros assuntos que se fizerem necessários, subscrevendo os respectivos despachos mediante delegação expressa do Corregedor Nacional de Justiça, bem como que os mesmos conservarão os direitos e as vantagens inerentes ao exercício de seus cargos ou empregos de origem, como se em atividade normal estivessem. Além disso, a requisição de magistrados pela Corregedoria Nacional de Justiça não poderá exceder dois anos, podendo ser prorrogada uma única vez.

Essa atribuição do Conselho Nacional de Justiça, no sentido de poder realizar a requisição e designação de magistrados e servidores, para lhes delegar atribuições, foi alvo de crítica pela Associação dos Magistrados Brasileiros, que, por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 3.367 (BRASIL, 2004), se posicionou da seguinte forma:

Já no §5º do art. 103-B, estabeleceu-se que um membro do Conselho exercerá as competências “correicionais”, atribuindo-lhe até mesmo o direito de realizar a requisição e designação de magistrados e servidores, para lhes delegar atribuições, o que evidencia um manifesta ingerência do Conselho sobre os demais órgãos de jurisdição. Aliás, a requisição e designação previstas, da forma como o foram, faz crer até mesmo uma violação ao princípio da inamovibilidade do magistrado, já que não prevê a “faculdade” ao membro do Conselho “solicitar”, mas sim o “direito” de “proceder a requisição e designação” de magistrado para servir junto ao Conselho, sem que o magistrado ou servidor possa se opor.

Tal argumento, entretanto, não foi objeto de aprofundamento pelo Supremo Tribunal Federal, que decidiu julgar improcedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade, analisando a alegada violação do princípio da separação e

independência dos poderes, sem maiores reflexões sobre a atribuição atacada pela Associação dos Magistrados Brasileiros.

São públicos os procedimentos que tramitam na Corregedoria Nacional de Justiça. Entretanto, enquanto não admitidos ou durante as investigações, o acesso aos autos respectivos poderá ficar restrito aos interessados e aos seus procuradores.

É dada ciência ao requerente ou interessado, pela imprensa oficial, por intimação pessoal e por via telefônica, das decisões do Corregedor Nacional de Justiça e dos Juízes Auxiliares por ele delegadas, apenas quando a decisão importar em alteração de situação jurídica pessoal do interessado.

No tocante à presidência do Conselho Nacional de Justiça, como já mencionado anteriormente, a mesma é atribuída ao presidente do Supremo Tribunal Federal e, nas ausências ou impedimentos, ao vice-presidente do Supremo Tribunal Federal. Suas atribuições, definidas pelo Regimento Interno do Conselho Nacional de Justiça (BRASIL, 2010), são extensas, dentre as quais se podem destacar, velar pelo respeito às prerrogativas do CNJ; dar posse aos Conselheiros; representar o Conselho perante quaisquer órgãos e autoridades; convocar e presidir as sessões plenárias do CNJ, dirigindo os trabalhos, cumprindo e fazendo cumprir o presente Regimento.

Compete ainda ao Presidente do Conselho responder pelo poder de polícia nos trabalhos do CNJ, podendo requisitar, quando necessário, o auxílio de outras autoridades; antecipar, prorrogar ou encerrar o expediente nos casos urgentes, *ad referendum* do Plenário; decidir questões de ordem, ou submetê-las ao Plenário, quando entender necessário; conceder licença aos Conselheiros, de até três (3) meses, e aos servidores do quadro de pessoal; conceder diárias e passagens, bem assim o pagamento de ajuda de custo, transporte e/ou indenização de despesa quando for o caso, em conformidade com as tabelas aprovadas pelo Conselho e a legislação aplicável à espécie; orientar e aprovar a organização das pautas de julgamento preparadas pela Secretaria-Geral; supervisionar as audiências de distribuição.

Também compete à Presidência do Conselho Nacional de Justiça a assinatura das atas das sessões do Conselho; o despacho do expediente do

Conselho; a execução e a determinação de execução das ordens e deliberações do Conselho; a decisão sobre as matérias relacionadas aos direitos e deveres dos servidores do Conselho; o provimento, na forma da lei, dos cargos do quadro de pessoal do Conselho; a designação do Secretário-Geral e a concessão de posse aos chefes e aos diretores os órgãos internos do Conselho; a exoneração, a pedido, de servidor do quadro de pessoal do Conselho; a superintendência da ordem e da disciplina do Conselho, bem como a aplicação de penalidades aos seus servidores; a autorização dos descontos legais nos vencimentos e/ou proventos dos servidores do quadro de pessoal do Conselho.

Da mesma forma, são atribuições do Presidente do Conselho Nacional de Justiça a autorização e aprovação das concorrências, das tomadas de preços e dos convites, para aquisição de materiais, e de tudo o que for necessário ao funcionamento dos serviços do Conselho; a autorização, em caso de urgência e de necessidade extraordinária previstos em lei, da contratação de servidores temporários; a autorização do pagamento de despesas referentes ao fornecimento de material ou prestação de serviços e a assinatura dos contratos relativos à adjudicação desses encargos; o provimento de cargos em comissão e a designação de servidores para exercer funções gratificadas; a delegação aos demais Conselheiros, bem como ao Secretário-Geral, da prática de atos de sua competência; a prática, em caso de urgência, de ato administrativo de competência do Plenário, submetendo-o ao referendo deste na primeira sessão que se seguir; a assinatura da correspondência em nome do Conselho; a requisição dos magistrados, delegando-lhes quaisquer de suas atribuições, observados os limites legais; a requisição de servidores do Poder Judiciário, delegando-lhes atribuições, observados os limites legais.

Cabe também ao Presidente do Conselho a apreciação, liminarmente, antes da distribuição, dos pedidos e requerimentos anônimos ou estranhos à competência do Conselho; a instituição de grupos de trabalho, visando à realização de estudos e diagnósticos bem como à execução de projetos de interesse específico do Conselho; a instituição de comitês de apoio, compostos por servidores, para a elaboração de estudos e pareceres técnicos sobre matéria de interesse do Conselho; a aprovação dos pareceres de mérito a cargo do CNJ nos casos previstos

em lei, com referendo do Plenário e encaminhamento aos órgãos competentes; a Celebração de convênios e a assinatura de contratos, dando-se ciência imediata aos Conselheiros.

Também integram o Conselho Nacional de Justiça as comissões. Estas podem ser permanentes ou temporárias, compostas por, no mínimo, três Conselheiros e são destinadas ao estudo de temas e o desenvolvimento de atividades específicas do interesse respectivo ou relacionadas com suas competências. Destaca-se que os integrantes das Comissões permanentes são eleitos pelo Plenário do Conselho Nacional de Justiça.

Dentre as atribuições das Comissões, pode-se citar: a discussão e votação das proposições sujeitas à deliberação que lhes forem distribuídas; a realização de audiências públicas com órgãos públicos, entidades da sociedade civil ou especialistas; o recebimento de requerimentos e sugestões de qualquer pessoa sobre tema em estudo ou debate em seu âmbito de atuação; o estudo de qualquer assunto compreendido no respectivo campo temático ou área de atividade, podendo propor, no âmbito das atribuições para as quais foram criadas, a realização de conferência, exposições, palestras ou seminários.

Na composição das Comissões vislumbra-se a participação proporcional, preservando, sempre que possível, a representação das diversas categorias funcionais e em cada uma das Comissões há pelo menos um Conselheiro não integrante da Magistratura. Por maioria absoluta, na sessão de constituição de cada Comissão, é eleito um Presidente, com a determinação do início e do término do mandato correspondente (art. 28, §1º, do Regimento Interno do Conselho Nacional de Justiça).

Já nas Comissões temporárias, que deverão observar os termos e os limites do ato de sua constituição, a presidência de cada uma delas pertence a um de seus membros e nos casos de renúncia, vacância ou impedimento definitivo de qualquer dos membros das Comissões, há a indicação de novo membro, com mandato pelo período que restar.

Em caso de urgência ou relevância, sem prejuízo das atribuições das Comissões, pode o Presidente da Comissão adotar, singularmente ou mediante

delegação especial, medidas ou providências que pareçam necessárias ao desempenho das competências respectivas.

Também, dentro de seu âmbito de atuação, pode a Comissão solicitar à Presidência que sejam colocados a sua disposição magistrados e servidores para auxiliar nos trabalhos que lhe são afetos, sem prejuízo das funções dos requisitados e na medida de suas disponibilidades, assim como pode, nos casos de estrita necessidade, solicitar ao Presidente do Conselho Nacional de Justiça a contratação de assessorias e auditorias, bem como a celebração de convênios com universidades ou outras instituições.

Os assuntos e as metas de âmbito de cada comissão são comunicados ao Presidente do Conselho Nacional de Justiça, dentro do prazo de 30 dias após a sua constituição, sendo discutidos e aprovados pelo Plenário em sessão específica de planejamento interno.

Ainda dentro da estrutura do Conselho Nacional de Justiça, situa-se a Secretaria-Geral, com competência para assegurar a assessoria e o apoio técnico e administrativo necessários à preparação e à execução da sua própria gestão administrativa, das atividades do Plenário, da Presidência do Conselho, da Corregedoria Nacional de Justiça, dos Conselheiros e das Comissões, conforme prevê o art. 32 do Regimento Interno do Conselho Nacional de Justiça. (BRASIL, 2010).

O Secretário-Geral, com competência para dirigir a Secretaria-Geral, é designado pelo Presidente do Conselho, dentre os magistrados requisitados, conforme autoriza o Regimento Interno.

Os atos ordinatórios, de administração ou de mero expediente, nos processos administrativos submetidos ao Conselho, serão executados pela Secretaria-Geral. Entretanto, serão subscritas pelo Presidente do Conselho as comunicações, as determinações ou ordens de execução concessivas ou restritivas de direito.

Mediante protocolo de cooperação entre titulares das Secretarias de outros órgãos integrantes do Conselho Nacional de Justiça, a Secretaria-Geral poderá prestar apoio para a execução da gestão administrativa.

Outro órgão que compõe a estrutura do Conselho Nacional de Justiça é o Departamento de Pesquisas Judiciárias (DPJ), sendo considerado este um órgão de assessoramento técnico do Conselho. Dentre seus objetivos, estão os de subsidiar a Presidência na elaboração do relatório anual do Conselho, na forma do disposto no inciso VII do § 4º do art. 103-B da Constituição Federal (BRASIL, 2010.c, p. 130); desenvolver pesquisas destinadas ao conhecimento da função jurisdicional brasileira; realizar análise e diagnóstico dos problemas estruturais e conjunturais dos diversos segmentos do Poder Judiciário; elaborar relatórios conclusivos e opinar sobre matéria que lhe seja submetida pelo Plenário, pelo Presidente, pelo Corregedor Nacional de Justiça, por Conselheiro ou pelas Comissões; fornecer subsídios técnicos para a formulação de políticas judiciárias; disseminar informações e conhecimentos por meio de publicações, seminários e outros veículos.

Poderá o Conselho Nacional de Justiça estabelecer vínculos de cooperação e intercâmbio com quaisquer órgãos e entidades públicas ou privadas, nacionais, estrangeiras ou multinacionais, no campo de sua atuação, bem como celebrar contratos com autoridades públicas nacionais ou estrangeiras e pessoas físicas e jurídicas especializadas nos assuntos que lhe sejam submetidos a exame, a fim de promover a consecução dos seus objetivos institucionais.

O Departamento de Pesquisas Judiciárias, além de ser dirigido por um Diretor Executivo, um Diretor de Projetos e um Diretor Técnico, dispõe de um Conselho Consultivo em sua estrutura, sendo este composto de nove membros, não remunerados, indicados pela Presidência e aprovados pelo Plenário do Conselho Nacional de Justiça, recaindo a escolha, obrigatoriamente, sobre professores de ensino superior e magistrados, em atividade ou aposentados, com reconhecida experiência nas atividades do Poder Judiciário, sendo as competências do Conselho Consultivo fixadas em regulamento editado pelo Plenário.

Dentre as competências do Conselho Consultivo estabelecidas pelo Plenário, consoante dispõe o art. 40 do Regimento Interno do Conselho Nacional de Justiça (BRASIL, 2010), situam-se as de opinar sobre estudos, relatórios, análises e pesquisas que o Departamento de Pesquisas Judiciárias lhe submeter; opinar sobre as diretrizes metodológicas e os projetos de pesquisas desenvolvidos no Departamento de Pesquisas Judiciárias; examinar e opinar sobre a celebração de

convênios e acordos que envolvam as informações contidas nos bancos de dados do Poder Judiciário nacional e nos seus arquivos.

Compete ainda ao Conselho Consultivo a propositura de estudos e projetos nas áreas temáticas relativas a Direito e Sociedade, Direito e Política, Direito e Economia, Reforma Legal e do Judiciário, bem como em outras áreas que atendam aos interesses do Conselho Nacional de Justiça; a propositura a respeito das linhas de pesquisa desenvolvidas e suas diretrizes metodológicas; o apoio à Diretoria do Departamento de Pesquisas Judiciárias em suas relações com as comunidades científicas nacional e internacional; dar parecer sobre qualquer quesito que a Diretoria do Departamento de Pesquisas Judiciárias lhe submeter; elaborar seu regulamento, a ser submetido à aprovação do Plenário do Conselho Nacional de Justiça.

Também compõe a estrutura do Conselho Nacional de Justiça o Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas. Este órgão foi criado pela Lei nº. 12.106, de 02 de dezembro de 2009 (BRASIL, 2009.b), que disciplinou seus objetivos e sua composição, incorporadas no Regimento Interno do Conselho Nacional de Justiça, por meio da Emenda Regimental nº. 01/2010 (BRASIL, 2010), nos arts. 40-A e 40-B.

O Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas foi criado com a finalidade de acompanhar e fiscalizar o sistema carcerário e de executar as medidas socioeducativas no âmbito do Poder Judiciário.

Dentre os seus objetivos, merecem destaques os de monitoramento e fiscalização do cumprimento das recomendações e resoluções do Conselho Nacional de Justiça em relação à prisão provisória e definitiva, medida de segurança e de internação de adolescentes; o planejamento, organização e coordenação, no âmbito de cada Tribunal, mutirões para reavaliação da prisão provisória e definitiva, da medida de segurança e da internação de adolescentes e para o aperfeiçoamento de rotinas cartorárias; o acompanhamento e propositura de soluções em face de irregularidades verificadas no sistema carcerário e no sistema de execução de medidas socioeducativas.

Ao Departamento acima compete ainda o fomento da implementação de medidas protetivas e de projetos de capacitação profissional e reinserção social do interno e do egresso do sistema carcerário; a propositura ao Conselho Nacional de Justiça, em relação ao sistema carcerário e ao sistema de execução de medidas socioeducativas, da uniformização de procedimentos, bem como de estudos para aperfeiçoamento da legislação sobre a matéria; o acompanhamento e o monitoramento de projetos relativos à abertura de novas vagas e ao cumprimento da legislação pertinente em relação ao sistema carcerário e ao sistema de execução de medidas socioeducativas; o acompanhamento da implantação e do funcionamento de sistema de gestão eletrônica da execução penal e de mecanismo de acompanhamento eletrônico das prisões provisórias; a coordenação da instalação de unidades de assistência jurídica voluntária no âmbito do sistema carcerário e do sistema de execução de medidas socioeducativas.

O Conselho Nacional de Justiça poderá celebrar contratos com pessoas físicas e jurídicas especializadas, bem como estabelecer vínculos de cooperação e intercâmbio com órgãos e entidades públicas ou privadas, nacionais, estrangeiras ou supranacionais, no campo de sua atuação, de forma a garantir a consecução dos objetivos institucionais do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas.

O Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas é coordenado por um juiz auxiliar nomeado pelo Presidente do Conselho Nacional de Justiça e supervisionado por um Conselheiro designado pelo Plenário, contando ainda com uma estrutura de cargos em comissão e funções comissionadas.

Por fim, o último órgão a compor a extensa estrutura do Conselho Nacional de Justiça é a Ouvidoria, que é coordenada por um Conselheiro eleito pela maioria do Plenário, possuindo atribuições regulamentadas por ato do Plenário.

A Ouvidoria é o canal de comunicação da sociedade com o Conselho Nacional de Justiça, para esclarecimento de dúvidas, reclamações, denúncias, elogios ou apresentação de sugestões sobre os serviços prestados pelo Conselho e sobre as atividades por ele desempenhadas.

2.5 O poder regulamentar e normativo do Conselho Nacional de Justiça.

Como já referenciado anteriormente, o Conselho Nacional de Justiça é um órgão de autonomia relativa, de natureza administrativa-constitucional, com atribuições de controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes.

As atribuições políticas do Conselho Nacional de Justiça estão caracterizadas pelas atribuições de planejamento, de defesa da soberania judiciária, regulamentares, mandamentais e de economia interna. Assim, a adoção de medidas com o fim de zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, com poderes de recomendar providências ou expedir atos regulamentares no âmbito de sua competência, configuram as atribuições políticas do Conselho Nacional de Justiça.

Caracterizando as atribuições de planejamento, situa-se a atribuição de garantir a autonomia do judiciário, preservando a independência interna e buscando formas de resguardá-la intrinsecamente e em face de terceiros. Desta forma, ao adotar o papel de gestor estratégico dos recursos administrativos, humanos, logísticos e financeiros do judiciário, consubstancia-se a atribuição política mais importante do Conselho Nacional de Justiça, qual seja, a de zelar pela autonomia do Poder Judiciário.

Dentre as atribuições de planejamento do Conselho Nacional de Justiça, o Regimento Interno (BRASIL, 2010), no art. 19, fixou como uma das atribuições dos Conselheiros a definição e a fixação do planejamento estratégico, dos planos de metas e dos programas de avaliação institucional do Poder Judiciário, com o fim de aumentar a produtividade, a racionalização e a eficiência do sistema, bem como garantir o maior acesso à justiça.

Para tanto, de modo a identificar as deficiências relativas e globais do aparelhamento Judiciário, detectar os pontos de estrangulamentos, de sobrecargas e de desperdícios de tempo e disponibilidades, para o cumprimento da atribuição há a necessidade de promoção de pesquisas e estudos, reunindo e consolidando dados sobre os diferentes ramos e instâncias.

Ponto que merece atenção e destaque, em especial quando se estuda o tema do controle de constitucionalidade, diz respeito ao poder regulamentar e normativo do Conselho Nacional de Justiça, expressamente estabelecido no art. 103-B, parágrafo 4º, incisos I e II, da Constituição Federal (BRASIL, 2010.c, p. 130).

Para se entender melhor essa atribuição, necessário se faz o estudo do conceito de Poder Regulamentar. Nas lições de José dos Santos Carvalho Filho (2005, p. 42), poder regulamentar “é a prerrogativa conferida à Administração Pública de editar atos gerais para complementar as leis e permitir sua efetiva aplicação. A prerrogativa, registre-se, é apenas para complementar a lei; não pode, pois, a Administração alterá-la a pretexto de estar regulamentando”.

O poder regulamentar para Clèmerson Merlin Clève (2000, p. 152), consiste em atividade normativa secundária exercida pelo Poder Executivo. Segundo o autor, o mecanismo mais relevante através do qual a Administração Pública exerce a atividade normativa secundária, consiste no poder regulamentar, conferido constitucionalmente ao Presidente da República. Entretanto, a atividade normativa secundária do Poder Executivo não se limita à edição de regulamentos. A Administração Pública, através de suas autoridades, edita uma série de outros atos normativos, como, por exemplo, as instruções, as circulares, os regimentos, as ordens de serviço e os estatutos.

No entanto, como bem destaca Oswaldo Antônio Bandeira de Mello (1979, p. 316), somente a lei inova em caráter inicial na ordem jurídica e a distinção entre a lei e o ordenamento está em que a lei inova originariamente na ordem jurídica, enquanto o regulamento não a altera, sendo este fonte secundária, enquanto aquela é fonte primária do Direito.

Os atos normativos são divididos, doutrinariamente, em originários ou derivados. Os atos normativos originários são aqueles que emanam, em virtude de competência própria e outorgada pela Constituição, de um órgão estatal, a exemplo das leis editadas pelo Poder Legislativo.

Já os atos normativos derivados apenas explicitam ou especificam um conteúdo normativo preexistente, visando sua execução no plano prático. Este é o que, costumeiramente, se chama de poder regulamentar, que não ultrapassa os ditames da legalidade.

Entretanto, o poder regulamentar, denominado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2007, p. 77-78) de “poder normativo”, apresenta-se em duas modalidades, seja na forma de regulamento autônomo, seja na forma de regulamento executivo. É fácil perceber que o regulamento autônomo ou independente possui função nitidamente normativa, estabelecendo normas sobre matérias não disciplinadas em lei, enquanto o regulamento executivo não inova, não cria direitos, obrigações ou punições, seguindo fielmente os ditames legais, consubstanciado no princípio da legalidade, previsto no art. 5º, inciso II, da Constituição Federal (BRASIL, 2010.c, p. 06).

Após essa breve distinção entre os atos de natureza originária e os atos de natureza derivada (regulamentos), evidencia-se que, muito embora a atuação do Poder Regulamentar seja meramente complementar, os atos que possuem base de validade na própria Constituição, ou seja, que tem por escopo regulamentá-la, situam-se, no sistema de hierarquia normativa, no mesmo patamar das leis, porque são considerados autônomos e de natureza primária, como é o caso do Conselho Nacional de Justiça que possui poder normativo primário.

Neste mesmo sentido, merece registro a lição do Prof. Carvalho Filho:

Nesse aspecto, é importante observar que só se considera poder regulamentar típico, a atuação administrativa de complementação de leis ou atos análogos a elas. Daí seu caráter derivado. Há alguns casos, todavia, em que a Constituição autoriza determinados órgãos a produzirem atos que, tanto como as leis, emanam diretamente da Carta e têm natureza primária; inexistente qualquer ato de natureza legislativa que se situe em patamar entre a Constituição e o ato de regulamentação, como ocorre com o poder regulamentar. Serve como exemplo o art. 103-B, da CF, inserido pela E.C. 45/2004, que, instituindo o Conselho Nacional de Justiça, conferiu a esse órgão atribuição para “expedir atos regulamentares no âmbito de sua competência, ou recomendar providências”. A despeito dos termos da expressão (‘atos regulamentares’), tais atos não se enquadram no âmbito do verdadeiro poder regulamentar; como terão por escopo regulamentar a própria Constituição, serão eles autônomos e de natureza primária, situando-se no mesmo patamar em que se alojam as leis dentro do sistema de hierarquia normativa. (CARVALHO FILHO, 2005, p. 42).

A discussão sobre a possibilidade de conferir poder normativo primário ao Conselho Nacional de Justiça foi objeto da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº. 12 (BRASIL, 2009.e), proposta pela Associação de Magistrados Brasileiros

(AMB), no qual se questionava a validade da Resolução nº. 07/05 do Conselho Nacional de Justiça.

O Supremo Tribunal Federal decidiu que o Conselho Nacional de Justiça possui competência implícita para, com os atributos da generalidade, impessoalidade e abstratividade, editar os atos normativos associados às matérias de sua competência expressa, concedendo ao Conselho o poder de editar normas abstratas com o condão de sobrepujar todas as demais que, se forem contrárias, ainda que produzidas legitimamente pelo legislador.

Autores há, entretanto, que criticam a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal, tal como faz Antônio Veloso Peleja Júnior (2009, p. 150), para quem não é possível o exercício da atividade normativa primária pelo Conselho Nacional de Justiça porque “a atividade normativa primária exercida por outra fonte que não a legislativa, deve ser expressa no texto constitucional, e não se depreender da análise interpretativa”.

É pacífico, no entanto, tanto no âmbito do Conselho Nacional de Justiça quanto no próprio Supremo Tribunal Federal, que o Conselho Nacional de Justiça possui o poder normativo primário assegurado pela Carta Magna e que esse poder, assim entendido, não fere o princípio da legalidade, pois, o art. 103-B, §4º, inciso II, traz um núcleo inexpressão de outorga desta competência.

Suscita-se, por outro lado, a tese de que, como é próprio do poder regulamentar, o que na verdade ocorre é a interpretação ou desenvolvimento da lei, sem, contudo, haver a alteração da sua letra ou do seu espírito, ou seja, ressalta-se a atividade de minudenciar a disciplina normativa, tornando mais exequível e operativa a lei, colmatando-se as suas eventuais lacunas de natureza técnica, ainda que permaneça a dúvida séria deixada pelo legislador.

O fato é que a ausência de previsão legal do poder regulamentar do Conselho Nacional de Justiça, mas tão somente sua previsão Constitucional, tem gerado toda essa discussão em torno da competência normativa primária do Conselho, muito embora a questão já tenha, em tese, sido solucionada pela Corte Suprema.

Na Argentina e na Espanha, com peculiaridade de detalhes e grande amplitude, a fonte do poder regulamentar dos denominados Conselho da

Magistratura e Conselho Geral do Judiciário, respectivamente, foi prevista e definida em lei, muito embora a doutrina local tente minorar a repercussão dessa ampla competência, no sentido das normas poderem ser ditadas pelo Conselho apenas para sua organização como Órgão Constitucional, não podendo, entretanto, baixar normas que interfiram no governo do Poder Judiciário, nem tampouco na tramitação dos processos.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal, em escala que alcança a disciplina do Conselho Nacional de Justiça na própria Constituição, nas matérias de sua competência, tem permitido uma interpretação mais ampliada sobre esse poder regulamentar atribuído ao Conselho, sem que isso importe em violação do princípio federativo ou invasão na esfera de competência do legislador, como também sem atingir a Suprema Corte.

Sobre o tema, importante a lição de José Adércio Leite Sampaio, *in verbis*:

O CNJ é portador de legitimidade para baixar regulamento não apenas *intra legem*, mas também *intra constitutionis* e *extra leges*, não, evidentemente, *contra legem*. É preciso mais prudência nessa interpretação. Por menor que seja a obsessão pela legalidade, o fetiche moderno que serviu e serve para esconder, juridicamente, os atos apócrifos ou *extra ordinem* de poder e, social e politicamente, o sistema de dominação burguês, parece interpretação exagerada, que não faz bem ao gosto hermenêutico se for entendido nos termos até aqui desenvolvidos. Nem à dimensão democrática do Estado de Direito, por mais deficiente que seja o sistema representativo, sob a lembrança constante de que o desvio de meios não se justifica pelos fins os mais nobres que sejam, pois, no futuro, podem servir a outros propósitos e senhores.

Da passagem acima, de logo se extrai que o autor comunga do entendimento de que o Conselho Nacional de Justiça não pode buscar razões adicionais que extrapolem sua condição de órgão administrativo, devendo aplicar a Constituição de ofício e nos limites da densidade que a ela foram dados pela jurisprudência e pelo legislador.

O que na verdade merece registro é que o Conselho Nacional de Justiça, usando do poder regulamentar previsto constitucionalmente, disciplinou no artigo 102, do seu Regimento Interno (BRASIL, 2010), a sua atuação na elaboração de ato normativo, atribuindo-lhe, inclusive, força vinculante, além de disciplinar, nos art. 91 a 97, o procedimento de controle dos atos administrativos, nitidamente inspirado na

Lei nº. 9.868/99, que regulamentou a Ação Direta de Inconstitucionalidade e a Ação Declaratória de Constitucionalidade.

3. O CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA E O CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE

3.1 Modalidades do controle de constitucionalidade: a influência dos modelos Americano, Austríaco e Francês no sistema Brasileiro.

No constitucionalismo moderno, a doutrina faz a divisão do controle de constitucionalidade em três grandes modelos: o Americano, o Austríaco e o Francês. Tais modelos influenciaram os sistemas constitucionais de diversos países, apresentando características de acordo com os aspectos subjetivos, objetivos e processuais em que são analisados.

Muito embora já tenha sido traçado um panorama sobre as matrizes históricas e a evolução da jurisdição constitucional no capítulo 1, perfaz-se de grande importância o estudo das características de cada um dos grandes modelos que, de certa forma, influenciaram o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade.

A controvérsia acerca de qual órgão deveria exercer o papel de proteger a Constituição surge da idéia de jurisdição constitucional como instrumento de defesa dos direitos fundamentais e do procedimento democrático.

Kelsen (1992, p. 383) defende a idéia de que para assegurar o cumprimento de normas constitucionais por órgão diverso daquele que elaborou as normas é necessária a instituição da jurisdição constitucional por meio do controle dos atos estatais. Desta forma, haveria a instituição de um legislador positivo, que elaboraria a lei, e um legislador negativo, que a declararia inconstitucional, gerando, por conseguinte, um hiato entre os dois legisladores.

Diz o autor:

A possibilidade de uma lei emitida por um órgão legislativo ser anulada por outro órgão constitui uma restrição digna de nota do poder deste primeiro órgão. Tal possibilidade significa que existe, além do legislador positivo, um legislador negativo, um órgão que pode ser composto segundo um princípio totalmente diferente daquele do parlamento eleito pelo povo. Então, um antagonismo entre os dois legisladores, o positivo e o negativo, é quase que inevitável. Esse antagonismo pode ser diminuído estabelecendo-se que os membros do tribunal constitucional serão eleitos pelo parlamento. (KELSEN, 1997, p. 383).

Por meio do controle judicial de constitucionalidade das leis, na visão antagônica de Kelsen, evidencia-se que é possível a fiscalização recíproca entre os poderes constituídos do Estado, independentes e harmônicos entre si, sem que se configure ofensa à Constituição.

Esta idéia de fiscalização recíproca entre os poderes, sem ofensa à Constituição, foi denominada por Canotilho (1997, p. 783) de “ordenação constitucional de funções e controles interorgânicos e intraorgânicos dos órgãos de soberania”.

Surge, então, uma polêmica entre Kelsen e Carl Schmitt. Discordando da postura Kelseniana, Schmitt defende que leis constitucionais não se confundem com a Constituição, pois nesta os valores inseridos decorrem de decisão política, razão pela qual não pode uma Corte Constitucional, integrante do Poder Judiciário, reparar uma ofensa à Constituição, uma vez que somente pelo órgão político, sob pena de gerar a politização da justiça, poderiam ser revistos os conflitos entre poderes e entre leis, haja vista a prevalência do órgão político sobre o jurídico (BONAVIDES, 2001, p. 86).

No entanto, o modelo europeu de constitucionalidade das leis, impulsionado pela não adoção do controle judicial do sistema norte-americano, foi criado a partir das idéias de Kelsen, estampado na Constituição Austríaca de 1920.

No modelo Austríaco, direcionado à tutela do direito objetivo, a fiscalização da constitucionalidade das leis compete a um órgão exclusivo, que é a Corte Constitucional, o qual atua diante de requerimento formulado pelos Governos Federal ou Estadual, não se exigindo demonstração de violação de interesse subjetivo. Adota-se, assim, um controle concentrado de constitucionalidade, no qual, atuando como verdadeiro legislador negativo, o órgão encarregado da fiscalização anula as normas inconstitucionais, expulsando-as do ordenamento jurídico.

O sistema de fiscalização de constitucionalidade das leis adotado pela Constituição Austríaca, no qual as normas inconstitucionais são consideradas anuláveis, ao contrário do que ocorre no sistema norte-americano, muito embora não seja seguido de forma pura, é atualmente adotado em diversos países, tais como a Alemanha, Bélgica, Espanha, Itália, Portugal, etc., combinando-o com o modelo de fiscalização incidental.

Doutrinariamente, com características de cada um dos grandes modelos ora citados, o controle de constitucionalidade apresenta-se em algumas modalidades, levando-se em conta os aspectos subjetivos, objetivos e processuais. Neste sentido, de acordo com a natureza do órgão, o controle pode ser político ou judicial. Quanto ao momento de exercício do controle, pode ser preventivo ou repressivo.

Entretanto, atualmente, o controle de constitucionalidade é expresso por dois grandes sistemas, classificados pelo órgão que exerce o controle, assim denominados de Controle difuso de constitucionalidade, também conhecido por modelo americano, no qual na aplicação das leis a um caso sob sua apreciação é permitido ao juiz fiscalizar a constitucionalidade, e controle concentrado de constitucionalidade, designado como modelo Austríaco, no qual a fiscalização da constitucionalidade das leis é atribuída a um único órgão.

Salienta-se ainda que, no âmbito dessas modalidades doutrinárias, ainda se destaca outra classificação do controle de constitucionalidade, relacionada à forma ou modo de controle judicial, ou seja, quando o controle ocorre por via incidental ou por via principal, também designada como via de ação direta.

Importa dizer que foi na rígida separação dos poderes, no movimento revolucionário e na inoportunidade de qualquer interferência do Poder Judiciário na atividade legislativa das assembleias populares, que o modelo Francês teve origem, adotando o controle preventivo de constitucionalidade das leis, ou seja, a análise de constitucionalidade de um texto normativo, *a priori*, é realizada por um órgão político, para que possa ingressar no ordenamento jurídico.

A França é, por assim dizer, o país que oferece os mais típicos e numerosos exemplos de um controle político de constitucionalidade. No sistema Francês não há controle judicial de constitucionalidade.

Na modalidade de controle político de constitucionalidade, a fiscalização da compatibilidade constitucional é preventiva, ou seja, ocorre antes da entrada em vigor pela lei, sendo considerado na maioria das vezes como uma função meramente consultiva, sem força vinculatória para os órgãos legislativos e governamentais (CAPPELLETTI, 1992, p. 26).

É importante dizer, no entanto, que a exclusão de um controle judicial de constitucionalidade no sistema Francês, assim como em outros países, sempre ocorreu por razões históricas, marcadas pela lembrança das graves interferências que, anteriormente à Revolução, os juízes franceses frequentemente perpetravam na esfera dos outros poderes, com consequências representavam o arbítrio e o abuso.

Uma típica expressão da desconfiança profunda dos legisladores revolucionários nos juízes franceses é o Tribunal de Cassação, órgão não judicial de controle constitucional destinado a evitar que os órgãos judiciários, no exercício de suas funções, invadissem a esfera do Poder Legislativo, subtraindo-se à estreita e textual observância das leis.

Também por razões ideológicas se justifica a exclusão do controle judicial de constitucionalidade Francês, baseadas na doutrina da mais rígida separação dos poderes, considerando absolutamente incompatível a possibilidade de interferência dos juízes na esfera legislativa, esta considerado como a direta manifestação popular.

Além das razões históricas e ideológicas, acrescentam-se as razões práticas para o repúdio do sistema judicial de controle de constitucionalidade, marcadas pela prevalência da exigência de assegurar uma tutela contra as ilegalidades e os abusos do Poder Executivo e contra as ilegalidades do Poder Judiciário, antes de assegurar uma tutela contra os excessos do Poder Legislativo.

Nas Constituições Francesas, até hoje, não foi previsto um poder difuso dos juízes controlarem a constitucionalidade das leis, sendo atribuído o papel de controle de conformidade das leis com a Constituição a um Conselho Constitucional, composto por ex-presidentes da República e por outros nove membros, três dos quais nomeados pelo Presidente da República, três pelo Presidente da Assembleia Nacional e três pelo Presidente do Senado.

Assim, quando um texto legislativo ou um tratado internacional já está elaborado, mas não promulgado, o Presidente da República, o Primeiro Ministro ou o Presidente de uma das Câmaras do Parlamento, pode submeter ao Conselho Constitucional o respectivo texto legislativo ou tratado, para um pronunciamento sobre sua conformidade constitucional.

Vale ressaltar que o pronunciamento do Conselho Constitucional para algumas leis, designadas como leis orgânicas, é sempre obrigatório, em segredo e por maioria de votos, ficando suspensa a promulgação das mesmas até o efetivo pronunciamento do Conselho, no qual, se forem consideradas inconstitucionais, não poderão ser promulgadas e, por conseguinte, não poderão entrar em vigor, a não ser após a revisão da Constituição.

Por tais razões, costuma-se afirmar que o controle de constitucionalidade do sistema Francês não é, propriamente, um controle de legitimidade constitucional de uma lei, ou seja, ou seja, um controle da validade e aplicabilidade da norma, mas, antes, um ato do próprio processo de formação da lei, assumindo a mesma natureza deste.

O prof. Luís Roberto Barroso (2009, p. 43) ensina que, ao invés de controle político, mais apropriado seria denominar o modelo francês como o controle não judicial de constitucionalidade das leis. Explica:

É que, no fundo, é o fato de não integrar o Poder Judiciário e de não exercer função jurisdicional o que mais notadamente singulariza o *Conseil Constitutionnel* – junto com o caráter prévio de sua atuação. Quanto ao mais, tanto o critério de nomeação de seus integrantes como a fundamentação jurídica de suas decisões aproximam-no do padrão das cortes constitucionais europeias.

É possível identificar algumas instâncias do controle político de constitucionalidade no sistema brasileiro, seja no âmbito do Poder Executivo, a exemplo da possibilidade de veto de uma lei por inconstitucionalidade, seja no âmbito do Poder Legislativo, como a possibilidade de rejeição de lei por inconstitucionalidade pela Comissão de Constituição e Justiça da Casa Legislativa. No entanto, este tema será objeto de estudo no capítulo seguinte.

Já o controle judicial de constitucionalidade encontra raízes na matriz norte-americana, a partir da decisão, em 1803, da Suprema Corte no caso *Marbury v. Madison*, com a proclamação da supremacia da constituição sobre as outras leis e com o consequente poder dos juízes de não aplicar as leis inconstitucionais.

Muito embora o direito constitucional americano não tenha acolhido o fundamento do modelo britânico da supremacia do parlamento, a história demonstra

que o precedente que mais diretamente inspirou o instituto norte-americano da supremacia do poder judiciário foi exatamente o modelo inglês.

Com efeito, Mauro Cappelletti (1992, p. 57-63) afirma que, paradoxalmente, a “Supremacia do Parlamento”, na Inglaterra, favoreceu o nascimento da denominada “Supremacia dos Juizes”, nos Estados Unidos da América.

Para o autor, a teoria de *Sir Edward Coke*, sobre a autoridade do juiz como árbitro entre o Rei e a nação, afirmando a tradicional supremacia da *common law* sobre a autoridade do Parlamento, pode ser entendida como instrumento de luta quer contra o absolutismo do Rei, quer contra o do Parlamento, que predominou na Inglaterra por alguns decênios.

Assim, o princípio da supremacia do parlamento, imposto na Inglaterra a partir da Revolução Gloriosa de 1688, “acabou por não conduzir, na América, ao mesmo resultado a que conduziu, ao invés, na Inglaterra: ou seja, ao resultado de retirar as leis do controle de validade por parte dos juizes, aquele controle que fora, ao contrário, augurado e que, pelo menos por alguns decênios, fora posto em prática pela doutrina de Lorde Coke” (Op. cit., p. 60).

No sistema americano, cabe ao Judiciário o papel de intérprete qualificado e final da Constituição, devendo preservá-la diante da aplicabilidade de uma lei com ela incompatível, garantindo a supremacia da constituição.

Na Europa, como já mencionado, o controle judicial de constitucionalidade somente teve início com a Constituição Austríaca de 1920, seguindo a peculiar concepção de Hans Kelsen. No entanto, a fórmula adotada apresentou algumas distinções, marcadas pela criação dos denominados tribunais constitucionais que, embora não necessariamente integrem a estrutura do Poder Judiciário, possuem atuação de natureza jurisdicional.

No sistema brasileiro, combinando elementos do modelo americano e do modelo europeu continental, vigora o sistema eclético de controle judicial de constitucionalidade das leis.

Quanto ao momento de exercício, importa dizer que o controle de constitucionalidade pode ser preventivo, quando realizado antes da conversão de um projeto de lei em lei e com o fim de impedir a entrada em vigor de um ato

inconstitucional, ou repressivo, quando a lei já está em vigor e o controle é exercido com o fim de paralisar-lhe a eficácia.

O direito brasileiro adota, em matéria de controle de constitucionalidade, tanto o controle preventivo, marcado pela atuação do Poder Legislativo, por meio das comissões de constituição e justiça das casas legislativas, bem como pela atuação do Poder Executivo, por meio do instituto do veto, quanto o controle repressivo, desempenhado, em regra, pelo Poder Judiciário, por todos os seus órgãos e através de variados procedimentos.

Também, pode-se afirmar que no sistema brasileiro é possível o controle repressivo de constitucionalidade exercido pelo Poder Legislativo e pelo Poder Executivo, no entanto, cabe ao Judiciário decidir eventual controvérsia sobre a interpretação de uma norma constitucional. O tema será objeto de estudo mais adiante.

Já no que se refere ao órgão judicial que o exerce, o controle pode se classificar em difuso, com origem no direito norte-americano, quando o reconhecimento de inconstitucionalidade de uma norma e, conseqüentemente, a sua não aplicação ao caso concreto pode ser feito por todo e qualquer juiz ou tribunal, ou concentrado, baseado no sistema Austríaco, quando um único órgão ou um número limitado de órgãos criados especificamente para esse fim exerce a fiscalização constitucional das leis.

No Brasil, vigora tanto o sistema difuso quanto o concentrado de controle de constitucionalidade das leis. O primeiro, o controle difuso, foi introduzido desde a Constituição Republicana e permaneceu nas demais constituições sem maiores alterações, caracterizado pelo poder atribuído a todos os órgãos do judiciário de recusar a aplicação de leis incompatíveis com o ordenamento constitucional.

Já o controle concentrado de constitucionalidade, foi introduzido no sistema brasileiro pela Emenda Constitucional nº. 16, de 06 de dezembro de 1965 (BRASIL, 1965), exercido perante o Supremo Tribunal Federal.

É importante salientar que a fusão dos dois grandes modelos, o americano e o austríaco, originou o que se convencionou chamar de sistema híbrido, no qual os órgãos dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, são legitimados para arguir a inconstitucionalidade de leis e atos normativos.

No tocante à forma ou modo de controle judicial, a fiscalização constitucional na apreciação de casos concretos submetidos à jurisdição desempenhada por juízes e tribunais, denomina-se de controle incidental de constitucionalidade, também conhecido como controle por via de exceção ou defesa em razão do fato de que a inconstitucionalidade era, normalmente, invocada pela parte demandada como forma de evitar o cumprimento da norma reputada como inválida.

Ou seja, no exercício normal da função jurisdicional, caracterizada pela aplicação da lei contenciosamente, é feita a declaração incidental da inconstitucionalidade. Não é despidendo lembrar, entretanto, que a inconstitucionalidade pode ser suscitada como fundamento da pretensão do autor e não apenas como tese de defesa.

Costuma-se confundir o controle exercido por via incidental com o controle difuso de constitucionalidade, ocorrendo uma espécie de superposição entre os dois. No entanto, no Brasil, desde o início do período Republicano, o controle incidental é exercido de modo difuso, passando-se a admitir uma hipótese de controle incidental concentrado apenas com a criação, em 03 de dezembro de 1999, pela Lei nº. 9.882 (BRASIL, 1999.b), da arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Decorrente do modelo instituído na Europa, com os tribunais constitucionais, sendo exercido fora de um caso concreto e com objeto referente à discussão sobre a validade da lei em si, ou seja, independente de uma disputa entre partes, caracteriza-se o controle por via principal.

Nesta modalidade de controle de constitucionalidade, por ação direta, de caráter institucional, preserva-se a harmonia do sistema jurídico, eliminando qualquer norma incompatível com a constituição, ou seja, não se configura como mecanismo de tutela de direitos subjetivos.

No controle de constitucionalidade por via principal a legitimação para suscitá-lo é limitada a determinados órgãos e entidades, podendo ter por objeto o contraste de determinada norma com a constituição, bem como a inconstitucionalidade de uma omissão na edição de norma reclamada pela Constituição.

Assim como ocorre com o controle difuso e o controle incidental, equivocadamente confundidos, o controle por via principal é, erroneamente, confundido com o controle concentrado. Como é cediço, embora no direito brasileiro ocorra certa coincidência entre as duas modalidades, ou seja, o controle concentrado exercido por via principal, não pode equipará-las, de forma generalizada, como se sinônimas fossem, haja vista a existência, em outros países, de controle concentrado exercido por via incidental.

3.2 O controle principal de constitucionalidade, por via de ação direta, de competência concentrada no Supremo Tribunal Federal.

De início, cabe dizer que a representação interventiva, criada pela Constituição de 1934, configura-se como antecedente do controle judicial de constitucionalidade por via de ação direta. Tratava-se de instrumento utilizado em caso de inobservância dos chamados princípios constitucionais sensíveis, configurando-se como pressuposto para a decretação de intervenção federal nos Estados-membros.

Pode-se afirmar, no entanto, que foi a partir da Emenda Constitucional nº. 16, de 26 de novembro de 1965 (BRASIL, 1965), que o controle judicial por via principal iniciou sua trajetória de destaque no ordenamento jurídico brasileiro, momento em que teve ampliado seu objeto, com a introdução da ação genérica de inconstitucionalidade.

A finalidade de julgar uma controvérsia entre partes que possuem pretensões antagônicas, solucionando conflitos de interesses, como regra geral, caracteriza a denominada função jurisdicional. Entretanto, em razão da ausência de litígio ou situação concreta a ser solucionada mediante a aplicação da lei pelo julgador, sendo o pronunciamento acerca da própria lei o seu objeto, muito embora também seja considerado como função jurisdicional, o controle de constitucionalidade por via principal caracteriza-se como um exercício atípico de jurisdição.

Comumente, em decorrência da não existência de um caso concreto submetido à apreciação judicial, o controle judicial de constitucionalidade por via

principal é denominado como controle abstrato, caracterizado como um processo objetivo e que não se presta à tutela de situações jurídicas individuais, ou seja, à tutela de direito subjetivos, não possui partes, destinando-se a afastar do ordenamento jurídico, como uma forma de proteção, um elemento não harmônico, incompatível com a Constituição.

Assim, o controle de constitucionalidade por ação direta diferencia-se do controle por via incidental porque, naquele, o pronunciamento de validade de uma determinada lei e a sua compatibilidade ou não com o ordenamento jurídico, constitui-se como o principal objeto da ação. No controle incidental, constitui-se como questão prejudicial a discussão sobre a validade ou não de uma norma, subordinando o resultado da demanda, ou seja, a solução do caso concreto, o seu pronunciamento.

Vale ressaltar que mesmo nos casos específicos de inconstitucionalidade por omissão, no qual se reconhece a inércia ilegítima do órgão responsável pela edição da norma constitucionalmente exigida, o controle de constitucionalidade é exercido em abstrato, pois a declaração, nestes casos, se reporta à declaração de ilegitimidade da não edição da norma.

Vigora o entendimento no Supremo Tribunal Federal que, na ação direta, ainda que os fundamentos sejam os mesmos, a declaração de inconstitucionalidade não pode se estender a outro dispositivo que não tenha sido objeto de impugnação, cabendo ao autor indicar os atos infraconstitucionais que entende incompatíveis com a Constituição e as normas constitucionais em face dos quais os mesmos estão sendo questionados.

Importante dizer também que o legislador não pode inovar no ordenamento jurídico pela criação de norma anteriormente inexistente, ou seja, não pode atuar positivamente, mas tão somente, paralisar a eficácia de uma norma existente e inconstitucional, atuação denominada de negativa.

O controle de constitucionalidade concentrado, no plano federal, desempenhado perante o Supremo Tribunal Federal, pode ser exercido na ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, na ação de inconstitucionalidade por omissão e na ação declaratória de constitucionalidade, conforme se verá a seguir.

3.2.1 Ação direta de inconstitucionalidade.

A ação direta de inconstitucionalidade, como já afirmado anteriormente, visa retirar do ordenamento jurídico lei ou ato normativo incompatível com a ordem constitucional. Esse mecanismo de controle concentrado foi introduzido no sistema brasileiro por meio da Emenda Constitucional nº. 16, de 26 de novembro de 1965, denominada de “representação” pela Constituição de 1946.

Pela dicção do art. 101, alínea “k”, da Carta Constitucional de 1946, ao Supremo Tribunal Federal competia processar e julgar, originariamente, “a representação contra a inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador Geral da República” (BRASIL, 1946).

A ação direta de inconstitucionalidade é o mecanismo de defesa da ordem jurídica, por meio do qual a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo é declarada em tese, ou seja, sem que esteja sob a apreciação em um caso concreto, já que o objeto da ação é justamente o exame de validade da lei em si.

Na ação direta de inconstitucionalidade não há tutela de direitos subjetivos, não há pretensões individuais, ou seja, a declaração de incompatibilidade constitucional não é exercida por via incidental, não ocorre no âmbito da controvérsia existente num determinado caso concreto. Não se trata do típico direito de ação previsto no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, mas de ação em que os legitimados ativos provocam, diretamente, o exercício da jurisdição constitucional.

Conforme previsto na Carta Constitucional, compete ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar, originariamente, a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, nos casos de contrariedade à Constituição Federal. No âmbito estadual, o controle de constitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais, em face da Constituição Estadual, é exercido por meio de uma representação, consoante prevê o art. 125, §2º, da Constituição Federal (BRASIL, 2010.c, p. 144), sendo o Tribunal de Justiça dos Estados, por aferição lógica e não por expressa previsão legal, o órgão competente para realizar tal controle abstrato.

Entretanto, importante ressaltar que a constitucionalidade de lei federal em face da Constituição Estadual, bem como a constitucionalidade de lei municipal em face da Constituição Federal, não pode ser apreciada pelo Tribunal de Justiça dos Estados.

É possível, no ordenamento jurídico brasileiro, o ajuizamento simultâneo de ação direta no âmbito estadual e no âmbito federal, tendo por objeto a mesma lei ou ato normativo estadual, mudando-se, no entanto, o paradigma, ou seja, perante o Tribunal de Justiça a lei ou ato normativo estadual em face da Constituição Estadual e perante o Supremo Tribunal Federal a lei ou ato normativo estadual em face da Constituição Federal. Neste caso, apenas possui efeito vinculativo a decisão do Supremo Tribunal Federal, ou seja, a decisão deste vincula o Tribunal de Justiça Estadual.

Com relação ao tema sobre a possibilidade do controle de constitucionalidade de lei municipal em face da Constituição Estadual, nas hipóteses em que o dispositivo desta se limitava a reproduzir dispositivo da Constituição Federal de observância obrigatória pelos Estados, cabe dizer que a questão gerou grande controvérsia, posteriormente, pacificada por decisões sucessivas do Supremo Tribunal Federal, no sentido de reconhecimento da possibilidade jurídica da representação de inconstitucionalidade nesses casos, sendo, entretanto, ressalvado o seu poder de verificar a interpretação dada à norma constitucional estadual em face da Constituição Federal, via recurso extraordinário.

Neste sentido, importante salientar o tratamento dado à questão por Clèmerson Merlin Clève (2000, p. 404), segundo o qual, partindo da distinção entre as normas da Constituição Federal reproduzidas nas Constituições estaduais, ou seja, a distinção entre normas de reprodução, aquelas cuja repetição seria obrigatória, decorrente do caráter compulsório da norma constitucional superior, e normas de imitação, que seriam uma adesão voluntária do constituinte a uma determinada disposição constitucional, isto é, traduziriam uma opção por seguir o modelo federal em matéria onde este não era imposto por força do princípio da simetria, conclui que apenas em relação às normas de reprodução caberia controle de constitucionalidade tendo como paradigma a Constituição Federal, uma vez que as normas de imitação, mesmo que idênticas ao modelo federal, configurariam

normas constitucionais estritamente estaduais, que serviriam de parâmetro definitivo e único para a aferição de validade dos atos normativos e das leis estaduais.

No que se refere ao objeto da ação direta de inconstitucionalidade, de acordo com o art. 102, inciso I, alínea “a”, da Constituição Federal (BRASIL, 2010.c, p. 123), a lei e o ato normativo, são os atos impugnáveis mediante essa ação. O Supremo Tribunal Federal, por meio de sua jurisprudência, vinha adotando uma linha mais restritiva, exigindo a adoção de atributos de generalidade e abstração nas normas impugnadas em ação direta, excluindo da apreciação atos que, com destinatários certos e objeto determinado, veiculavam medidas materialmente administrativas.

Contudo, foi sendo progressivamente atenuada a rigidez de tal limitação, com a relativização da jurisprudência tradicional pelo Supremo Tribunal Federal, sob a assertiva de que o caráter abstrato da fiscalização por ele desempenhada em ação direta não diz respeito ao conteúdo do ato especificado sobre o qual o controle irá recair, mas sim, desvinculada de qualquer caso concreto, à existência de uma questão constitucional posta em tese.

Neste diapasão, as múltiplas espécies normativas constantes do elenco do art. 59 da Carta Magna, são passíveis de controle de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, sendo a Constituição Federal o paradigma da fiscalização na ação direta.

A Emenda Constitucional está sujeita ao controle de constitucionalidade tanto material, no qual se analisam os conteúdos em face das vedações constitucionais, quanto formal, apreciando-se a observância do procedimento próprio de criação. Sobre esta espécie normativa também recai limitações de ordem circunstanciais, não podendo ser exercido o poder de emenda na vigência de estado de defesa e de sítio, bem como nos casos de intervenção federal.

Não há uma relação de hierarquia entre a lei ordinária e a lei complementar. Entretanto, incidirá em inconstitucionalidade a lei ordinária que tratar de matéria de competência de lei complementar, tendo em vista a instituição das competências específicas de cada uma dessas espécies normativas na Constituição Federal.

A lei delegada, muito embora caracterizada pelo abandono, está submetida ao duplo controle jurisdicional de constitucionalidade e a uma modalidade excepcional de controle político, uma vez, que poderá recair tanto sobre a resolução do Congresso Nacional que veicula a delegação quanto sobre a própria lei delegada, além de, com relação aos atos normativos do Presidente da República, estar submetida à possibilidade de sustação desses atos caso exorbitem os limites da delegação legislativa.

Importante registrar também que, tanto com relação ao conteúdo quanto aos seus requisitos, a medida provisória, ato normativo com força de lei emanado do Chefe do Executivo, está sujeita ao controle de constitucionalidade. No entanto, prevaleceu na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que este controle não deve ser judicial, com exceção dos casos de abuso de poder de legislar ou de ausência de razoabilidade da medida, mas deve ser exercido de forma predominantemente política, ou seja, pelo Presidente da República ao editar a medida provisória ou pelo Congresso Nacional, ao apreciá-la.

A eventual reedição da medida provisória ou sua conversão em lei não prejudica a ação direta de inconstitucionalidade, podendo o autor desta pedir extensão da ação à medida provisória reeditada ou à lei de conversão para que a inconstitucionalidade arguida venha a ser apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, necessitando, no entanto, do aditamento da petição inicial da ação direta.

Também estão sujeitos ao controle de constitucionalidade, tanto formal quanto material, os decretos legislativos e as resoluções, espécies normativas, com força de lei, que veiculam atos privativos do Congresso Nacional ou de cada uma de suas casas. Assim, são igualmente suscetíveis de controle abstrato as resoluções, veículo formal de edição de determinados atos de certas competências do Senado Federal ou da delegação legislativa.

Frisa-se, ainda, que estão sujeitas também ao controle de constitucionalidade abstrato e concentrado, via ação direta, espécies normativas como a legislação estadual, os decretos autônomos e os tratados nacionais, sendo afastado pelo Supremo Tribunal Federal, contudo, desta espécie de controle de constitucionalidade, as leis anteriores à Constituição em vigor, a lei municipal em

face da Constituição Federal, os atos normativos secundários, a proposta de emenda constitucional ou projeto de lei, a súmula e a lei que tenha sido revogada.

Em decorrência do poder constituinte decorrente, muito embora subordinados à Constituição Federal, os Estados-membros gozam da capacidade de auto-organização, no sentido de poderem elaborar suas próprias constituições, sujeitando estas, a legislação ordinária e os decretos autônomos ao controle direto.

É inadmissível ação direta de inconstitucionalidade cujo objeto seja decreto quando este, no todo ou em parte, manifestamente não regulamenta a lei, apresentando-se, assim, como decreto autônomo, dando margem ao exame diretamente em face da Constituição no que diz respeito ao princípio da reserva legal. São os denominados atos normativos secundários, como decretos regulamentares, portarias, resoluções, que estão subordinados à lei.

Caso a pretensão desses atos normativos secundários seja a inovação da ordem jurídica, ou seja, atuem com força de lei, em razão da violação do princípio da reserva legal estarão sujeitos ao controle abstrato de constitucionalidade, via ação direta.

Já com relação aos tratados internacionais, o Supremo Tribunal Federal tem reconhecido natureza supralegal aos mesmos, quando se trata de matérias relacionadas aos direitos humanos, atribuindo-lhes posição hierárquica diferenciada, ou seja, situando-os abaixo da Constituição Federal, porém, acima da legislação infraconstitucional, sujeitando-os, entretanto, ao controle de constitucionalidade, em observância à supremacia da Constituição, recaindo sobre os decretos de aprovação e promulgação a eventual declaração de inconstitucionalidade, deixando de produzir efeitos válidos no ordenamento interno, mas sem deixar de ter vigência ou tampouco ser considerados nulos.

O controle de constitucionalidade dos tratados seguirá a lógica das emendas constitucionais, verificando-se a proteção das cláusulas pétreas e a observância das exigências procedimentais, quando tratar de matérias relativas a direitos humanos, consoante a hierarquia de norma constitucional atribuída aos mesmos pela Emenda Constitucional nº 45/2004 (BRAS IL, 2004).

Destaca-se que ocorrendo incompatibilidade entre lei e a Constituição superveniente, não cabe ação direta de inconstitucionalidade, tendo em vista que

neste caso a lei é revogada, não integrando mais o ordenamento jurídico. Apenas poderá ser reconhecida de forma incidental, em controle concentrado de constitucionalidade, eventual incompatibilidade entre a lei anterior e a Constituição superveniente.

De igual sorte, os atos normativos secundários, ou seja, os atos administrativos normativos, não estão sujeitos ao controle abstrato e concentrado de constitucionalidade, tendo em vista a subordinação destes à lei, sem inovar no ordenamento jurídico. É o caso dos decretos regulamentares, resoluções, atos declaratórios e instruções normativas.

Assim, como o ato normativo secundário está vinculado a uma lei, no caso de contrariedade, não estaria caracterizada a inconstitucionalidade e sim a ilegalidade, pois o mesmo estaria em desconformidade com a lei que lhe cabia regulamentar. Por outro lado, se a desconformidade ocorrer entre a lei que ao ato cabia regulamentar e a Constituição, a inconstitucionalidade será da lei, devendo esta ser o objeto da impugnação.

No ordenamento jurídico brasileiro, não é admissível o controle de constitucionalidade, por ação direta, de lei ou ato normativo municipal em face da Constituição Federal, vedando, ainda, sob pena de usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal, a atribuição aos Tribunais de Justiça pelas Constituições Estaduais, da competência para processar e julgar representação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo municipal em face da Constituição Federal.

Com relação aos atos normativos do Distrito Federal, de acordo com a Súmula nº. 642, de 24 de setembro de 2003 (BRASIL, 2003), editada pelo Supremo Tribunal Federal, “não cabe ação direta de inconstitucionalidade de lei do Distrito Federal derivada de sua competência legislativa municipal”. Ou seja, apenas os atos normativos do Distrito Federal derivados de sua competência legislativa estadual são passíveis de controle de constitucionalidade por ação direta.

A súmula, por não possuir características de ato normativo, não está sujeita à jurisdição constitucional concentrada, constituindo-se tão somente em consolidação da jurisprudência dominante em determinado tribunal.

Importante dizer que a ação direta de inconstitucionalidade perderá o seu objeto nos casos em que a lei impugnada seja revogada ou tenha exaurido os seus efeitos, em decorrência da perda superveniente do interesse processual, devendo ser demandados em ação própria os direitos subjetivos afetados pela lei inconstitucional.

Da mesma forma, contra o ato normativo ainda em fase de formação, como não há no sistema brasileiro o controle de constitucionalidade preventivo, não é cabível ação direta de inconstitucionalidade. É o caso do projeto de lei em tramitação ou a proposta de emenda constitucional.

Não é possível em um mesmo processo de ação direta a cumulação de arguições de inconstitucionalidade de atos normativos emanados de diferentes entes da Federação. Entretanto, o Supremo Tribunal Federal, após afirmar que a regra é a não acumulação, fez referência a duas hipóteses em que a cumulação objetiva se faz necessária, quais sejam, aquela em que a cumulação é indispensável para viabilizar a eficácia do provimento judicial visado, em razão da imbricação substancial entre a norma federal e a estadual, bem como aquela em que da relação material entre os dois diplomas, resulta que a inconstitucionalidade de um possa tornar-se questão prejudicial da invalidez do outro (BRASIL, 2003.b).

No que se refere aos efeitos da decisão, é certo que, no caso de declaração de inconstitucionalidade de uma lei na ação direta, a decisão reveste-se de autoridade de coisa julgada, sendo sua eficácia vinculativa para todos os órgãos judiciais, inclusive o próprio Supremo Tribunal Federal. Entretanto, a decisão que declara a constitucionalidade de lei ou ato normativo, ou seja, que julga improcedente o pedido da ação direta de inconstitucionalidade, produz efeito vinculante, subordinando todos os demais tribunais, com exceção do Supremo Tribunal Federal, que poderá revê-la.

Com base em uma construção denominada transcendência dos motivos determinantes, em sede de controle abstrato de constitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal tem estendido os limites objetivos e subjetivos das decisões proferidas. Assim, vem atribuindo também aos fundamentos da decisão eficácia vinculativa, ou seja, não apenas a parte dispositiva do julgado terá efeito vinculante, mas também as razões de decidir devem ser acatadas.

Em decorrência, mesmo quem não foi parte do processo objetivo de controle concentrado, de forma a assegurar o efetivo respeito aos julgados da Corte, poderá propor reclamação contra qualquer ato, administrativo ou judicial, que contrarie a interpretação constitucional atribuída pelo Supremo Tribunal Federal.

Com relação aos efeitos temporais produzidos pela ação direta de inconstitucionalidade, importa dizer que possui natureza declaratória e retroage ao momento de ingresso da lei no mundo jurídico a decisão que reconhece a inconstitucionalidade, tendo em vista que a mesma se limita a constatar uma situação preexistente, determinando uma certeza jurídica acerca dela. Entretanto, através dos seus precedentes jurisprudenciais, o Supremo Tribunal Federal passou a admitir hipóteses em que a decisão não deveria produzir efeitos retroativos, atenuando assim a posição radical da teoria da nulidade.

Importante, entretanto, ressaltar a questão da modulação dos efeitos temporais estabelecida pelo legislador no art. 27 da Lei nº. 9.868/99 (BRASIL, 1999), possibilitando ao Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, a restrição dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou a fixação do momento de produção de eficácia da decisão, nos casos de excepcional interesse social ou por razões de segurança jurídica.

Torna-se, então, perceptível a adoção de mecanismo de ponderação de valores entre a norma violada e as normas constitucionais que protegem os efeitos produzidos pela lei inconstitucional. Não se trata de qualquer afastamento ou limitação da Supremacia da Constituição, tendo em vista que este é o princípio que fundamenta a existência do controle de constitucionalidade, não podendo comprometer a ordem e a unidade do sistema com o seu afastamento ou ponderação.

De toda sorte, a questão da modulação dos efeitos temporais tem sido utilizado pelo Supremo Tribunal Federal com cautela e parcimônia, atentando para a segurança jurídica e para a preservação de inúmeros atos jurídicos produzidos durante a vigência da norma impugnada. Também na mudança de jurisprudência consolidada e no próprio controle incidental, o Supremo Tribunal Federal tem invocado a aplicabilidade do art. 27 da Lei nº. 9.868/99, consoante se observa da exposição feita pelo Prof. Luís Roberto Barroso:

É possível sistematizar a jurisprudência do STF, em tema de modulação temporal dos efeitos da decisão judicial, identificando quatro cenários diversos em que ela tem sido aplicada: a) declaração de inconstitucionalidade em ação direta; b) declaração incidental de inconstitucionalidade; c) declaração de constitucionalidade em abstrato; e d) mudança de jurisprudência. Alguns precedentes emblemáticos dessa última hipótese foram a mudança de entendimento da Corte relativamente (i) à competência para ações acidentárias, que passou da Justiça Estadual para a Justiça do Trabalho; e (ii) ao regime de fidelidade partidária. (BARROSO, 2009, p. 212-213).

Salienta-se, no entanto, que é preciso observar também, ainda no plano da eficácia temporal, se a norma declarada inconstitucional havia revogado lei anterior. Neste caso, a norma anterior revogada, em face da declaração de inconstitucionalidade da lei atual, é restabelecida ao ordenamento jurídico, salvo se, por oportunidade e conveniência, ou por padecer também de inconstitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal dispuser em sentido contrário.

Questão de relevância também diz respeito ao momento para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade e a existência ou não de prazo prescricional. Doutrinariamente, na ordem jurídica brasileira o vício de inconstitucionalidade reveste-se da característica da imprescritibilidade (CLÈVE, 2000, p. 232).

Entretanto, como bem afirma Luís Roberto Barroso (2009, p. 214), é possível distinguir duas situações em que será possível o reconhecimento da prescrição. Neste sentido, afirma o professor:

Hipóteses haverá em que a inconstitucionalidade de uma norma será superveniente a seu nascimento, resultando de mutações constitucionais, que podem decorrer de alterações significativas na situação de fato subjacente ou de modificações ocorridas no próprio sistema jurídico. Nesse caso, pode acontecer de uma lei estar em vigor de longa data, mas sua inconstitucionalidade ser recente. A outra hipótese é a da lei originariamente inconstitucional: se o fundamento do pedido remonta ao momento de nascimento da lei – uma inconstitucionalidade formal, por exemplo -, parece mais razoável sustentar a prescristibilidade da pretensão. À falta de regra expressa, e tendo em vista a gravidade representada pelo vício de inconstitucionalidade, deve-se aplicar o maior prazo prescricional ordinário adotado pela legislação (BARROSO, 2009, p. 214).

Assim, pela proposição acima e de acordo com o Código Civil, o prazo prescricional no caso das hipóteses de inconstitucionalidade superveniente e de lei

originariamente inconstitucional, nos termos do art. 205 da Lei Civil, seria de dez anos.

Nesses casos, estar-se-ia aplicando o exercício da analogia ou da interpretação extensiva, de forma a observar-se o fundamento lógico da prescrição no ordenamento jurídico brasileiro, caracterizado pela preservação da segurança das relações jurídicas e da excepcionalidade da imprescritibilidade.

Vale mencionar que o Supremo Tribunal Federal já decidiu que a declaração de inconstitucionalidade ou constitucionalidade de uma lei surte efeitos a partir da publicação da decisão, ainda que esta não tenha transitado em julgado, e que o julgamento de mérito da ação direta revoga a decisão cautelar que suspendera a lei, ainda quando pendentes os embargos de declaração.

Com relação à repercussão da decisão em controle abstrato sobre situações já constituídas, à distinção entre os efeitos da decisão no plano abstrato e no plano concreto, e à questão da coisa julgada e sua relativização no controle de constitucionalidade, é importante tecer algumas considerações.

Como regra, a declaração de inconstitucionalidade alcançará os atos pretéritos praticados com base na lei ou ato normativo rejeitado, ou seja, a decisão em ação direta será retroativa, vinculante e terá eficácia contra todos. É certo também que, no plano concreto, os efeitos da decisão abstrata deverão ser produzidos por mero ato de ofício da autoridade administrativa, exigindo, entretanto, um devido processo legal, seja judicial ou administrativo, o desfazimento de situações constituídas com base no ato considerado inválido.

O instituto constitucional e processual da coisa julgada sempre figurou como limite à retroatividade do julgado, ressalvando-se, contudo, a possibilidade de desconstituição da mesma por via de ação rescisória, que vem sendo admitida para a desconstituição de decisão com trânsito em julgado que deixou de aplicar uma lei por considerá-la inconstitucional ou aplicou uma lei por declará-la de acordo com a Constituição.

E mais: o Supremo Tribunal Federal tem admitido o cabimento de ação rescisória mesmo nos casos em que a decisão tenha divergido da interpretação constitucional fixada pela Corte, mesmo que a interpretação tenha sido posterior ao julgado rescindendo (BRASIL, 2008.b), sem que isso implique na mitigação da

Súmula 343 da Corte Suprema, uma vez que esta somente incide quando o dissídio envolver a interpretação de dispositivo legal e não constitucional.

Exceto quando se tratar de matéria penal, quanto à questão da utilização da ação rescisória, a doutrina firma entendimento no sentido de observação do prazo decadencial para sua propositura, consoante leciona o Ministro Gilmar Mendes, para quem “não há dúvida, assim, de que, decorrido *in albis* o prazo decadencial para a propositura da ação rescisória, a superveniência da declaração de inconstitucionalidade já não mais logra afetar, de qualquer modo, a decisão judicial” (MENDES, 1990, p. 280).

No ordenamento jurídico brasileiro, o instituto da coisa julgada adquiriu o status constitucional, em decorrência da materialização do princípio da segurança jurídica e resguardo da estabilidade das relações jurídicas, caracterizada pela imutabilidade da sentença e de seus efeitos.

Todavia, a doutrina passou a debater acerca da possibilidade de relativização da coisa julgada, em especial diante de casos teratológicos ou de flagrantes injustiças. Assim, sob o argumento da necessidade de ponderação com outros princípios como o da moralidade e da justiça, mediante os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, passou-se a afirmar que o princípio da segurança jurídica não tem caráter absoluto, decorrendo, então, a hipótese de possibilidade de relativização da coisa julgada quando da superveniência da declaração de inconstitucionalidade da lei.

Neste sentido, há autores como Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro Faria (*in* NASCIMENTO, 2002, p. 154-159), que sustentam a possibilidade de desfazimento da coisa julgada inconstitucional, tanto pela ação rescisória, sem sujeição ao prazo decadencial de 02 (dois) anos, quanto por qualquer ação comum destinada a reexaminar a mesma relação jurídica litigiosa, reconhecendo um poder geral de controle incidental da constitucionalidade da coisa julgada ao juiz.

Em posição contrária, Marinoni (2004, p. 9) e Barbosa Moreira (2005, p. 43) tecem argumentos de impedimentos à relativização da coisa julgada, tais como a ocorrência do esvaziamento do próprio direito de acesso à justiça, prejudicado pela não solução definitiva da lide pelo Poder Judiciário, a multiplicação de processos com idênticos objetos pela possibilidade infinita de novo julgamento da causa e a

existência de previsão no ordenamento jurídico das hipóteses em que a coisa julgada pode ser rescindida.

3.2.2 Ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

A omissão inconstitucional representa um grave vício à efetividade da Constituição, razão pela qual o ordenamento jurídico brasileiro admitiu também a ação direta para controle de constitucionalidade da omissão em implantar as determinações do poder constituinte originário.

Há na doutrina, entretanto, entendimentos no sentido de que o processo legislativo de integração requerido pela Constituição é de iniciativa do legislador, devendo este, exclusivamente, exercer o controle do tempo necessário de conformação das normas constitucionais.

Neste sentido, destaca-se a posição de Celso Ribeiro Bastos:

O Legislativo ainda é a supina manifestação da vontade popular, apenas sobreexcedido pelo próprio Poder Constituinte. Não se pode tirar do Legislativo a escolha do momento oportuno para integrar as normas programáticas. Mesmo porque, diante da enorme abertura existente para a apresentação de projetos de lei, inclusive, advindos da própria iniciativa popular, a ausência de uma lei nem sempre é imputável apenas ao Legislativo (BASTOS, 2000, p. 275).

O fato é que tanto a ação direta de inconstitucionalidade por omissão quanto o mandado de injunção são instrumentos destinados a combater o vício da omissão inconstitucional, sendo válido dizer que este último surgiu com a intenção inequívoca, porém frustrada, de permitir a tutela em concreto da omissão, mediante pedido formulado pelo titular do direito paralisado pela ausência da norma.

Importante, entretanto, mencionar que o objeto da ação direta de inconstitucionalidade por omissão não será toda e qualquer inércia legislativa, apenas aquela considerada como uma contradição a um mandamento constitucional que lhe impõe a integração de uma norma constitucional para tornar-lhe passível de efetiva observância e aplicação, seja ela total ou parcial.

O Supremo Tribunal Federal firmou entendimento por meio de inúmeros precedentes jurisprudenciais, no sentido de que a omissão inconstitucional limita-se

a ausência de atos normativos concretizadores das determinações constitucionais, não podendo a ação direta de inconstitucionalidade por omissão ser proposta para ser sanada a omissão na implantação de atos concretos do Poder Público.

Vale dizer que não representa uma omissão constitucional, mas sim o exercício do poder de conformação do próprio legislador sobre a realidade social que lhe é apresentada na efetivação dos fins estatais ou diretrizes políticas estabelecidas na Constituição, as normas de natureza programática ou relacionadas com os fins do Estado.

Desta forma, ensina J.J. Gomes Canotilho:

As omissões legislativas inconstitucionais derivam desde logo do não cumprimento de imposições constitucionais legiferantes em sentido estrito, ou seja, do não cumprimento de normas que, de forma permanente e concreta, vinculam o legislador à adoção de medidas legislativas concretizadoras da constituição. Consequentemente, devemos separar omissões legislativas resultantes da violação de preceitos constitucionais concretamente impositivos, do não cumprimento da constituição derivado da atuação de normas-fim ou normas-tarefas, abstratamente impositivas. (...). O incumprimento dos fins e objetivos da constituição é também inconstitucional, mas a sua concretização depende essencialmente da luta política e dos instrumentos democráticos, ao passo que as omissões legislativas inconstitucionais, em sentido restrito, podem originar uma ação de inconstitucionalidade (...). (CANOTILHO, 1997, p. 1021-1022).

A Constituição Federal de 1988, como forma de combater a omissão constitucional, criou a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, estabelecendo, em seu art. 103, parágrafo 3º, que será dada ciência da declaração de inconstitucionalidade por omissão da medida para tornar efetiva norma constitucional, ao Poder competente para a adoção das providências necessárias, estipulando, ainda, o prazo de trinta dias quando o Poder competente para a adoção das medidas necessárias for órgão administrativo.

Entretanto, apenas com a inclusão do capítulo II-A na Lei nº. 9.868/99 (BRASIL, 1999), por meio da Lei nº. 12.063, de 27 de outubro de 2009 (BRASIL, 2009.c), foi disciplinada a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, com a mesma legitimação ativa da ação direta de inconstitucionalidade por comissão e da ação declaratória de constitucionalidade, tendo por objeto a omissão inconstitucional, parcial ou total, quanto ao cumprimento do dever constitucional de legislar ou quanto à adoção de providência de índole administrativa.

Os atos processuais e fases do procedimento compatíveis entra a ação direta de inconstitucionalidade por comissão e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, por expressa determinação do art. 12-E, da Lei nº. 9.868/99 (BRASIL, 1999), serão reciprocamente aplicáveis, sendo, entretanto, importante destacar algumas especificidades do procedimento da ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

A alteração legislativa produzida pela Lei nº. 12.063/2009, que incluiu a modalidade de ação direta de inconstitucionalidade por omissão na Lei nº. 9.868/99, veio a suprir falha decorrente de veto presidencial exercido nesta última, admitindo a intervenção dos demais legitimados no art. 103, da Constituição Federal, na ação direta de inconstitucionalidade por omissão, estendendo, por consequência, a regra para a ação direta de inconstitucionalidade por comissão, tendo em vista a reciprocidade de aplicação dos dispositivos compatíveis.

Da mesma forma, nas condições em que será possível a intervenção da figura do *amicus curiae* na ação direta de inconstitucionalidade por comissão, em decorrência da combinação entre o art. 7º, parágrafo 2º e art. 12-E, da Lei nº. 9.868/99, também será admitida essa intervenção na ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Outra questão específica diz respeito à desnecessidade, em tese, da participação do Advogado-Geral da União, visto como o curador da presunção de constitucionalidade, sendo atribuída ao ministro relator da ação a prerrogativa de verificação da necessidade ou não da sua atuação.

No entanto, é possível perceber que a atuação do Advogado-Geral da União, como curador da presunção de constitucionalidade da omissão impugnada em ação direta de inconstitucionalidade, será necessária quando a inércia do legislador não se tratar de omissão qualificada como uma contradição a um mandamento constitucional, haja vista a prerrogativa de conformação da realidade ao tempo, por oportunidade e conveniência, atribuída ao legislador.

Também a atuação do Advogado-Geral da União será necessária nos casos em que a ação direta de inconstitucionalidade não tiver por objeto omissão inconstitucional em abstrato ou em tese, uma vez que não é possível a propositura

de ação direta de inconstitucionalidade por omissão quando a inércia atacada se reportar a inexistência de ato administrativo com efeitos concretos.

Ou seja, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, prevista no art. 103, parágrafo 2º, da Constituição Federal, não pode ser proposta para que seja praticado determinado ato administrativo em caso concreto, mas sim visa que seja expedido ato normativo que se torne necessário para o cumprimento de preceito constitucional que, sem ele, não poderia ser aplicado.

Já com relação à participação do Procurador-Geral da República na ação direta de inconstitucionalidade por omissão, o art. 12-E, parágrafo 3º, da Lei 9.868/99, com redação dada pela Lei nº. 12.063/2009, estabeleceu que, nas ações em que não for autor, o Procurador-Geral da República, após o decurso do prazo para informações, terá vista do processo pelo prazo de quinze dias.

Tal especificidade, ou seja, nas ações em que não for autor, restringiu a atuação do Procurador-Geral da República em sua função de defensor da ordem jurídica, impondo tratamento diferenciado do previsto para a ação direta de inconstitucionalidade por comissão, haja vista a exigência do art. 8º, da Lei nº. 9.868/99, no sentido de participação do referido agente constitucional em todas as ações diretas de inconstitucionalidade por comissão, como fiscal da ordem jurídica.

Relevante, portanto, dizer que a própria Constituição Federal, em seu art. 103, parágrafo 1º (BRASIL, 2010.c, p. 127), dispõe sobre a participação do Procurador-Geral da República nas ações de inconstitucionalidade e em todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal, sem fazer qualquer limitação à participação do referido agente constitucional.

Assim, há vozes no sentido da necessidade de atuação obrigatória do Procurador-Geral da República em todos os processos de ações de inconstitucionalidade ajuizadas perante o Supremo Tribunal Federal, mesmo naqueles em que ele já é o autor da ação direta, sob pena de sua flagrante nulidade processual.

Neste sentido, Dalton Santos Morais aderindo a essa posição, justifica:

(...) diante da independência técnica e funcional que a própria constituição lhe assegura no seu art. 127, §§ 1º 2º, poderá o mesmo Procurador-Geral da República que ajuizou a ação direta, na qualidade de fiscal da ordem jurídica, pronunciar-se pela improcedência da referida ação direta, tal como

considerável e respeitável parte de nossa doutrina sustenta, hipótese sob a qual se mostra necessária a intimação da autoridade máxima do Ministério Público em todas as ações de controle abstrato e concentrado no Supremo Tribunal Federal, pois esta é a vontade constitucional inscrita no art. 103, §1º da Constituição de 1988 (MORAIS, 2010, p. 304-305).

Com relação à possibilidade de concessão de medida de urgência na ação direta de inconstitucionalidade por omissão, o Supremo Tribunal Federal havia firmado entendimento no sentido de que a suspensão liminar de eficácia de atos normativos, questionados em sede de controle concentrado, não se revela compatível com a natureza e a finalidade da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, eis que, nesta, a única consequência político-jurídica possível traduz-se na mera comunicação formal, ao órgão estatal inadimplente, de que está em mora constitucional.

No entanto, o art. 12-F, da Lei nº. 9.868/99, com redação dada pela Lei nº. 12.063, de 27 de outubro de 2009, expressamente reconheceu que, após a audiência dos órgãos ou autoridades responsáveis pela omissão inconstitucional, cujo prazo para pronunciamento é de cinco dias, é possível a concessão de medida de urgência cautelar.

Pelo dispositivo legal acima referido, a medida liminar na ação direta de inconstitucionalidade por omissão poderá consistir, no caso de omissão parcial, na suspensão da aplicação da lei ou ato normativo questionado, bem como na suspensão de processos judiciais ou de procedimentos administrativos, ou em outra providência a ser fixada pelo tribunal.

Observa-se, no entanto, que a legislação impõe o cumprimento de requisitos para a concessão da medida de urgência na ação direta de inconstitucionalidade por omissão, tais como a relevância da matéria, esta entendida como a magnitude da norma constitucional violada pela omissão parcial ou total impugnada, além da excepcional urgência, caracterizada pela probabilidade de superveniência do dano irreparável ou de difícil reparação à ordem constitucional em caso de continuidade da omissão inconstitucional.

Muito embora a Lei nº. 12.063/2009 (BRASIL, 2009.c) não tenha modificado a Lei nº. 9.868/99 para estabelecer os efeitos da concessão da medida cautelar nas ações diretas de inconstitucionalidade por omissão, a doutrina tem se

ocupado de fixar esses efeitos, fazendo um comparativo com as ações diretas de inconstitucionalidade por comissão, consoante explicita Morais:

Assim os efeitos da medida cautelar proferida em ação direta de inconstitucionalidade por omissão poderão ser os seguintes: i. em todos os casos previstos no art. 12-F, §1º, efeitos *erga omnes*, eficácia vinculante e *ex nunc*, salvo se o Tribunal entender que deva conceder-lhe eficácia retroativa; ii. efeito repristinatório da norma revogada pela norma sob impugnação, no caso de suspensão da lei ou ato normativo parcialmente omissivo (MORAIS, 2010, p. 313).

Já no tocante aos efeitos da decisão definitiva na ação direta de inconstitucionalidade por omissão, cabe dizer que o artigo 12-H, da Lei nº. 9.868/99, praticamente repetindo a fórmula do artigo 103, parágrafo 2º, da Constituição Federal, prescreve que, declarada a inconstitucionalidade por omissão, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias. A aparente ortodoxia do dispositivo, porém, não impedirá que o Supremo Tribunal Federal adote técnicas inovadoras de decisão, como, por exemplo, a indicação de prazos razoáveis para a atuação do órgão legislativo, como na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 3.682 (BRASIL, 2007.b).

Segundo o art. 12-H, §1º, da Lei 9.868/99, no caso de omissão da Administração, a decisão da ação direta de inconstitucionalidade por omissão determinará a adoção de providências em trinta dias ou em prazo razoável, nada dispondo acerca da omissão Legislativa.

Como se observa, a Lei nº. 12.063/2009, ao alterar a Lei nº. 9.868/99, não evidenciou maiores alterações naquilo que a Constituição já determinava em seu art. 103, parágrafo 2º, não apresentou sistematização para dotar o Supremo Tribunal Federal de poderes para solucionar o grave problema da omissão inconstitucional ou, de outra forma, reconheceu a necessidade de preservação dos princípios constitucionais da harmonia e independência entre os Poderes no exercício do poder político, deixando evidente a dificuldade de atuação do Supremo Tribunal Federal sem violar tais princípios.

A Lei nº. 9.868/99 também possibilita na ação direta de inconstitucionalidade por omissão a adoção de outras técnicas de decisão, como por

exemplo, a interpretação conforme a Constituição e a declaração de inconstitucionalidade sem redução do texto, bem como a modulação dos seus efeitos temporais, nas diversas possibilidades previstas no art. 27.

No entanto, a legislação pertinente à temática evidencia a carência de uma técnica de decisão que permita ao Tribunal Constitucional sanar a inconstitucionalidade por omissão sem afetar a sistemática constitucional da independência e harmonia entre os Poderes, sendo insuficiente a técnica limitada à mera ciência da inércia inconstitucional ao agente político por ela responsável.

É fato que, atualmente no ordenamento brasileiro, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão não se revela, na prática, detentora de efeitos aptos a sanar o vício da omissão inconstitucional, pois decisão nela proferida limita-se a declarar a mora do agente responsável pela omissão ou a assinalar prazo para que o agente ou autoridade política proceda ao saneamento da referida omissão, levando aos intérpretes e aplicadores da Constituição a analisar a suscetibilidade de outros meios processuais para permitir a efetivação do direito constitucional dependente de integração infraconstitucional.

Em decorrência dessa idéia de pouca utilidade da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, o Supremo Tribunal Federal passou a adotar uma posição de concretização do direito obstado pela omissão inconstitucional, considerando como garantia fundamental o mandado de injunção. Assim, a Corte Constitucional vem não só declarando a mora do órgão político responsável pelo saneamento da omissão inconstitucional, mas também vem adotando posição mais concretista, garantindo o exercício do direito constitucional declarado ao jurisdicionado.

Diante deste quadro, de forma reflexa, passou-se a adotar outra forma de obrigar o agente político a adotar conduta para sanar a omissão inconstitucional, esta constatada pela Corte em ação direta de inconstitucionalidade por omissão, por meio da responsabilização civil do ente estatal ao qual se vincula o agente ou a autoridade política.

Entretanto, ainda carece de um posicionamento mais consistente da Corte Máxima essa idéia de responsabilização do ente estatal ao qual se vincula o

agente político ou a autoridade responsável pela omissão inconstitucional, encontrando-se ainda em fase embrionária as primeiras posições sobre o tema.

Há, no entanto, na doutrina brasileira, vozes no sentido favorável a tal responsabilização, a exemplo de Maurício Jorge Pereira da Mota (1999, p. 168-183), ao afirmar que “a doutrina e a jurisprudência parecem orientar-se pela admissão da existência no bojo da Constituição, de deveres concretos e específicos de legislar e que, do inadimplemento desses deveres específicos, surge a responsabilidade civil do Estado pela omissão de legislar”.

3.2.3 Ação Declaratória de Constitucionalidade.

Como visto, foi com a denominada representação interventiva na Constituição de 1934 que surgiu o sistema de controle por via principal ou ação direta no Brasil. Tal sistema, com a introdução da ação genérica de constitucionalidade pela Emenda Constitucional nº. 16/65, foi significativamente ampliado. Mais tarde, na Constituição de 1967-1969, por meio da Emenda Constitucional nº. 07/77, foram previstas a representação interpretativa e a advocatória, entretanto, as mesmas não subsistiram na Constituição Federal de 1988.

Foi com a Emenda nº. 3, de 17 de março de 1993, e a consequente alteração e introdução de dispositivos na Constituição de 1988, que foi introduzido no sistema brasileiro de controle concentrado a ação declaratória de constitucionalidade, como um mecanismo pelo qual se postula ao Supremo Tribunal Federal, nas hipóteses de interpretações judiciais conflitantes, o reconhecimento expresso da compatibilidade entre determinada norma infraconstitucional e a Constituição.

É possível reconhecer, desta forma, que sua criação decorreu em razão da constatação de que em variadas situações torna-se controvertida a presunção de constitucionalidade dos atos do Poder Público, ou seja, destina-se a estabelecer uma orientação homogênea da matéria e afastar a incerteza jurídica.

Com relação à finalidade da ação declaratória de constitucionalidade, vale destacar o voto do Ministro Néri da Silveira no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº. 01 (BRASIL, 1995), no sentido de que:

Destina-se a tornar mais rápida a definição do Poder Judiciário, em abstrato, sobre a validade ou não de lei ou ato normativo federal, evitando-se, pois, se prolonguem, no tempo, com prejuízo à justiça, as dúvidas sobre a constitucionalidade da norma, com autêntico tumulto nos Juízos e Tribunais que houverem de aplicá-la, pelo volume de demandas e divergências, em torno do mesmo tema.

Assim, há determinadas situações em que é necessária a pronta pacificação da matéria, seja pela sensibilidade social ou política da matéria, seja pelo número de pessoas envolvidas, tendo em vista a questão da isonomia, razões de interesse público primário e a segurança jurídica.

Importante dizer, no entanto, que a introdução da ação declaratória de constitucionalidade pela Emenda Constitucional nº. 03/93 na Constituição de 1988, não foi bem recepcionada pela doutrina pátria, sendo alvo de muitas contestações acerca do acesso ao judiciário, do contraditório e da ampla defesa, do devido processo legal e, principalmente, da violação ao princípio constitucional da separação dos poderes.

Todos esses questionamentos foram matérias da já mencionada ação declaratória de constitucionalidade nº. 01, enfrentadas pelo Supremo Tribunal Federal e rejeitadas sob o principal argumento de que não se aplicam os preceitos constitucionais relativos aos processos objetivos no controle concentrado de constitucionalidade, haja vista a sua natureza objetiva.

Como se sabe, compete ao Supremo Tribunal Federal o processamento e o julgamento, de forma originária, da ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo, consoante se observa da leitura do art. 102, inciso I, alínea “a”, da Constituição Federal (BRASIL, 2010.c, p. 123).

Com relação ao procedimento da ação declaratória de constitucionalidade, apesar da sua definição pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº. 01, o mesmo foi disciplinado pela Lei nº. 9.868/99 (BRASIL, 1999), que dispõe sobre o processo de julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

São substancialmente os mesmos da ação direta de inconstitucionalidade os atos normativos que se sujeitam à impugnação para aferição de sua

constitucionalidade. A Constituição de 1988, entretanto, restringiu o objeto da ação declaratória de constitucionalidade a lei ou ato normativo federal, ou seja, excluindo as normas estaduais.

Assim, podem ser objeto de ação declaratória de constitucionalidade a lei ordinária, a lei complementar, a lei delegada, o decreto legislativo, a emenda à constituição, a resolução e os decretos autônomos, não sendo, entretanto, passíveis de apreciação neste mecanismo de controle por via de ação, tal como ocorre com a ação direta de inconstitucionalidade, as leis e atos de efeitos concretos, a lei que tenha sido revogada, o projeto de lei, a súmula, os atos normativos secundários, a proposta de emenda constitucional e as leis anteriores à Constituição em vigor.

Em razão da presunção de constitucionalidade que acompanha os atos emanados do Poder Público, que possui a função instrumental de garantir a imperatividade e autoexecutoriedade desses atos, o pressuposto de cabimento da ação é a existência de controvérsia judicial relevante acerca de determinada norma infraconstitucional federal, constituindo-se, na verdade, em requisito essencial para a propositura da ação declaratória de constitucionalidade.

Neste sentido, haverá interesse de agir e a intervenção do Supremo Tribunal Federal estará legitimada na ação declaratória de constitucionalidade, quando, em decorrência de decisões contraditórias, haja fundada ameaça à isonomia e à segurança jurídica.

A Constituição Federal, ao contrário do que ocorre em sede de ação direta de inconstitucionalidade, não prevê a possibilidade de concessão de medida cautelar em sede de ação declaratória de constitucionalidade. Entretanto, com o julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº. 4 (BRASIL, 1999.c), o Supremo Tribunal Federal decidiu pelo cabimento da medida cautelar em sede de ação declaratória de constitucionalidade.

Na linha do precedente do Supremo Tribunal Federal, a Lei nº. 9.868/99 (BRASIL, 1999), em seu art. 21, estabeleceu que, por maioria absoluta de seus membros, poderá o Supremo Tribunal Federal deferir o pedido de medida cautelar na ação declaratória de constitucionalidade. O dispositivo estabeleceu, ainda, que tal medida cautelar consistirá na determinação de que juízes e tribunais

suspendam o julgamento dos processos que envolvam a aplicação da lei ou o ato normativo objeto da ação, até o seu julgamento definitivo.

Importante dizer, contudo, que o dispositivo legal em comento, no seu parágrafo único, determinou o prazo de cento e oitenta dias, a partir da concessão da medida cautelar, sob pena de perda de sua eficácia, para o julgamento da ação declaratória de constitucionalidade, de forma a evitar graves danos que poderiam ser causados com a suspensão dos processos.

Diante da indisponibilidade do objeto tutelado, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento, confirmado posteriormente pela Lei nº. 9.868/99, no sentido do não cabimento da desistência da ação declaratória de constitucionalidade e do pedido de medida cautelar.

A concessão da medida liminar na ação declaratória de constitucionalidade produzirá efeito suspensivo imediato, impedindo que outros órgãos do judiciário apreciem sua legitimidade, constituindo-se no efeito vinculante desse mecanismo de controle concentrado.

Se a concessão da medida cautelar acarreta a suspensão do julgamento de qualquer processo em andamento, até o julgamento final da ação declaratória de constitucionalidade, a sua não concessão, ao contrário, não produz nenhum efeitos nos litígios concretos.

O fato é que a concessão de medida cautelar em ação declaratória de constitucionalidade encontra respaldo constitucional, prevalecendo sobre o poder de cautela do juiz no caso concreto, possuindo efeito *erga omnes* e vinculante imprescindíveis para a efetividade do sistema de controle concentrado de normas, pois agravaria o estado de insegurança pública e de incerteza jurídica, caracterizados pela produção de julgados discordantes decorrentes das decisões proferidas nos casos concretos.

A Lei nº. 9.868/99 considera como parte de uma unidade conceitual as ações diretas de inconstitucionalidade e as ações declaratórias de constitucionalidade, apenas com variação do pedido. Assim, na ação declaratória de constitucionalidade, em tese, a decisão final de mérito limitar-se-á a declarar a sua legitimidade constitucional ou a sua inconstitucionalidade, tendo em vista que o único objeto da ação é o pronunciamento sobre a constitucionalidade de lei ou ato

normativo federal, ou seja, sendo manifesto o seu caráter declaratório, afirmará a existência ou não de vício desde que editados, quanto à formação ou conteúdo da lei ou ato normativo.

Diante de duas interpretações da norma jurídica, sendo uma delas incompatível com a constituição, o Tribunal, vetando aquela que conduziria à inconstitucionalidade, acolhe a interpretação conforme à Constituição. Tal decisão terá efeito vinculativo para todos os órgãos do Poder Judiciário e do Poder Executivo, devendo necessariamente ser observada, afastando a interpretação contrária ao texto constitucional.

Resta, entretanto, configurada a chamada declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, quando a Corte Constitucional se limita a declarar inconstitucional apenas determinada hipótese de aplicação da lei, sem alteração das expressões literais do texto legal. A decisão do Supremo Tribunal, também nesses casos, possui efeito vinculativo para excluir a aplicação da lei a determinadas situações e natureza declaratória.

Ressalvada a interposição de embargos de declaração e de Agravo de Instrumento, este nos casos de indeferimento da petição inicial por inépcia, consoante o art. 26, da Lei nº. 9.868/99 (BRASIL, 1999), as decisões proferidas tanto em sede de ação direta de inconstitucionalidade quanto em sede de ação declaratória de constitucionalidade são irrecorríveis. Assim, não caberá mais questionamento futuro sobre a legitimidade constitucional da lei ou ato normativo no caso de procedência da ação declaratória de constitucionalidade. Por outro lado, julgada improcedente, importará na exclusão da norma do ordenamento jurídico a pronúncia de inconstitucionalidade.

Desta forma, transitada em julgado a decisão final de mérito na ação declaratória de constitucionalidade, em razão do seu caráter vinculativo para todos os juízes e tribunais, inclusive para o Supremo Tribunal Federal, e da sua da eficácia geral, a mesma não poderá ser desconstituída mediante ação rescisória, conforme previsto, expressamente, no art. 26, da Lei nº. 9.868/99 (BRASIL, 1999).

Também com relação à ação declaratória de constitucionalidade é importante tecer algumas considerações acerca dos limites objetivos e subjetivos da

decisão, sobre sua eficácia vinculativa e preclusiva, bem como os seus efeitos temporais.

Neste diapasão, não será mais possível obter novo pronunciamento judicial acerca da mesma matéria decidida na ação declaratória, tendo em vista a eficácia preclusiva da coisa julgada, seguindo a regra geral o limite objetivo da coisa julgada, ou seja, cingindo-se à matéria decidida, tal como enunciada na parte dispositiva da decisão.

Da mesma forma, a obrigatoriedade de observância, como premissa lógica e necessária, da constitucionalidade ou inconstitucionalidade estabelecida no julgado do Supremo Tribunal Federal pelos juízes e tribunais, nos casos que lhes são submetidos, caracteriza a eficácia vinculativa da decisão em sede de controle por via de ação.

No entanto, é preciso destacar que a decisão que julga procedente a ação declaratória de constitucionalidade ou improcedente a ação direta de inconstitucionalidade pode ter sua validade posteriormente impugnada, em controle por via principal, concentrado e abstrato, haja vista a possibilidade de sobrevir mudanças no ordenamento constitucional, na própria percepção do direito que deva prevalecer acerca de determinada matéria ou na situação de fato subjacente à norma, ou seja, a declaração de constitucionalidade de determinada norma não produz qualquer efeito objetivo.

Como já afirmado, a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de determinado ato normativo figurará como premissa lógica necessária das decisões judiciais e administrativas subsequentes, vinculando os órgãos do Poder Judiciário e a Administração Pública Federal, Estadual e Municipal, haja vista o caráter *erga omnes* do julgado, ensejando a utilização do instituto da Reclamação, prevista no art. 102, inciso I, alínea “I”, da Constituição Federal (BRASIL, 2010.c, p. 125), nos casos de não submissão ao efeito vinculante.

Com relação aos efeitos temporais da ação declaratória de constitucionalidade, é possível afirmar que a lei será tida como constitucional desde o seu nascimento, ou seja, como a ação não inova na ordem jurídica, tendo apenas natureza declaratória, produzirá efeitos *ex tunc*, haja vista que diante da presunção de validade da lei e seus regulares efeitos desde a sua publicação.

O acolhimento de constitucionalidade de uma lei não afetará as situações jurídicas preexistentes, haja vista que a ação declaratória de constitucionalidade, nas hipóteses em que tenha surgido controvérsia judicial, somente reafirma o que já se presumia, razão pela qual a flexibilização dos efeitos temporais, prevista no art. 27, da Lei nº. 9.868/99 (BRASIL, 1999), somente é prevista em relação à decisão que declara a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo.

Entanto, de acordo com o posicionamento de alguns juristas, a exemplo de Luís Roberto Barroso (2009, p. 242), é possível se estabelecer uma flexibilização dos efeitos temporais à decisão que declara a constitucionalidade de uma lei ou ato normativo, em que tenha havido uma ampla controvérsia judicial.

Leciona Barroso:

É possível especular que em uma hipótese na qual haja ocorrido ampla controvérsia judicial acerca da constitucionalidade de determinado dispositivo – com sua inaplicação em larga escala – se possa estabelecer uma eficácia puramente prospectiva da decisão ou de algum outro modo restringir seus efeitos, com base no mesmo tipo de raciocínio ponderativo previsto naquela norma, levando-se em conta a segurança jurídica ou excepcional interesse social.

De qualquer sorte, a declaração de constitucionalidade não alcança todas as situações, entre as quais as já acobertadas pela coisa julgada, as atingidas pela prescrição ou decadência.

3.3 A arguição de descumprimento de preceito fundamental e a ação direta interventiva: hipóteses especiais de controle de constitucionalidade concentrado.

A ação direta interventiva, considerada como uma hipótese especial de controle concentrado de constitucionalidade por via de ação direta, isto porque não compartilha de todas as características deste tipo de controle, foi a primeira hipótese de controle concentrado no direito brasileiro, surgindo com a Constituição de 1934.

Com precedentes também nas Constituições de 1946 e 1967-1969, muito embora sem significativa aplicação nesses regimes, como condição da intervenção federal nos Estados nas hipóteses de inobservância dos denominados princípios constitucionais sensíveis, a ação direta interventiva foi mantida pelo constituinte de 1988.

Com a finalidade de preservação da soberania nacional, do pacto federativo e dos princípios constitucionais que regem o Estado Democrático de Direito, a intervenção federal consiste em um mecanismo excepcional de limitação da autonomia do Estado-membro, ou seja, não se trata de providência rotineira e nem está sujeita a juízos políticos arbitrários, exigindo, ao contrário, a observância de requisitos formais para sua legítima decretação e a presença inequívoca de elementos materiais.

Verificada a ocorrência do pressuposto de grave comprometimento da ordem pública, a competência para a decretação da intervenção federal, com exceção das hipóteses previstas no art. 36, da Constituição Federal, será do Chefe do Poder Executivo, por ato discricionário privativo, que especificará o prazo e as condições de execução da medida, bem como nomeará o interventor.

Entretanto, na hipótese do art. 34, inciso VII, da Constituição Federal (BRASIL, 2010.c, p. 58), ou seja, para assegurar a observância dos princípios constitucionais da forma republicana, do sistema representativo, do regime democrático, dos direitos da pessoa humana, da autonomia municipal, da prestação de contas da administração pública, direta e indireta, da aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, a decretação de intervenção federal depende de provimento, pelo Supremo Tribunal Federal, de representação do

Procurador-Geral da República, sendo igualmente discricionário o juízo de cabimento da ação.

Assim, nas hipóteses do art. 34, inciso VII, da Constituição Federal, o juízo quanto à ocorrência do pressuposto motivador é retirado do Chefe do Poder Executivo, passando a ser atribuição do Supremo Tribunal Federal, cujo provimento da ação não tem como efeito direto nem a intervenção efetiva, nem a suspensão do ato impugnado. Portanto, a sustação da execução do ato ou a execução da intervenção propriamente dita, será de competência, mediante decreto, do Chefe do Executivo.

A configuração da ação direta interventiva decorre da combinação dos artigos 36 e 34, inciso VII, da Constituição Federal, cuidando-se de um litígio constitucional, de uma relação processual contraditória, ou seja, não se trata de um processo objetivo, sem partes ou sem um caso concreto subjacente.

Neste sentido, argumenta Gilmar Ferreira Mendes:

Não se tem aqui, pois, um processo objetivo (Objektives Verfahren), mas a judicialização de conflito federativo atinente à observação de deveres jurídicos especiais, impostos pelo ordenamento federal ao Estado-membro. Daí considerar Bandeira de Mello, com acerto, que, no caso, se trata de exercício do direito de ação, cuja autora seria a União, representada pelo Procurador-Geral da República, e o réu, o Estado federado, atribuindo-se-lhe ofensa a princípio constitucional da União (MENDES, 1990, p. 222).

Diante da possibilidade de fiscalização por via de ação direta de inconstitucionalidade, cujo titular poderá ser o Procurador-Geral da República, retirando do ordenamento jurídico as disposições impugnadas ou paralisando-lhes a eficácia, a ação direta interventiva não desempenha, na atual configuração do modelo brasileiro de controle de constitucionalidade, papel de significativa importância.

Destaca-se também que não há previsão constitucional sobre a possibilidade dos municípios situados no âmbito territorial dos Estados-membros sofrerem intervenção decretada pela União Federal, de forma que apenas o Estado-membro é legitimado ativo para intervenção nos municípios.

Como já dito, pertence exclusivamente ao Procurador-Geral da República a legitimidade ativa para a propositura da ação direta interventiva, consistente em

um mecanismo de solução do litígio constitucional que se instaurou entre a União e uma entidade federada, sendo seu objeto a obtenção de um pronunciamento do Supremo Tribunal Federal acerca da violação de algum princípio constitucional sensível.

Se o Estado não desfizer o ato impugnado, após o acolhimento do pedido na ação direta interventiva, estará sujeito à intervenção. Embora seja uma questão prejudicial, a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo não é o objeto da demanda. Quanto à questão, vale observar os ensinamentos de Clèmerson Merlin Clève, *in verbis*:

Incorre, na ação direta interventiva, declaração incidental de inconstitucionalidade ou declaração de inconstitucionalidade como objeto principal (declaração em tese). A declaração de inconstitucionalidade (ou constitucionalidade) constitui apenas mecanismo de resolução de uma controvérsia envolvendo a União e o Estado-membro. A decisão final não nulifica a lei, como na fiscalização abstrata, nem autoriza o arguente a subtrair-se da esfera de incidência do ato normativo viciado (nulidade aplicada ao caso), como na fiscalização incidental. Na ação interventiva incumbe ao Supremo Tribunal Federal não mais do que resolver o conflito federativo julgando-a (a ação referida) procedente ou improcedente ou, como prefere a Constituição, dando provimento ou negando provimento à representação (CLÈVE, 2000, p. 130).

Com consequências distintas das que se produzem nas ações subjetivas em geral, na ação direta interventiva há uma declaração incidental de inconstitucionalidade. O Supremo Tribunal Federal, desta forma, firmou entendimento no sentido de não mais exigir que o ato impugnado tenha caráter normativo e que também as omissões do Poder Público podem ensejar a intervenção federal, caso presentes determinadas circunstâncias.

Promulgada ainda na vigência da Constituição de 1946, a Lei nº. 4.337, de 01 de junho de 1964 (BRASIL, 1964), regula o procedimento da ação direta interventiva. Já com relação à intervenção dos Estados nos Municípios, a Lei nº. 5.778, de 16 de maio de 1972 (BRASIL, 1972), determina que a ação direta nestes casos seja regida pela Lei nº. 4.337/64, naquilo que for aplicável.

São incompatíveis com a possibilidade de concessão de medida liminar a natureza e a finalidade da ação direta interventiva, não ocorrendo o mesmo, entretanto, em relação à intervenção estadual, consoante previsão do art. 2º, da Lei

nº. 5.778/72, segundo o qual poderá o relator da representação suspender liminarmente o ato impugnado, a requerimento do Chefe do Ministério Público estadual e mediante despacho fundamentado (BRASIL, 1972).

Com relação à decisão e os seus efeitos na ação direta interventiva, é importante salientar que, como não visa à declaração de inconstitucionalidade em si mesma, mas tratando-se de mero pressuposto para consecução da intervenção federal, a decisão, nesta modalidade especial de controle concentrado, possuindo caráter mandamental, limita-se a resolver o conflito federativo estabelecido entre a União e o Estado-membro, pronunciando-se acerca da violação ou não de princípio constitucional sensível.

A segunda hipótese especial de controle de constitucionalidade concentrado, por via de ação direta, é a chamada ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental, que, muito embora tenha sido prevista na Constituição de 1988, somente foi regulamentada pela Lei nº. 9.882, de 03 de dezembro de 1999 (BRASIL, 1999.b), que dispôs sobre seu processo e julgamento, ou seja, apenas onze anos após a sua criação.

Esta hipótese especial de controle concentrado de constitucionalidade criou algumas perplexidades, além de deixar de explicitar de forma clara o seu sentido e alcance. Por via de construção jurisprudencial, foi transferido ao Supremo Tribunal Federal um amplo espaço de conformação do instituto.

A ação de descumprimento de preceito fundamental tinha dupla função institucional na sua concepção original, no Projeto de Lei nº. 17, de 1999, aprovado pelo Congresso Nacional. Consubstanciada na possibilidade dos legitimados do art. 103, da Constituição Federal, alçarem a discussão de questões sensíveis, de relevante controvérsia constitucional ou de risco ou lesão a preceito fundamental, diretamente ao conhecimento pelo Supremo Tribunal Federal.

Da igual forma, a ação de descumprimento de preceito fundamental, ao se admitir a propositura desta por qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público, foi prevista no projeto de lei acima referido como instrumento de cidadania, de defesa de direitos fundamentais. Entretanto, esta previsão, sob o fundamento de que franqueava de forma desmedida o acesso ao Supremo Tribunal Federal, foi vetada pelo Presidente da República.

Como se sabe, nos últimos anos tem se manifestado uma tendência de ampliação do papel da jurisdição constitucional concentrada e abstrata, reforçada pela edição da Lei nº. 9.882/99, ao regulamentar o julgamento e processamento da ação de descumprimento de preceito fundamental.

Importa dizer que a própria lei que regulamenta a ação de descumprimento de preceito fundamental foi objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 2.231-DF, proposta pela Ordem dos Advogados do Brasil e sob a relatoria do Ministro Néri da Silveira, ainda em fase de processamento, no qual se suscita a inconstitucionalidade total da referida lei.

A referida ação direta, impugna a lei que regulamenta a ação de descumprimento de preceito fundamental, alegando invalidade do parágrafo único do art. 1º; do parágrafo 3º, do art. 5º; do art. 10 e de seu parágrafo 3º; e, por fim, do art. 11. Desta forma, a Ordem dos Advogados do Brasil suscita que todos os demais comandos normativos da lei em comento deverão ser expurgados do ordenamento jurídico, sustentando que sem os dispositivos atacados o legislador não editaria a lei.

Um dos pontos de questionamento da Lei nº. 9.882/99, via ação direta de inconstitucionalidade, é que houve uma ampliação da hipótese constitucionalmente prevista para o oferecimento da arguição, vulnerando, assim, o parágrafo 1º, do art. 102, da Constituição Federal.

Doutrinariamente, tem se extraído da Lei nº. 9.882/99 a existência de dois tipos de arguição de descumprimento de preceito fundamental. A primeira, extraída do art. 1º, prevê a utilização da arguição para evitar ou reparar lesão a preceito fundamental resultante de ato do poder público, proposta perante o Supremo Tribunal Federal, ou seja, trata-se da hipótese prevista no parágrafo 1º, do art. 102, da Constituição Federal, denominada de arguição autônoma.

A outra espécie de arguição extraída pela doutrina da combinação do art. 1º, parágrafo único, inciso I, com o art. 6º, parágrafo 1º, da Lei nº. 9.882/99, diz respeito àquela proposta em face de relevante fundamento de controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluindo os anteriores à Constituição, com a possibilidade de oitiva das partes, requisição de informações adicionais, designação de peritos ou comissão de peritos para emissão

de parecer e fixação de data para declarações de pessoas com experiência e autoridade na matéria, nos processos que ensejaram a arguição.

Assim, exige-se a ameaça ou violação a preceito fundamental na ação de arguição autônoma, assim como um ato estatal ou equiparável capaz de provoca-la, além do pressuposto geral da inexistência de qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade, dando-lhe um caráter de subsidiariedade.

Muito embora o parâmetro de controle da ação de arguição seja mais restrito, posto que não é qualquer norma constitucional, mas apenas preceito fundamental, a legitimação para a propositura desse mecanismo de controle concentrado é a mesma da ação direta de inconstitucionalidade, não limitando o seu objeto de controle aos atos normativos e estendendo-o ao poder federal, estadual e municipal, portanto, mais amplo.

De outra forma, a existência de um litígio, de uma demanda concreta já submetida ao Poder Judiciário, é o pressuposto da arguição incidental. Esta exige, além dos requisitos da arguição autônoma, ou seja, além da ameaça ou lesão a preceito fundamental e do requisito da subsidiariedade, a necessidade de que se trate de lei ou ato normativo e que seja relevante o fundamento da controvérsia constitucional.

Em face das hipóteses mais amplas de cabimento da ação de arguição autônoma, na prática, a modalidade incidental acabou relegada ao quase esquecimento, tendo em vista a previsão do mesmo elenco de legitimados para a propositura de ambas as arguições e a existência de requisitos menos rígidos para a ação de arguição autônoma.

A ação de descumprimento de preceito fundamental é considerada, pela Corte Constitucional, como uma modalidade de integração entre os modelos difuso e concentrado no Supremo Tribunal Federal.

Considerando que as ações diretas apresentam lacunas, pois não são admitidas para o exame da recepção ou revogação de atos normativos pré-constitucionais por uma nova Constituição, sob o argumento de que tais questões devem ser solucionadas observando-se o prisma de conflito intertemporal entre normas jurídicas e não sob o prisma da inconstitucionalidade superveniente, como ocorre na Alemanha, a ação de descumprimento de preceito fundamental supre

essa lacuna de controle concentrado, uma vez que poderá ser utilizada para solver questões pertinentes à recepção de normas pré-constitucionais sob a via concentrada no Supremo Tribunal Federal.

Na visão do Supremo Tribunal Federal, tendo em vista que o que se postula na ação de arguição é a declaração de ilegitimidade ou de não recepção da norma pela ordem constitucional superveniente, a revogação da lei ou ato normativo não impede o exame da matéria nessa modalidade de controle concentrado.

Questão que surge quando do estudo da ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental diz respeito à abrangência do termo “preceito fundamental”, no sentido de saber se estaria limitado aos princípios fundamentais.

É de se reconhecer, entretanto, que a intenção da Constituição foi abarcar mais do que os seus princípios fundamentais, mas também todas as normas constitucionais que fundamentam a ordem político-jurídica e social brasileira, ou seja, os valores sociais mais importantes na Constituição vigente, atribuindo à designação “preceito” as idéias de mandamento, ordem, norma, comando.

Da mesma forma, o legislador constituinte originário pretendeu, por meio da referida ação de arguição, limitar o controle de constitucionalidade aos preceitos da Constituição que possam ser considerados como fundamentais e não contra qualquer violação ao Texto Constitucional, uma vez que, de forma contrária, haveria a duplicidade de mecanismos para o controle dos preceitos fundamentais.

Em sentido contrário, sob o fundamento da inexistência de hierarquia entre normas originárias, Helder Martinez Dal Col adota o seguinte posicionamento:

Preferimos a concepção mais ampla ao instituto da arguição de descumprimento de preceito fundamental um espectro de aplicabilidade abrangente, capaz de assegurar um controle efetivo de constitucionalidade, podendo ser cabível tanto em situações de ameaça ou violação de qualquer preceito fundamental, assim entendido tanto aqueles de maior conteúdo axiológico, quanto a todos os demais previstos no bojo da Constituição e dela decorrentes (...). (DAL COL, 2008).

Não há como negar, contudo, que na Constituição, muito embora não exista hierarquia normativa entre as diversas disposições constitucionais originárias, há normas com maior preponderância axiológica, ou seja, que consagram valores

superiores, pelo qual optou o constituinte por lhes conferir proteção especial, por meio de mecanismo próprio.

Sob pena de se banalizar o mecanismo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, transformando-a em mais uma via para a discussão de qualquer controvérsia, de direito ou mesmo de fato, é preciso definir elementos mais precisos para aferir o cabimento da referida ação, partindo dos pressupostos de que a questão constitucional deve ser insuscetível de resolução a partir da interpretação do sistema infraconstitucional, devendo interferir com a necessidade de fixação do conteúdo e do alcance do preceito fundamental e, por fim, não pode depender de definição prévia de fatos controvertidos.

Neste sentido, os princípios fundamentais inseridos no título I da constituição, os princípios constitucionais sensíveis, as limitações materiais ao poder constituinte derivado, sejam elas expressas nas cláusulas pétreas contidas no art. 60, §4º, sejam elas decorrentes da própria sistemática adotada pela Constituição, são alguns exemplos de preceitos fundamentais mencionados na doutrina (CUNHA JR., 2007, p. 411).

Pelo requisito da subsidiariedade, previsto no §1º, do art. 4º, da Lei nº. 9.882/99 (BRASIL, 1999.b), somente no caso de inexistência de outro meio eficaz para sanar a lesão ao preceito fundamental violado, deve ser utilizada a ação de arguição. Segundo o Supremo Tribunal Federal, é imprescindível a existência de mecanismo processual efetivamente hábil ou eficaz para evitar ou reparar lesão a preceito fundamental resultante de ato do Poder Público para a definição da subsidiariedade, não apenas a mera existência de outro meio processual para submeter violação de preceito fundamental ao Poder Judiciário.

Pacificando posicionamento Plenário, no sentido de que deve ser considerada sob o prisma das demais ações diretas existentes no sistema de controle concentrado de constitucionalidade brasileiro a subsidiariedade da ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental, a Corte Constitucional passou a uma consideração marcadamente objetiva da referida ação.

Assim, no contexto da ordem constitucional global, a inexistência de outro meio eficaz de sanar a lesão deve ser compreendido como aquele apto a solver a controvérsia constitucional relevante de forma ampla, geral e imediata, não

excluindo a utilização da ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental a mera existência de processos ordinários e recursos extraordinários, isto porque o instituto assume feição marcadamente objetiva.

Há, no entanto, correntes doutrinárias contrárias a esse posicionamento de atribuição de caráter marcadamente objetivo à ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental pelo Supremo Tribunal Federal, sob a perspectiva de que a referida ação não pode ser vista, nem mesmo em relação às demais ações diretas, como uma ação secundária.

Neste sentido, André Ramos Tavares ensina:

O ajuizamento de arguição de descumprimento de preceito fundamental será cabível sempre que houver a necessidade (interesse público na conformação constitucional do direito) de um instrumento para combater determinada lesão à Constituição (em seus preceitos fundamentais) que não pode ser combatida (de forma definitiva, amplamente e com o mesmo grau de satisfatoriedade) por meio dos demais instrumentos jurisdicionais existentes com a mesma expressividade que o será por meio da ADPF (caso paradigmático da omissão constitucional), presente o interesse público nesse tipo de solução.

Assim, na visão do autor acima, o art. 4º, §1º, da Lei nº. 9.882/99, deve ser interpretado sob o prisma da residualidade qualificada e não da subsidiariedade. A ação de arguição, sob esse enfoque, teria caráter principal, uma vez que a proteção dá-se apenas com relação aos preceitos fundamentais.

Também como condição para a propositura da ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental, conforme art. 3º, inciso V, da Lei nº. 9.882/99, exige-se a comprovação da existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação do preceito fundamental que se considera violado.

A ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental, a exemplo do que se passa com a ação declaratória de constitucionalidade, com base no princípio da simetria com o modelo federal, pode ser instituída pelo constituinte estadual, muito embora a Constituição Federal não tenha previsto no âmbito dos Estados a ação de arguição.

No âmbito estadual, a ação de arguição não terá objeto próprio nem paradigma, sendo limitada sua importância porque os preceitos fundamentais serão

os mesmos da Constituição Federal, como também porque os atos municipais e os estaduais já são passíveis da ação de arguição no âmbito federal.

O art. 5º da Lei nº. 9.882/99 (BRASIL, 1999.b), prevê de forma expressa, por decisão da maioria absoluta dos membros do Tribunal, a possibilidade de deferimento do pedido liminar na ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental, bem como, em caso de extrema urgência ou de recesso, *ad referendum* do plenário, a concessão de liminar diretamente pelo relator.

Com pelo menos dois terços dos Ministros que compõem o Tribunal presentes na sessão poderá ser tomada a decisão em sede de ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental, sendo, entretanto, a deliberação tomada por maioria simples, fixando as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental e fazendo, após o julgamento, as comunicações às autoridades ou órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados, determinando o cumprimento imediato da decisão e lavrando o acórdão.

A decisão poderá determinar medida adequada à preservação do preceito fundamental decorrente da Constituição ou fazer cessar o ato ou decisão exorbitante. Será publicada na imprensa oficial, dentro de 10 dias a partir do trânsito em julgado, a parte dispositiva do acórdão.

Não poderá ser objeto de ação rescisória a decisão que julgar procedente ou improcedente o pedido, revestindo-se da característica da irrecorribilidade. No entanto, do descumprimento da decisão caberá reclamação.

Como próprio ao exercício da jurisdição constitucional em processo objetivo e concentrado, possui efeito vinculante aos demais órgãos do Poder Público e eficácia contra todos a decisão proferida em ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental, inclusive no tocante à arguição incidental.

Com relação aos efeitos temporais, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros e tendo em vista razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social, restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

3.4 A legitimidade para a provocação do controle concentrado no Brasil: a Ordem dos Advogados do Brasil, como órgão de fiscalização de classe, na propositura de ação direta de inconstitucionalidade.

A questão da legitimidade para a provocação do controle concentrado de constitucionalidade no Brasil é ponto de grande relevância ao estudo do tema, uma vez que a compreensão das razões do constituinte ao estabelecer o rol de legitimados ativos para o exercício desta modalidade de controle possibilitará a aferição de viabilidade da proposta do presente trabalho, ou seja, a partir das razões que levaram ao constituinte a optar pelo rol de legitimados ativos previstos na Constituição poderemos demonstrar que é possível o exercício do controle concentrado pelo Conselho Nacional de Justiça, especialmente quando se tece um comparativo com o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

Não apresenta maior dificuldade a questão da legitimação passiva no controle de constitucionalidade por via de ação direta, recaindo sobre os órgãos ou autoridades responsáveis pela lei ou pelo ato normativo objeto da ação, aos quais caberá prestar informações ao relator do processo, não podendo figurar como parte passiva no controle concentrado pessoas privadas.

Funcionando como uma espécie de curador da presunção de constitucionalidade dos atos emanados do Poder Público, o Advogado-Geral da União é competente para a defesa da norma impugnada na ação direta de inconstitucionalidade, seja ela federal ou estadual. No entanto, na ação declaratória de constitucionalidade essa atuação não pode ocorrer, exatamente porque neste tipo de ação ele não pode funcionar como curador da presunção de constitucionalidade da norma impugnada.

Já com relação à legitimação ativa para a propositura de ações diretas de controle de constitucionalidade, importa dizer que o exercício da jurisdição constitucional no Brasil sofreu grandes transformações ao longo das suas Constituições.

A deflagração do controle abstrato e concentrado de constitucionalidade, desde a criação da ação genérica, em 1965, até a Constituição de 1988, era privativa do Procurador-Geral da República. Este ocupava cargo de confiança do

Presidente da República e exercia juízo discricionário acerca da propositura ou não da ação no controle de constitucionalidade, ou seja, o chefe do Ministério Público Federal decidia acerca da submissão ou não da discussão constitucional ao Supremo Tribunal Federal.

A Constituição Federal de 1988, com o fim de incrementar o controle concentrado de normas, ampliou consideravelmente o número de legitimados ativos para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade. Passaram, então, a integrar o rol de legitimados ativos para a propositura da ação direta, além do Procurador-Geral da República, o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de Assembleia Legislativa, o Governador de Estado, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional, confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Já com relação à legitimidade ativa para a propositura da ação declaratória de constitucionalidade, a Emenda Constitucional nº. 03/93 (BRASIL, 1993) acrescentou o parágrafo 4º do art. 103, na Constituição de 1988, apresentando, entretanto, rol de legitimado bem mais restrito do que o previsto para a ação direta de inconstitucionalidade, atribuindo legitimidade apenas ao Presidente da República, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa do Senado Federal e ao Procurador-Geral da República para a propositura da ação declaratória de constitucionalidade.

Somente com a promulgação da Emenda Constitucional nº. 45, de 08 de dezembro de 2004, foi revogado o parágrafo 4º, do art. 103, da Constituição Federal, passando a figurar como legitimados ativos para a propositura da ação declaratória de constitucionalidade os mesmos legitimados ativos para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade. E mais: a Emenda Constitucional nº. 45/2004 ampliou ainda mais o rol de legitimados para a propositura dessas ações de controle concentrado por via principal, fazendo incluir também a Mesa da Câmara Legislativa do Distrito Federal e o Governador do Distrito Federal.

Enquanto na ação direta de inconstitucionalidade é possível atribuir a legitimidade passiva aos órgãos dos quais emanou o ato impugnado, na ação

declaratória de constitucionalidade isso não é possível, uma vez que, a rigor, ela inexistente.

Contudo, necessária se faz a distinção entre a legitimidade no exercício da jurisdição constitucional via ação direta, caracterizada pela natureza objetiva do processo, no qual a referência às partes assume apenas caráter formal, destinando-se à preservação da própria constituição e não para à tutela de situações jurídicas individuais, e a legitimidade típica dos processos subjetivos, nos quais se decidem conflitos de interesses entre partes.

No exercício do controle de constitucionalidade concentrado, ou seja, no controle via ação direta, a legitimação ocorre de forma extraordinária, no qual a atuação ocorre em defesa do interesse geral, materializado no princípio da supremacia da Constituição, e não em defesa de um direito próprio, distinguindo-se, desta forma, da legitimação nos processos subjetivos.

Na apuração de legitimidade para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade, consoante a jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal, deve ser observada duas categorias de legitimados, de acordo com a necessidade ou não da denominada pertinência temática. Assim, se os legitimados são órgãos e entidades cuja atuação é restrita às questões que repercutem diretamente sobre sua esfera jurídica ou de seus filiados e em relação às quais possam atuar com representatividade adequada, são denominados de legitimados especiais, ou seja, necessitam observar o requisito da pertinência temática.

Essa exigência jurisprudencial da pertinência temática instituída pelo Supremo Tribunal Federal, que não consta no texto constitucional, afasta-se das características próprias de um processo objetivo, aproximando-se da característica típica de processo subjetivo, o interesse de agir, como condição para o legítimo exercício do direito de ação.

Por outro lado, aqueles legitimados cujo papel institucional autoriza a defesa da Constituição em qualquer hipótese, são denominados de legitimados universais, ou seja, podem ajuizar ações diretas contra qualquer ato normativo, uma vez que possuem pertinência temática universal.

Assim, a questão da pertinência temática, por não encontrar respaldo constitucional, nem na legislação infraconstitucional, foi alvo de muitos

questionamentos e críticas, no sentido de que tal requisito, fruto de construção jurisprudencial, acaba por criar restrições ao rol de legitimados ativos para o controle concentrado, não encontrando amparo na Constituição, que amplia essa legitimação.

Como sabiamente leciona Gilmar Ferreira Mendes:

Cuida-se de inequívoca restrição ao direito de propositura, que, em se tratando de processo de natureza objetiva, dificilmente poderia ser formulado até pelo legislador ordinário. A relação de pertinência assemelha-se muito ao estabelecimento de uma condição da ação – análoga, talvez, ao interesse de agir -, que não decorre dos expressos termos da Constituição e parece ser estranha à natureza de processo de controle de normas (MENDES, 1996, p. 142).

Apesar das pertinentes críticas, a pertinência temática para a aferição de legitimidade do ajuizamento das ações diretas, continua sendo empregada pelo Supremo Tribunal Federal, que considera como legitimados especiais, ou seja, que necessitam de pertinência temática, a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador do Estado ou do Distrito Federal, a confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Considera, por outro lado, como legitimados ativos universais, ou seja, que podem ajuizar ação direta contra qualquer ato normativo, o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e o partido político com representação no Congresso Nacional.

Importante destacar que o Presidente da República pode suscitar o controle de constitucionalidade mesmo quando houver participado diretamente do processo de elaboração da lei, mediante iniciativa ou sanção, além de poder impugnar os atos legislativos que tenham sido promulgados mediante a derrubada de seu veto.

Com relação às Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, vale registrar que as mesmas não podem ser confundidas com a Mesa do Congresso Nacional, haja vista a distinção prevista no art. 57, §5º, da Constituição Federal (BRASIL, 2010.c, p. 91). Não há previsão no art. 103, da Constituição Federal, da possibilidade de legitimação da Mesa do Congresso Nacional para

suscitar o controle de constitucionalidade, por via de ação direta. As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal podem questionar os seus próprios atos normativos ou aqueles que, por deliberação exclusiva, o Congresso Nacional pudesse sustar.

O art. 103, inciso VIII, da Constituição Federal (BRASIL, 2010.c, p. 127), também prevê como legitimado ativo para o controle de constitucionalidade por ação direta os partidos políticos com representação no Congresso Nacional. Trata-se de um dos legitimados universais, ou seja, que não precisa demonstrar pertinência temática entre o objeto da ação e a defesa de interesses específicos seus.

A autorização da propositura da ação direta pela agremiação partidária é de exclusividade do diretório nacional, não podendo ser conhecido pela Corte Constitucional a ação direta proposta por partido político com autorização de diretório regional ou de executiva regional. Salienta-se, contudo, que é irrelevante a perda superveniente de representação parlamentar, pois o momento para a aferição da legitimidade é a propositura da ação direta pelo partido político, conforme entendimento pacificado na Corte Suprema.

O Procurador-Geral da República exerce juízo discricionário sobre a propositura ou não de ação direta, podendo, no entanto, opinar pelo acolhimento ou não do pedido, quando da emissão de parecer sobre a matéria. O chefe do Ministério Público Federal, como boa prática institucional (BARROSO, 2009, p. 162), deve encaminhar as representações recebidas e com fundamentos de plausibilidade e seriedade para o conhecimento do Supremo Tribunal Federal.

Já o Advogado-Geral da União, como curador da presunção de constitucionalidade nas ações diretas, é responsável pela defesa, em qualquer circunstância, do ato normativo impugnado, muito embora não ostente a condição de parte. O Procurador-Geral da República, como fiscal da constitucionalidade, nos termos do §3º, do art. 103, da Constituição Federal, será ouvido em todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal, emitindo parecer nas ações diretas, seja ele parte ou não.

Também como legitimado ativo especial figura a Mesa da Assembleia Legislativa, cujo objeto de controle de constitucionalidade concentrado pode ser lei ou ato normativo emanado do próprio Poder por ela integrado e dirigido. Somente

quando houver vínculo objetivo de pertinência entre a norma impugnada e a competência da casa legislativa ou do Estado do qual é a Mesa Legislativa o órgão representativo, poderá ser proposta a ação direta por este ente.

Com relação à legitimidade das entidades de classe de âmbito nacional para a propositura de ações diretas, importante destacar que não se tratam de agremiações associativas defensoras de segmentos sociais ou econômicos, mas de entidades com função de proteção de direitos e interesses relacionados à profissão, nos termos das linhas jurisprudenciais restritivas do Supremo Tribunal Federal.

Em analogia a Lei Orgânica dos Partidos Políticos, é necessária a filiação de pelo menos nove Estados da Federação para o reconhecimento do caráter nacional da entidade, bem como que tais filiados exerçam a mesma atividade profissional ou econômica para que reste configurada a condição de classe, devendo representar, contudo, a integralidade da categoria em questão, ou seja, o fracionamento de determinada categoria funcional desqualifica o aspecto de classe.

Ressalta-se que a entidade de classe ingressa no rol de legitimados especiais, devendo existir uma relação lógica entre a questão versada na lei ou ato normativo a ser impugnado e os objetivos sociais da entidade requerente, ou seja, deve haver repercussão na atividade econômica ou profissional da classe envolvida por parte da norma impugnada.

As denominadas “associações de associações” passaram a ser admitidas pelo Supremo Tribunal Federal como legitimadas para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, considerando-as como entidades de classe de âmbito nacional, compostas por pessoas jurídicas (BRASIL, 2004.b), sob o argumento de que as entidades legitimadas à ação direta são as confederações que, por definição, não tem como associados pessoas físicas, mas sim associações delas, e, portanto, não haveria como fazer a distinção no âmbito das associações civis comuns não sindicais.

Já com relação às confederações sindicais também se aplica o requisito da pertinência temática e o Supremo Tribunal Federal não reconhece legitimidade às federações e aos sindicatos nacionais para a propositura de ações diretas, fazendo uma leitura estrita do art. 103, inciso IX, da Constituição Federal.

Com o estabelecimento em pelo menos três Estados e com um mínimo de três federações deverão ser organizadas as confederações, nos termos do art. 535, da Consolidação das Leis do Trabalho (2011.b, p. 981). Observa-se pela leitura das jurisprudências da Corte Suprema que, para assegurar a representatividade adequada e o número excessivo de ações diretas de inconstitucionalidade, a atuação das confederações sindicais e das entidades de classe de âmbito nacional é limitada pela exigência de vinculação com as questões que repercutem diretamente sobre sua esfera jurídica ou de seus filiados.

Também a atuação dos Governadores de Estado é subordinada à existência de uma relação de pertinência entre a norma impugnada e os seus interesses de tutela, sendo do próprio Governador a legitimidade e a capacidade postulatória, cujo objeto da ação é a lei ou ato normativo do seu Estado, da União ou até mesmo de outros Estados que tenham promovido interferência em interesses ou competência do Estado tutelado.

A Lei nº. 9.868, de 10 de novembro de 1999 (BRASIL, 1999), ao regulamentar o controle de constitucionalidade concentrado, via ação direta, proibiu expressamente, em seu art. 7º, a intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade. Entretanto, estabeleceu, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, a possibilidade do relator admitir, por despacho irrecorrível, a manifestação de outros órgãos ou entidades, denominando-se tal figura como *amicus curiae*.

Por fim, importante tecer algumas considerações sobre a legitimidade do Conselho Federal da Ordem dos Advogados, como órgão de fiscalização de classe, para o exercício do controle concentrado de constitucionalidade via ação direta. A ênfase atribuída a este legitimado decorre do comparativo pretendido neste estudo, viabilizando a demonstração da possibilidade de legitimação do Conselho Nacional de Justiça para a propositura da ação direta, haja vista a sua atividade também como órgão de fiscalização de classe, bem como a amplitude das atribuições constitucionalmente lhes conferidas, tema que será analisado em tópico específico.

Dentre os fins institucionais da Ordem dos Advogados do Brasil, destaca-se o previsto no art. 44, inciso I, da Lei nº. 8.906, de 04 de julho de 1994 (BRASIL, 1994), no qual se prevê como finalidade da Ordem dos Advogados do Brasil a

defesa da Constituição, da Ordem Jurídica, do Estado Democrático de Direito, dos Direitos Humanos, da Justiça Social, bem como a preservação da boa aplicação da lei, da rápida administração da justiça, do aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas.

Diante desta amplitude de finalidades da Ordem dos Advogados do Brasil, direcionadas basicamente à guarda da Constituição Federal, as linhas jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal admitiram o seu Conselho Federal como legitimado universal para a propositura da ação direta de controle de constitucionalidade, sem a necessidade de demonstração de pertinência temática.

O art. 54, da Lei nº. 8.906/94 (BRASIL, 1994), disciplina as competências do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, prevendo assim, dentre estas, o ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade de normas legais e atos normativos, ação civil pública, mandado de segurança coletivo, mandado de injunção e demais ações cuja legitimação lhe seja outorgada por lei.

Enfim, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil ante a sua ampla competência de proteção e guarda do Texto Constitucional, bem como diante da sua atuação relevante e, consoante art. 133, da Constituição Federal (BRASIL, 2010.c, 154), da sua indispensabilidade à administração da justiça, é legitimado universal para o exercício do controle concentrado de constitucionalidade, ou seja, a ele é permitida a propositura das ações diretas de controle de constitucionalidade sem a necessidade de demonstração de pertinência temática com a norma impugnada.

3.5 A possibilidade de legitimação do Conselho Nacional de Justiça, como órgão de fiscalização de classe, para a propositura das ações diretas de controle de constitucionalidade.

Como visto, como lei fundamental da ordem jurídico-política vigente em dada sociedade, a Constituição é considerada como norma jurídica impositiva de controle sobre produção de normas e de atos concretos do Estado, mediante o exercício da jurisdição constitucional pelos órgãos judiciais com competência fixada pela própria Constituição.

Inaugurando uma nova ordem político-jurídica, caberá à Constituição servir como fundamento a toda e qualquer atuação do Estado, e da própria sociedade, uma vez que somente a atuação conforme a Constituição encontrará legitimidade na ordem jurídica por ela inaugurada.

De logo, importante destacar que, apesar do exercício do controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário encontrar fundamento na sua própria natureza jurídica, é preciso considerar o viés político inserto na atuação jurisdicional situação esta que precisa ser observada em vista da evidente relação entre o controle jurisdicional de constitucionalidade e a processualística que se faz necessária ao seu cumprimento.

Essa nova concepção de Constituição como estatuto normativo dotado de eficácia suprema, conduziu o direito para a sua constitucionalização, esta identificada como a irradiação axiológica dos valores constitucionais para todo o ordenamento jurídico vigente, passando, como bem sustenta Barroso (2008), a “condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional”, não somente em relação às três esferas de Poder, mas também aos particulares.

As disposições do Texto Constitucional devem ser observadas como normas jurídicas dotadas de abstração e generalidade e, caso não sejam observadas espontaneamente, devem ser impostas mediante coercibilidade pelo Estado-juiz. Essas normas constitucionais não são normas comuns, mas sim normas sobre as quais incide o princípio da supremacia da Constituição, como corolário lógico da adoção de uma Carta rígida, com a finalidade de tornar o texto

constitucional estável, mas, ao mesmo tempo, tornando possível o aprimoramento e a conformação, de acordo com as modificações sofridas pela realidade social.

Surge, então, a idéia de que a jurisdição constitucional e, especificamente, o controle de constitucionalidade, são instrumentos essenciais para o desenvolvimento prático e a concretização das idéias que movimentam o constitucionalismo, como centralidade dos direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e participação democrática no exercício do poder.

A proteção dos direitos fundamentais, inclusive e, sobretudo, os das minorias, em face de maiorias parlamentares eventuais, constitui-se em um dos fundamentos do controle de constitucionalidade, configurando-se como pressuposto deste a existência de valores materiais compartilhados pela sociedade que devem ser preservados das injunções estritamente políticas.

O controle de constitucionalidade refere-se ao exercício de verificação de conformidade de todo e qualquer ato estatal, e também dos atos jurídicos emanados da sociedade como um todo, com a Constituição vigente, decorrendo daí a competência do órgão controlador para impedir ou corrigir quaisquer máculas produzidas contra aquelas normas que são consideradas principais no ordenamento jurídico.

Assim, é condição fundamental para a supremacia constitucional e para a segurança jurídica, vistos como essências do moderno estado de direito, a existência de mecanismos adequados e eficazes de controle de constitucionalidade, promovendo o afastamento do ordenamento jurídico as leis e atos que contrariem os limites materiais, circunstanciais, temporais e formais que marcam a rigidez constitucional.

A jurisdição constitucional, como bem leciona Kelsen (2007, p. 123-124), “é um elemento do sistema de medidas técnicas que têm por fim garantir o exercício regular das funções estatais”. Na visão do autor, costumam-se distinguir as funções estatais em legislação e execução, que se opõem assim como a criação ou a produção do direito se opõem à aplicação do direito, considerado como simples reprodução.

Entretanto, é inexata essa concepção da relação entre legislação e execução, considerando que cada uma delas se apresenta, na verdade, ao mesmo

tempo como um ato de criação e de aplicação do direito. Assim, “legislação e execução não são duas funções estatais coordenadas, mas duas etapas hierarquizadas do processo de criação do direito, e duas etapas intermediárias” (KELSEN, 2007, p. 125).

E diante desse ato de criação e, conseqüentemente, de aplicação do direito, surge a necessidade de observância ao Texto Constitucional, como uma espécie de instrumento de vinculação e conformação com a realidade social. Não se pode deixar de registrar a linha tênue existente entre o papel criativo, interpretativo e aplicativo do direito, razão pela qual se atribui importância ainda maior ao exercício da jurisdição constitucional e, na linha da defesa proposta pelo presente trabalho, de abertura desta, proporcionando uma maior discussão das decisões do Supremo Tribunal Federal.

Sobre a contraposição ou não dos conceitos de “interpretação” e “criação” do direito, Mauro Cappelletti (1993, p. 20-21) afirma que na interpretação judiciária do direito legislativo está ínsito certo grau de criatividade. O autor ora mencionado aduz que “certamente, do ponto de vista substancial, tanto o processo judiciário quanto o legislativo resultam em criação do direito, ambos são *‘law-making processes’*. Mas diverso é o modo, ou se se prefere o procedimento ou estrutura, desses dois procedimentos de formação do direito, e cuida-se de diferença que merece ser sublinhada para evitar confusões e equívocos perigosos” (CAPPELLETTI, 1993, p. 74).

Também fundamenta o Prof. João Paulo Allain Teixeira (2002, p. 94-95), com base nas idéias de Aulis Aarnio sobre a relação do legislador e do intérprete, que “legislação e jurisdição não são dois momentos isolados, permitindo uma total autonomia entre o abstrato e o concreto” e que “o resultado da interpretação não seria a ‘verdade’ no sentido tradicional de correspondência com o real, mas uma verdade criada através do debate no processo argumentativo”.

E o que ora se critica é justamente esse fechamento do debate no processo argumentativo, o estreitamento pela via jurisprudencial da participação na jurisdição constitucional, fundamentado, exclusivamente, na necessidade de celeridade processual e redução do volume de julgamentos pela Corte Máxima,

como forma de se obter maior qualidade na apreciação das questões de índole constitucional.

Neste sentido, o Prof. Marcelo Labanca Corrêa de Araújo critica, em sua obra intitulada “Jurisdição Constitucional e Federação: o princípio da simetria na jurisprudência do STF”, justamente o estreitamento da participação dos estados-membros no exercício da jurisdição constitucional federal, propondo a abertura discursiva das decisões do Supremo Tribunal Federal, institucionalizando a abertura do procedimento como critério de legitimação do próprio Supremo Tribunal Federal sob a perspectiva federativa de participação da vontade local na vontade central (ARAÚJO, 2009, p. 172).

E esse tem sido um dos temas mais inquietantes e de intensas reflexões no mundo jurídico: a questão da legitimidade do exercício controle judicial de constitucionalidade das leis e atos normativos, em especial, diante das mais variadas construções jurisprudenciais, quase como um monopólio do Supremo Tribunal Federal para decidir o acesso à jurisdição constitucional. Como exemplo disso, basta atentar para a construção jurisprudencial da pertinência temática, como uma condicionante de acesso à jurisdição constitucional de certos órgãos, entes ou pessoas legitimadas pela Constituição.

No Brasil, verifica-se que a Constituição Federal de 1988 consagra a coexistência de duas modalidades de controle de constitucionalidade de leis e atos normativos. Assim, tem-se o controle concentrado de constitucionalidade, introduzido somente com o advento da Emenda Constitucional nº. 16, de 26 de novembro de 1965 (BRASIL, 1965), nos mesmos moldes da representação interventiva, inspirado no modelo idealizado por Hans Kelsen e consubstanciado na Constituição austríaca de 1920, e, paralelamente, vislumbra-se a fiscalização difusa de constitucionalidade das leis e atos normativos, adotada pelo Direito Constitucional Brasileiro desde a promulgação da Carta de 1891, inspirado na matriz norte-americana, vinculado à tradição anglo-saxônica da *common law*.

Importante ressaltar o posicionamento doutrinário acerca da aproximação dos sistemas de exercício da jurisdição constitucional no Brasil, ou seja, a crítica formulada pela dicotomia da fiscalização de constitucionalidade, em controle difuso e

concentrado, indicando que o Supremo Tribunal Federal assume, aos poucos, com decisões de efeitos genéricos, uma função maior de Corte Constitucional.

Neste sentido, invoca-se mais uma vez as lições do Prof. Marcelo Labanca, que sustenta uma aproximação entre os dois modelos, identificando cinco características, aqui sintetizadas, que fundamentam sua teoria, dentre elas: 1) a construção jurisprudencial da “pertinência temática” nas ações diretas de inconstitucionalidade, sugerindo uma espécie de subjetividade, somente identificada no controle difuso; 2) a criação da figura do *amicus curiae* nas ações diretas de controle de constitucionalidade e nos Recursos Extraordinários, assemelhando-se a uma espécie de “intervenção de terceiros atípica”; 3) a possibilidade de designação, em sede de processo “objetivo”, de perito ou comissão de peritos; 4) a questão da utilização de transcendência dos motivos determinantes, com a atribuição de efeitos *erga omnes*, também em sede de controle difuso; e, 5) a criação da necessidade de demonstração da chamada repercussão geral nos recursos extraordinários (ARAÚJO, 2009, p. 44-51).

O fato é que, mesmo após a edição da Carta de 1988, o controle de constitucionalidade brasileiro ainda vem sofrendo inúmeros aperfeiçoamentos para a concretização da atual Constituição Republicana. O presente estudo se debruça, entretanto, sobre a questão da ampliação do rol de legitimados no art. 103, da Constituição Federal, para a propositura das ações diretas de controle de constitucionalidade, promovida pela Emenda Constitucional nº. 45/2004.

Uma das questões principais deste trabalho vincula-se justamente à análise da possibilidade de inclusão, mediante nova Emenda Constitucional, do Conselho Nacional de Justiça, como órgão de fiscalização de classe, no rol de legitimados para a propositura das ações diretas de controle de constitucionalidade, utilizando-se, para tanto, da analogia com o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

O Conselho Nacional de Justiça, como já explanado anteriormente, foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro a partir da Emenda Constitucional nº. 45, de 08 de dezembro de 2004 (BRASIL, 2004), com a finalidade precípua de controlar a atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e o cumprimento dos deveres funcionais dos juízes.

De logo, afirma-se que o Conselho Nacional de Justiça foi alvo de intensas críticas no meio jurídico-social e até objeto de ação direta de inconstitucionalidade proposta pela Associação de Magistrados Brasileiros, na qual se sustentou, de forma geral, a inconstitucionalidade da própria Emenda Constitucional nº. 45/2004, pela criação de órgão de formação heterogênea no âmbito do Poder Judiciário, com membros de outros Poderes, violando o princípio da separação e da independência dos Poderes e o pacto federativo, além de suscitar a inconstitucionalidade de parte das competências do Conselho Nacional de Justiça.

No entanto, como já oportunamente dito, o Supremo Tribunal Federal julgou improcedente a ação direta proposta pela Associação dos Magistrados, declarando, por conseguinte, a constitucionalidade do Conselho Nacional de Justiça, refutando cada um dos elementos da alegada inconstitucionalidade.

Acredita-se que para demonstração da viabilidade da proposta ora defendida, ou seja, para a inclusão do Conselho Nacional de Justiça no rol de legitimados para a propositura das ações diretas de controle de constitucionalidade, a construção de raciocínio lógico perpassa justamente pela apreciação de cada um desses elementos, de forma a se analisar a natureza jurídica do Conselho, a sua composição, a sua estrutura, as atribuições que lhes são conferidas pela Constituição Federal, para então, demonstrar-se a analogia com as atribuições do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, como órgão de fiscalização de classe, e a possibilidade da propositura de ações diretas de controle de constitucionalidade pelo Conselho Nacional de Justiça, identificando, ainda, a forma de exercício e os respectivos requisitos.

O primeiro elemento a ser observado diz respeito à natureza jurídica do Conselho Nacional de Justiça. Muito embora tenha se discutido se o Conselho Nacional de Justiça possui natureza administrativa ou jurisdicional, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 3.367 (BRASIL, 2006), no sentido de que o Conselho Nacional de Justiça apesar de estar incluído dentre os órgãos do Poder Judiciário, possui natureza meramente administrativa.

Ora, ao que parece, a Corte Máxima, com o fim de refutar a inconstitucionalidade sustentada pela Associação dos Magistrados Brasileiros e de

descaracterizar a alegação de que a atuação jurisdicional do Conselho poderia interferir na função típica do Poder Judiciário, optou por argumentação, *data vênia*, pouco razoável. Obviamente, o Conselho Nacional de Justiça possui competências de caráter nitidamente administrativas, entretanto, quando a própria Constituição Federal, no parágrafo 4º, do art. 103-B, lhe atribui o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, não deixa de apresentar, em seus incisos, caráter da atuação jurisdicional do Conselho.

Não se está aqui dando vazão ao argumento da Associação dos Magistrados Brasileiros, no sentido de que a questão da composição heterogênea do Conselho Nacional de Justiça implicaria na criação da figura do “juiz de juiz”, possibilitando aos juízes de instâncias inferiores, de tribunais diferentes, ou aos membros oriundos da advocacia e do Ministério Público, o exercício do poder correicional ou disciplinar sobre juízes de instâncias superiores ou sobre juízes de tribunais distintos dos deles. Não. A posição aqui é outra.

O Conselho Nacional de Justiça deve ser visto como órgão especial do Poder Judiciário, com atuação administrativa e, em tese, jurisdicional. De outra forma, não se trata de órgão capaz de exercer a atividade típica do Poder Judiciário, ou seja, o ofício judicante típico, mas procede a um julgamento técnico-jurídico. Também não se concebe um órgão que compõe o Poder Judiciário, consoante prevê o art. 92, inciso I-A, da Constituição Federal (BRASIL, 2010.c, p. 111), sem qualquer natureza jurisdicional, sugerindo uma atividade jurisdicional atípica do Conselho, mas que traz consigo alguns dos caracteres da atividade jurisdicional propriamente dita.

A interpretação que, inevitavelmente, se faz acerca da real intenção da Emenda Constitucional nº. 45/2004, ao incluir o Conselho Nacional de Justiça como um órgão do Poder Judiciário, vinculado ao Supremo Tribunal Federal, caminha no sentido do reconhecimento do Conselho Nacional de Justiça como uma espécie *sui generis* de Tribunal, com atuação administrativa e, de forma atípica, jurisdicional.

Saliente-se, portanto, que quando o Conselho Nacional de Justiça, na forma como prevê, por exemplo, o inciso II, do §4º, do art. 103-B, da Constituição Federal (BRASIL, 2010.c, p. 130), aprecia, de ofício ou mediante provocação, “a

legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei” ou quando a ele é atribuída a competência para “rever, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares de juízes e membros de tribunais julgados há menos de um ano”, está o mesmo desenvolvendo uma espécie de jurisdição atípica, como um órgão especial, vinculado à Corte Máxima.

Vale lembrar as palavras do Prof. Marcelo Neves, para quem o Conselho Nacional de Justiça, representa um caso atípico de instituição, atuando como órgão fundamental à realização de nosso modelo constitucional e, portanto, do Estado Democrático de Direito, *in verbis*:

Em um contexto no qual grande parte dos órgãos atua à margem da Constituição e das leis, a presença ativa do CNJ constitui um caso atípico de instituição agindo efetivamente para subordinar agentes públicos aos marcos constitucionais e legais. Evidentemente, o CNJ não tem condições de solucionar, de maneira abrangente, os graves problemas do Estado e da sociedade no Brasil, pois sua função restringe-se ao controle do Poder Judiciário. Entretanto, ele tem servido como um exemplo para todos os Poderes da República (NEVES, 2010).

Aspecto interessante que corrobora com a idéia ora apresentada, no sentido do exercício atípico da jurisdição pelo Conselho Nacional de Justiça, diz respeito à previsão no art. 93, da Constituição Federal (BRASIL, 2010.c, p. 114), com a redação dada pela Emenda Constitucional nº. 45/2004, no qual se estabelece que “o ato de remoção, disponibilidade e aposentadoria do magistrado, por interesse público, fundar-se-á em *decisão por voto da maioria absoluta do respectivo tribunal ou do Conselho Nacional de Justiça, assegurada ampla defesa*” (destaques nossos). Identifica-se, por conseguinte, elementos característicos da atividade jurisdicional, assim como parece revelar-se a real intenção da Emenda Constitucional nº. 45/2004, no sentido de considerar o Conselho Nacional de Justiça como um órgão especial ou mesmo como um Tribunal *sui generis*.

A diferenciação da natureza administrativa ou jurisdicional do Conselho Nacional de Justiça encontra subsídios na conceituação de jurisdição no Direito

Romano, com a distinção dos dois institutos de defesa dos direitos, *a actio* e os *interdicta*, que não se confunde com o conceito adotado pela doutrina moderna.

Assim, na evolução do Direito Romano, especialmente no período clássico, o campo da jurisdição compreendia exclusivamente a função de declaração do direito, não estando incluída a atividade de ordenar no conceito de jurisdição, razão pelo qual se impedia a inclusão dos interditos como atividade jurisdicional.

Importante transcrever passagem de Ovídio A. Baptista da Silva (2007, p. 19), sobre jurisdição e execução na tradição Romano-Canônica, *in verbis*:

É importante comparar estas duas premissas, por meio das quais limita-se o conceito de jurisdição apenas à função declaratória, com o que acontece no direito contemporâneo, particularmente no direito brasileiro, por exemplo, com o mandado de segurança que, não obstante ser reconhecido e elogiado como um instrumento de alto valor prático, em nossa experiência judiciária, não foi capaz de estender seu campo de incidência às relações jurídicas privadas, entre particulares. E são amplamente conhecidas as dificuldades com que se debatiam nossos primeiros doutrinadores para incluir o mandado de segurança dentre as ações. Para muitos, ele seria apenas um “remédio” ou, no máximo, uma forma de proteção de natureza administrativa, inconfundível com as verdadeiras ações, pois também para a concepção moderna a jurisdição não produz ordens – como produz a sentença de procedência no mandado de segurança -, mas apenas declarações.

Ora, a definição de jurisdição está ligada ao poder de dizer o direito aplicável a determinado caso concreto a fim de dirimir um conflito de interesses. Nos países que adotam o sistema Inglês ou o sistema de jurisdição única, quando provocado, somente o Poder Judiciário possui a atribuição de dizer, em caráter definitivo e imutável, o direito aplicável ao caso concreto.

De forma diversa, nos países que adotam o Sistema Francês ou o sistema do contencioso administrativo, há uma dualidade de jurisdição, sendo uma administrativa, ou seja, formada pelos tribunais de natureza administrativa, com plena jurisdição em matéria administrativa, e a outra a jurisdição comum, formada pelos órgãos do Poder Judiciário, com competência de resolver os demais litígios.

Admitir-se que o Conselho Nacional de Justiça, órgão integrante do Poder Judiciário, possui natureza exclusivamente administrativa, significa dizer que o sistema constitucional brasileiro passou a adotar uma espécie de sistema misto, com características do sistema Inglês e características próprias do sistema Francês, ou

seja, admitindo a possibilidade de órgão do Poder Judiciário exercer a chamada jurisdição especial do contencioso administrativo.

O processualista Calamandrei, em artigo intitulado “*Limites entre jurisdicción y administración en el proceso civil*”, faz bem a distinção entre a atividade jurisdicional e a administrativa exercida pelo juiz:

El juez ejerce función jurisdiccional solamente cuando, de conformidad con el precepto de Derecho procesal subentendido en toda norma jurídica, decide sobre la existencia de voluntades concretas de la ley de las que son destinatarios los sujetos de la relación controvertida y no cuando ejecuta (o decide si debe ejecutar) voluntades de ley que nacen de las normas jurídicas, directa y expressamente dirigidas a él. En este segundo caso, la actividad ejercida por el juez no es jurisdiccional, sino administrativa (CALAMANDREI, 1961, p. 45).

Acredita-se, portanto, que o Conselho Nacional de Justiça exerce uma espécie *sui generis* de jurisdição, muito embora sua atividade não esteja revestida de alguns dos caracteres da jurisdição propriamente dita, desenvolvidos pelo direito contemporâneo brasileiro, tal como a definitividade, ou seja, a produção de coisa julgada, a atuação do Conselho apresenta traços marcantes como a substitutividade, a imparcialidade e a garantia ao duplo grau de jurisdição.

Ora, tal como os Tribunais que compõem a estrutura do Poder Judiciário não deixam de exercer atividade jurisdicional porque executam as suas decisões, também o Conselho Nacional de Justiça não deixa de exercer função jurisdicional em razão do caráter mandamental de algumas de suas decisões, haja vista que ainda assim resta caracterizada a sua atuação jurisdicional ao dizer o direito em determinado caso concreto.

O tema ganha especial relevância, tal como será demonstrado na segunda abordagem do presente estudo, quando se analisa a possibilidade do exercício do controle difuso de constitucionalidade pelo Conselho Nacional de Justiça, identificando essa atividade jurisdicional atípica do Conselho, mesmo no âmbito das suas decisões de cunho aparentemente administrativo.

Na primeira abordagem deste trabalho, ou seja, na demonstração da possibilidade da inclusão do Conselho Nacional de Justiça no rol de legitimados para a propositura das ações diretas de controle de constitucionalidade, a questão da composição híbrida do Conselho serve para demonstrar a participação democrática

e a ampla representatividade na preservação do Texto Constitucional, haja vista que a proteção da Constituição Federal é dever de todos os Poderes do Estado, bem como para se fixar a forma de como se daria a propositura dessas ações diretas, as limitações e os impedimentos.

Em sede de controle concentrado de constitucionalidade, destacar essa competência do Conselho Nacional de Justiça para controlar a atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, zelando pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, ou seja, revelando que a natureza dita administrativa do Conselho é tipicamente de fiscalização de classe, é fundamental para a concretização da proposta do presente estudo, mormente quando se apresenta a mesma utilizando-se da analogia com o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

Basta lembrar que o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, órgão de fiscalização de classe, está incluído dentre o rol de legitimados para a propositura das ações diretas de controle de constitucionalidade, em razão da previsão, dentre seus fins institucionais, previstos no art. 44, inciso I, da Lei nº. 8.906/94 (BRASIL, 1994), a defesa da Constituição, da Ordem Jurídica, do Estado Democrático de Direito, dos Direitos Humanos, da Justiça Social, bem como a preservação da boa aplicação da lei, da rápida administração da justiça, do aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas.

Importante dizer, no entanto, que os fins institucionais, acima especificados, que fundamentam a inclusão do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil no rol de legitimados para a propositura das ações diretas de controle de constitucionalidade, não são privativos deste órgão, mas se tratam de princípios inerentes à própria Constituição Federal, como fundamentos do próprio Estado Democrático de Direito, que devem ser observados por todo e qualquer Órgão, Poder ou mesmo por qualquer Cidadão.

O que se quer dizer é que tais fundamentos também são aplicáveis ao Conselho Nacional de Justiça, órgão criado, ao que parece, com o fim de zelar não apenas pela autonomia do Poder Judiciário, mas também pela efetiva administração da justiça, e mais, zelando por princípios constitucionais de observância obrigatória

pela Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, tal como previsto no inciso II, do §4º, do art. 103-B, da Constituição, ou seja, zelando pela observância aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Nisto parece residir o fundamento para a proposta do presente trabalho.

Ora, a partir da previsão constitucional de que o Conselho Nacional de Justiça zelará pela observância do art. 37, da Constituição Federal (BRASIL, 2010.c, p. 60), no qual se estipula a obediência aos princípios ali especificados, pela Administração Pública direta ou indireta de qualquer dos Poderes, é possível concluir que os fins institucionais do Conselho Nacional de Justiça muito se assemelham aos fins institucionais da Ordem dos Advogados do Brasil, ou seja, em defesa da Constituição, da Ordem Jurídica, do Estado Democrático de Direito, da preservação da boa aplicação da lei, dentre outros.

Talvez o atual repúdio que se observa no meio jurídico à criação do Conselho Nacional de Justiça, equivocadamente fundamentado na violação do princípio da Separação dos Poderes, na quebra do pacto federativo, na composição híbrida, na inexistência de um controle semelhante ao Executivo e ao Legislativo, deva-se, de modo geral, à própria história da Reforma do Judiciário, decorrente do trauma da instituição de órgão autoritário com poderes correicionais ou censórios, composto, integralmente, por Ministros do Supremo Tribunal Federal, tal como ocorreu como Conselho Nacional da Magistratura, introduzido no art. 112, da Constituição de 1967/1969, mas que permitiu o aprofundamento pelo Judiciário dos vícios e corporativismos que vinham desde a época da colônia.

A idéia de controle, ou seja, do ato de controlar e ser controlado, historicamente, foi recebido com muita resistência em todas as relações da sociedade, mesmo nas relações familiares, como por exemplo, nas relações entre pais e filhos. Na maioria das vezes, se vincula, erroneamente, a noção de controle à ausência de independência, de autonomia e da própria liberdade, tal como ocorreu durante os debates sobre a criação do Conselho. Entretanto, o Conselho Nacional de Justiça jamais foi visto de outro ângulo, mais positivo, mais real, atentando-se para a concretização de um dos objetivos fundamentais da República Federativa do

Brasil, qual seja, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, prevista no inciso I, do art. 3º, da Constituição Federal (BRASIL, 2010.c, p. 2).

A composição híbrida do Conselho Nacional de Justiça, diferentemente da composição do antigo Conselho Nacional da Magistratura, deve ser visto não como uma quebra do pacto federativo, mas como a promoção do verdadeiro Estado Democrático de Direito, permitindo que o controle do Poder Judiciário e, como aqui sustentado, da Administração Pública direta ou indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, seja feito de forma legitimamente democrática, com representantes da magistratura, dos diversos tribunais que compõem o Poder Judiciário, dos Ministérios Públicos, da Advocacia e da Sociedade, nomeados pelo Poder Executivo, após aprovação do Legislativo. É a integração de todos os Poderes, garantindo uma verdadeira composição democrática.

Isto, contudo, não significa dizer que o Conselho Nacional de Justiça está isento de vícios, de posturas por vezes autoritárias ou de qualquer controle. Seria possível tecer aqui inúmeras críticas à atuação do Conselho Nacional de Justiça, tais como, a pretensão de simetria de procedimentos a nível nacional, ignorando que o país é um continente e, como tal, possui inúmeras diversidades regionais, notadamente, diversidades culturais, representando obstáculos intransponíveis para essa pretensão, ou mesmo, a extrapolação do seu poder regulamentar. Mas o que se pode notar, na verdade, é que nem mesmo os membros do próprio Conselho Nacional de Justiça conseguiram perceber as suas verdadeiras atribuições constitucionais.

E uma dessas atribuições constitucionais que aqui se defende, diz respeito justamente ao acesso à jurisdição constitucional, por meio da propositura das ações diretas de controle de constitucionalidade, obviamente, com a sua inclusão, por Emenda Constitucional, no rol de legitimados do art. 103, da Carta Maior. Como dito, essa atribuição é perceptível por meio da interpretação sistemática de uma de suas atribuições, prevista no inciso II, §4º, do art. 103-B, da Constituição Federal, ou seja, do seu dever de zelar pela observância do art. 37, que prevê a obediência pela Administração Pública de todos os Poderes, dos princípios

da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, estes vistos como fundamentos da própria organização do Estado.

A pressuposição hermenêutica aqui utilizada, como bem retrata Ferraz Jr. (2003, p. 288-289), é a da unidade do sistema jurídico do ordenamento, no qual se enfrenta a questão de compatibilidade num todo estrutural, ocorrendo um paralelo entre a teoria da fonte e a teoria da interpretação, com a interpretação harmônica entre o preceito destacado, ou seja, a atribuição conferida ao Conselho Nacional de Justiça, e os princípios gerais do sistema, preservando a coerência do todo.

Vale dizer também que a idéia de defesa e preservação do Texto Constitucional, representando verdadeiro direito fundamental, implícito no ordenamento jurídico, é dever de todos os órgãos, entes e pessoas, em razão da consolidação da supremacia da Constituição. Basta observar as constantes pressões doutrinárias, no sentido de se atribuir legitimidade a qualquer cidadão para deflagrar as ações diretas de controle de constitucionalidade.

Conforme analisa José Afonso da Silva, a participação popular representa um dos pilares da democracia, concluindo que a legitimação cidadã para agir deve ser a mais ampla possível. Ensina o mencionado autor:

A democracia, em verdade, repousa sobre dois princípios fundamentais ou primários, que lhe dão a essência conceitual: (a) o da soberania popular, segundo o qual o povo é a única fonte do poder, que se exprime pela regra de que todo o poder emana do povo; (b) a participação, direta ou indireta, do povo no poder, para que este seja efetiva expressão da vontade popular; nos casos em que a participação é indireta, surge um princípio derivado ou secundário: o da representação (SILVA, 2002, p. 131).

Assim, parcela significativa da doutrina tem se posicionado no sentido de ser possível os sujeitos participantes do processo democrático se voltarem contra qualquer hipotética violação aos ditames da norma constitucional por parte da normatividade ordinária, sendo necessária a participação do cidadão. Neste sentido, Peter Häberle preconiza modelo interpretativo que prestigia a participação do titular de direitos políticos, ou seja, o cidadão, no processo de jurisdição constitucional, *in verbis*:

Povo não é apenas um referencial quantitativo que se manifesta no dia da eleição e que, enquanto tal, confere legitimidade democrática ao processo

de decisão. Povo é também um elemento pluralista para a interpretação que se faz presente de forma legitimadora no processo constitucional: como partido político, como opinião científica, como grupo de interesse, como cidadão. (...) Dessa forma, os Direitos Fundamentais são parte da base de legitimação democrática para a interpretação aberta tanto no que se refere ao resultado, quanto no que diz respeito ao círculo de participantes (Beteiligtenkreis). Na democracia liberal, o cidadão é intérprete da Constituição! (HÄBERLE, 1997, p. 37).

No entanto, os argumentos utilizados para afastar essa idéia de legitimação popular, quase que integralmente, estão vinculados à questão meramente material. Ou seja, buscam-se formas não de ampliar o acesso à jurisdição constitucional, mas, contrariamente, de restringir em nome do princípio da celeridade e economia processual, restringindo a atuação da Corte Maior a um número reduzido de causas.

Não parece adequado barrar o acesso à jurisdição constitucional em tempos de constitucionalização do direito, fenômeno este associado a um efeito expansivo das normas constitucionais, irradiando-se com força normativa os conteúdos materiais e axiológicos por todo o sistema jurídico. Outro exemplo dessa nítida restrição, como meio de solucionar as carências materiais da Corte Máxima, diante do crescente aumento de causas que envolvem questões constitucionais, como forma de promover a concentração de esforços nos temas fundamentais, evitando que a capacidade de trabalho do Tribunal seja consumida por uma infinidade de questões menores, ocorre com mais intensidade no controle difuso de constitucionalidade, no qual se exige, paradoxalmente, como um dos requisitos do recurso extraordinário, a repercussão geral da matéria.

Bem, admitida então a viabilidade da proposta do presente estudo, como trabalho, em regra, inerente às atividades de criar, inovar, modificar, criticar, extinguir, cabe ao autor oferecer propostas, fórmulas, soluções, de modo a permitir a efetiva adequação da sua lógica. Assim, torna-se fundamental a análise da proposta aqui defendida dentro de um contexto ainda maior, não apenas dentro da apreciação da sua viabilidade constitucional, legal, institucional e democrática. É importante, sobretudo, a sua análise também no contexto procedimental, em que se observam os requisitos, os limites e os impedimentos.

Como já afirmado, a inclusão do Conselho Nacional de Justiça no rol de legitimados para a propositura das ações diretas de controle de constitucionalidade,

previsto no art. 103, da Constituição Federal, é possível por meio de Emenda à constituição, seguindo as diretrizes estabelecidas no art. 60, da Constituição Federal.

O art. 82, do Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB, 1994), prevê uma espécie de procedimento interno para as indicações de ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade, que, de certa forma, poderia ser adotado para a concretização da proposta aqui defendida, ou seja, disciplinando o ajuizamento das ações diretas de controle de constitucionalidade pelo Conselho Nacional de Justiça.

O dispositivo acima determina que, para a aferição da relevância da defesa dos princípios e normas constitucionais, as indicações de ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade submetem-se ao juízo de admissibilidade da Diretoria.

Indaga-se, desta forma, considerando a alteração do Texto Constitucional mediante Emenda, permitida a propositura das ações diretas de controle de constitucionalidade pelo Conselho Nacional de Justiça, como seria o procedimento, no âmbito deste órgão, para o ajuizamento dessas ações? Analisando o procedimento estabelecido pelo Regulamento Geral da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil, bem como utilizando-o como base para as alterações do Regimento Interno do Conselho Nacional de Justiça, o procedimento no âmbito do Conselho Nacional de Justiça seria simples.

Como já oportunamente dito, o Conselho Nacional de Justiça, consoante prevê o art. 103-B, da Constituição Federal (BRASIL, 2010.c, p. 128), compõe-se de 15 (quinze) membros com mandato de 02 (dois) anos. Consoante estabelece o art. 2º, do seu Regimento Interno (BRASIL, 2010), integram o Conselho Nacional de Justiça o Plenário, a Presidência, a Corregedoria Nacional de Justiça, os Conselheiros, as Comissões, a Secretaria-Geral, o Departamento de Pesquisas Judiciárias, o Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas e a Ouvidoria.

Assim, poderia qualquer Conselheiro fazer as indicações de ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade diretamente ao Plenário do Conselho Nacional de Justiça. O presidente do Conselho Nacional de Justiça designaria o

relator, que poderia suscitar preliminar de inadmissibilidade perante o Plenário, caso não encontrasse norma ou princípio constitucional violados pelo ato normativo.

Aprovado o ajuizamento da ação pelo Plenário, pelo *quorum* de dois terços dos Conselheiros, a propositura desta caberia ao Presidente do Conselho Nacional de Justiça, diante da sua atribuição de representar o Conselho perante quaisquer órgãos e autoridades, prevista no art. 6º, inciso III, do Regimento Interno (BRASIL, 2010).

Surgem, então, dúvidas que não poderiam deixar de ser consideradas quando se propõem as modificações aqui defendidas. Considerando que o Conselho Nacional de Justiça é presidido pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal, conforme previsão do §1º, do art. 103-B, da Constituição Federal (BRASIL, 2010.c, p. 129), e, nas suas ausências e impedimentos, pelo Vice-Presidente do Supremo Tribunal Federal, bem como considerando que pertence ao Supremo Tribunal Federal a competência para processar e julgar, originariamente, as ações diretas de controle de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, haveria alguma espécie de impedimento ou suspeição do Presidente do Conselho Nacional de Justiça para deflagrar a ação direta? Ou mais: haveria alguma espécie de impedimento ou suspeição do Presidente do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar a ação direta proposta pelo Conselho Nacional de Justiça, ou seja, por ele mesmo?

As respostas para essas indagações parecem estar presentes no próprio Texto Constitucional, no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e nas regras de processuais cíveis sobre impedimentos e suspeições dos juízes. É certo que até a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, o Presidente do Conselho Nacional de Justiça, em tese, não possui nenhum impedimento. Esse impedimento parece surgir após a propositura da ação direta, haja vista a sua competência para processá-la e julgá-la no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

O art. 134, do Código de Processo Civil (2011, p. 425), estabelece os casos em que é defeso ao juiz exercer as suas funções no processo contencioso e voluntário, dentre elas, nos processos em que for parte, consoante inciso I, do mesmo dispositivo. Já o art. 14, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal

(BRASIL, 2010.d), estabelece que “o Vice-Presidente substitui o Presidente nas licenças, ausências e impedimentos eventuais”.

Desta forma, sendo o Presidente do Conselho Nacional de Justiça o autor da ação direta de inconstitucionalidade, o mesmo não poderia atuar no Supremo Tribunal Federal no processamento e julgamento da referida ação, sendo, portanto, substituído pelo Vice-Presidente da Corte Máxima, até para fins de proferir o voto de qualidade, previsto no art. 13, inciso IX, alínea “a”, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

Entretanto, se a ação direta de inconstitucionalidade for proposta pelo Vice-Presidente do Supremo Tribunal Federal, quando estiver substituindo o Presidente do Conselho Nacional de Justiça, nas ausências e impedimentos deste, não poderiam o Presidente e o Vice-Presidente da Corte Maior atuar no processamento e julgamento da referida ação, utilizando-se, neste caso, a regra prevista no art. 37, inciso I, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2010.d), ou seja, os mesmos seriam substituídos pelos demais Ministros na ordem decrescente de antiguidade.

Outra questão que merece atenção no presente estudo, diz respeito ao requisito jurisprudencialmente exigido pelo Supremo Tribunal Federal para a propositura das ações diretas de controle de constitucionalidade. Trata-se da necessidade da pertinência temática entre o objeto da ação com a defesa dos interesses específicos do legitimado. Ao que parece, trata-se de mais uma forma de restrição do acesso à jurisdição constitucional, destoando dos atuais posicionamentos da própria Corte quanto à necessidade de interpretação plural e aberta da Constituição (HÄBERLE, 1997, p. 21-22).

No atual sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal consolidou uma distinção entre duas categorias de legitimados, são eles: os legitimados universais, tais como o Presidente da República, as Mesas do Senado e da Câmara, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e o Partido Político com representação no Congresso Nacional; e os legitimados especiais, ou seja, órgãos ou entidades cuja atuação é restrita às questões que repercutem diretamente sobre sua esfera jurídica ou de seus filiados e em relação às quais

possam atuar com representatividade adequada, tais como o Governador do Estado ou do Distrito Federal, a Mesa de Assembleia Legislativa ou a Câmara Legislativa do Distrito Federal, a Confederação Sindical ou Entidade de Classe de âmbito nacional.

Resta, então, saber se seria necessário também o requisito da pertinência temática para a propositura das ações diretas pelo Conselho Nacional de Justiça. Em princípio, seria possível afirmar que, diante da competência atribuída ao Conselho Nacional de Justiça para “o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes”, tal como previsto no §4º, do art. 103-B, da Constituição Federal (BRASIL, 2010.c, p. 130), segundo a qual se extrai uma espécie de fiscalização de classe (magistrados), seria necessário o requisito da pertinência temática.

Entretanto, valendo-se mais uma vez da modalidade de interpretação sistemática, analisando-se as atribuições do Conselho Nacional de Justiça como um todo, ou seja, dentro de todo o ordenamento jurídico, é possível se afirmar a desnecessidade deste requisito, ou seja, não seria necessária a existência de pertinência temática entre o objeto da questão constitucional e o Conselho Nacional de Justiça, haja vista tratar-se de órgão especial, de atuação voltada não só ao Poder Judiciário, mas, em tese, a todos os órgãos da Administração Pública Direta ou Indireta, consoante se denota da leitura do inciso II, do §4º, do art. 103-B, da Constituição Federal (BRASIL, 2010.c, p. 130), zelando pelos princípios do art. 37, da Constituição Federal e, ao que parece, pela Administração da Justiça.

Enfim, pela idéia aqui defendida, é possível a inclusão do Conselho Nacional de Justiça, mediante Emenda Constitucional, no rol de legitimados para a propositura das ações diretas de controle de constitucionalidade, previsto no art. 103, da Constituição Federal, com procedimento, analogicamente, comparado ao do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e sem a necessidade de pertinência temática para a deflagração desses mecanismos, haja vista a amplitude de atribuições que lhes foram conferidas pelo legislador, da qual se extraem, por interpretação sistemática, dentre outros, as suas finalidades precípua de defesa da Constituição, da Ordem Jurídica, do Estado Democrático de Direito, da Justiça Social, bem como a preservação da boa aplicação da lei e da rápida administração da justiça.

4. O CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA E O CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE

4.1 Pressupostos objetivos e subjetivos do controle difuso de constitucionalidade.

Como já dito anteriormente, adota-se no Brasil o controle jurisdicional da constitucionalidade de leis, admitindo-se a fiscalização difusa e concentrada. Enquanto no controle abstrato o objetivo não é a proteção de pretensão de caráter individual ou coletivo, tratando-se de um processo objetivo, sem partes, destinado à preservação da Constituição por meio da expulsão da norma inconstitucional, no controle difuso o processo é subjetivo, há partes, cujo pedido imediato é a tutela da pretensão de direito material, sendo a declaração de inconstitucionalidade de determinada lei o pedido mediato, não sofrendo limitação a legitimidade para o seu exercício, apenas decorrendo da relação jurídica material.

No controle concentrado, haja vista a incoerência de pretensão resistida, inexistente lide e os fundamentos da causa de pedir não limitam a atuação do Supremo Tribunal Federal. No controle difuso, de forma incidental, o objetivo é afastar a aplicação de norma inconstitucional que produz consequências desfavoráveis para a parte, não sofrendo limitação a legitimidade dos órgãos jurisdicionais, não havendo restrição à apreciação do ponto constitucional, ou seja, esta modalidade de controle é mais ampla.

No Brasil, o controle jurisdicional de constitucionalidade permaneceu exclusivo até a edição da Emenda Constitucional nº. 16, de 26 de novembro de 1965 (BRASIL, 1965), momento em que, através da outorga do monopólio da chamada representação de inconstitucionalidade de lei federal ou estadual em face da Constituição Federal ao Procurador-Geral da República, se introduziu o controle concentrado de normas.

Na Constituição Federal em vigor a fiscalização difusa de leis foi adotada em toda sua plenitude, não sendo possível, nem mesmo por processo de interpretação do texto constitucional, a sua limitação pelo legislador.

Fundamentando-se em diversos enunciados, de forma explícita ou implícita, o controle difuso de constitucionalidade de leis abarca parte considerável do texto constitucional.

Assim, qualquer tipo de lide, independentemente do seu objeto, dos respectivos fundamentos ou dos sujeitos que nela figurem, estará sujeita ao controle jurisdicional, se contemplar questão constitucional, fato corroborado pelo art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal (BRASIL, 2010.c, p. 12), que prevê a não exclusão da lesão ou ameaça a direito da apreciação pelo Poder Judiciário.

Quando da conduta inconstitucional de agentes públicos ocorrer o dano ou a iminência deste, sem qualquer restrição, haverá o controle difuso de constitucionalidade. Sem dúvida, o controle difuso de constitucionalidade também encontra fundamento no direito constitucional do contraditório e da ampla defesa, ou seja, a arguição de inconstitucionalidade da lei poderá, como questão incidental, ser suscitada por qualquer das partes litigantes.

Outro fundamento da fiscalização difusa de constitucionalidade das leis encontra respaldo no art. 52, inciso X, da Constituição Federal, que estabeleceu a possibilidade do Senado Federal, após a declaração de inconstitucionalidade por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, suspender no todo ou em parte a execução da lei. Isto porque, no controle concentrado, a decisão do Supremo Tribunal Federal possui efeito vinculativo e eficácia contra todos, ou seja, apenas no controle difuso há a necessidade de intervenção do Senado Federal para suspensão da lei declarada inconstitucional.

O art. 102, inciso III, da Constituição Federal (BRASIL, 2010.c, p. 125), instituindo o Supremo Tribunal Federal como seu guardião, estabeleceu como competência desta Corte Máxima o julgamento, mediante recurso extraordinário, das causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida contrariar dispositivo constitucional, declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição ou julgar válida lei local contestada em face de lei federal, extraindo-se, desta forma, mais um fundamento da fiscalização difusa.

A controvérsia sobre a validade da lei, no controle difuso, manifesta-se diante de uma lide, ou seja, diante de uma situação concreta, no curso de um

processo jurisdicional ocorre a arguição de inconstitucionalidade, podendo surgir com o ajuizamento da demanda, com a resposta do réu ou em outro momento posterior.

Com base na lei taxada de inconstitucional, o interessado insurge-se contra a conduta praticada ou que se deseja realizar ou contra o ato jurídico, ou seja, não é impugnada diretamente a norma geral e abstrata ou a fonte formal na fiscalização difusa, sendo a tutela de direito que envolva a aplicação da lei supostamente inconstitucional o objetivo da ação, ou seja, a inconstitucionalidade aparece não como objeto do pedido, mas como fundamento jurídico do pedido ou da resposta do réu.

A vinculação a uma situação jurídica subjetiva, ou seja, nas situações em que as relações jurídicas entre administrados e o Poder Público ou entre particulares podem ser alcançadas pela alegação de inconstitucionalidade, caracteriza o controle incidental de inconstitucionalidade que pode ocorrer em processos de qualquer natureza, seja de conhecimento, de execução ou cautelar, em ação de rito ordinário, sumário, ação especial ou ação constitucional.

No ordenamento jurídico brasileiro, a alegação de inconstitucionalidade era admitida tão-somente como fundamento de defesa, no qual, para poder arguir a inconstitucionalidade como fundamento de sua resposta, o interessado deveria adotar um comportamento passivo, ou seja, aguardava que a autoridade postulasse judicialmente a aplicação do ato, para então pedir ao juiz que não aplicasse a lei reputada inconstitucional, sendo por isso denominado de controle judicial por via de defesa ou por via de exceção.

Depois, o sistema de fiscalização difusa ampliou-se gradativamente, passando a admitir a discussão sobre a inconstitucionalidade da norma como fundamento jurídico do pedido, ou seja, já na petição inicial, de forma incidental, tornando-se a hipótese mais corriqueira em razão da multiplicação de ações constitucionais e dos mecanismos de tutela preventiva.

No controle difuso, exercido no desempenho normal da função judicial, consistente na interpretação e aplicação do Direito para a solução de litígios, a questão constitucional é um antecedente lógico, no qual o teor da decisão final da questão principal que versa sobre uma situação objetiva é influenciada pela sua

resolução, constituindo-se em questão prejudicial do processo, ou seja, ela precisa ser decidida previamente, como pressuposto lógico e necessário da solução do problema principal. Pode, entretanto, em face da ausência de dissenso sobre a validade de norma jurídica, inexistir questão constitucional, ou seja, havendo concordância das partes sobre a invalidade da norma que incidiu sobre a situação fática do processo não haverá questão constitucional.

A questão constitucional além de poder ser suscitada no controle difuso de constitucionalidade pelas partes, autor ou réu, pelos terceiros intervenientes e pelo Ministério Público, seja atuando como parte ou *custos legis*, ocorrendo nos autos do processo jurisdicional, ou seja, diante de uma situação concreta e não em abstrato, por se tratar de matéria de ordem pública, pode ser reconhecida de ofício pelo órgão jurisdicional.

Destaca-se que pode o órgão judicial suscitar a inconstitucionalidade de norma aplicável à hipótese na instância ordinária, tanto em primeiro como em segundo grau de jurisdição, não se operando a preclusão. Entretanto, a possibilidade de declaração de ofício da inconstitucionalidade, em sede de recurso extraordinário, deve observar o prequestionamento da matéria constitucional.

Apenas o Poder Judiciário detém a competência constitucional para reconhecer a invalidade de lei perante a Constituição Federal, sendo competente para declarar a inconstitucionalidade, em sede de controle incidental de inconstitucionalidade, o órgão autorizado pela Constituição Federal ou pela legislação processual civil para processar e julgar a causa, ou seja, por se tratar de atribuição inerente ao desempenho normal da função jurisdicional, qualquer juiz ou tribunal, pode exercer o controle de constitucionalidade de modo difuso.

Consoante o art. 97, da Constituição Federal (BRASIL, 2010.c, p. 118), no qual se estabelece que os tribunais somente poderão declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial, caracterizando-se o princípio da reserva de plenário, é possível perceber o exercício com mais plenitude e singeleza do juízo monocrático de primeiro grau no controle de constitucionalidade incidental da norma.

Assim, pelo princípio da reserva de plenário, introduzida no ordenamento jurídico brasileiro pela Constituição de 1934, a declaração incidental de inconstitucionalidade pelos tribunais é vedada aos órgãos fracionários, como câmaras ou turmas, sujeitando-se os tribunais de segundo grau e os superiores a um procedimento específico instituído pelos arts. 480 a 482, do Código de Processo Civil (2011, p.456), ou seja, a cláusula de reserva visa atribuir maior grau de certeza à decisão de inconstitucionalidade proferida por órgão colegiado, sendo considerada como condição de eficácia da decisão e não como norma de competência.

Neste sentido, posiciona-se Lúcio Bittencourt:

O art. 200 da Constituição não tem outro efeito senão o de condicionar a eficácia da decisão declaratória de inconstitucionalidade ao voto – nem mesmo à presença, mas ao voto, pronunciado pela forma que a lei ordinária estabelecer – da maioria dos membros do tribunal. O referido preceito não é, em si mesmo, nem uma regra de funcionamento, nem uma norma de competência: estabelece apenas uma condição de eficácia.

Não se aplica, contudo, tal condicionamento ao reconhecimento da revogação de lei infraconstitucional em face do advento de nova Constituição ou de promulgação de Emenda Constitucional, posto que se trata de questão que não se resolve no plano de validade da norma, mas no plano intertemporal, deixando a lei de ter vigência.

Também na hipótese de declaração de constitucionalidade de lei ou ato normativo não se aplica o princípio da reserva do plenário, podendo, neste caso, a câmara, turma, seção ou outro órgão fracionário do tribunal prosseguir no julgamento, sem a necessidade de encaminhar ao plenário a questão constitucional.

Considerando que ao afastar a incidência de uma norma por considerá-la inconstitucional, o órgão julgador estará procedendo a uma declaração de inconstitucionalidade, deverá ser observada a cláusula de reserva de plenário, ou seja, em se tratando de decisão proferida por tribunal, somente poderá ser declarada inconstitucional, por maioria absoluta, pelo plenário ou pelo órgão especial.

4.2 O Procedimento adotado para a declaração de inconstitucionalidade no controle difuso perante o Supremo Tribunal Federal.

Primeiramente, a declaração incidental de inconstitucionalidade é feita perante órgão fracionário do tribunal e, posteriormente, será feita perante o pleno ou órgão especial, nos termos dos arts. 480 e 481, do Código de Processo Civil (2011, p. 456).

Assim, o relator, arguida a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, após ouvir o Ministério Público, submeterá a questão à turma ou câmara responsável pelo conhecimento do processo. Prosseguirá o julgamento, se a alegação for rejeitada, com a aplicação da norma questionada, cuja eficácia não foi afetada. Se, entretanto, for acolhida a arguição de inconstitucionalidade, o acórdão será lavrado, submetendo-se a questão ao plenário do tribunal, ficando suspenso o processo no órgão fracionário. O julgamento será retomado no órgão fracionário observando a decisão proferida pelo tribunal, ou seja, aplicando-se ou não a norma ao caso concreto.

Caso o plenário do tribunal, o órgão especial ou o plenário do Supremo Tribunal Federal já tenha feito pronunciamento sobre a questão, não será necessário os órgãos fracionários submeter novamente a questão aos mesmos.

Importante dizer que poderão manifestar-se no incidente de inconstitucionalidade, mediante requerimento e observados os prazos e condições estabelecidas no Regimento Interno do Tribunal, o Ministério Público e as pessoas jurídicas de direito público responsáveis pela edição do ato questionado. Também poderão manifestar-se, por escrito, sobre a questão constitucional objeto de apreciação pelo órgão especial ou pelo pleno do tribunal, os legitimados para a propositura das ações previstas no art. 103, da Constituição Federal, sendo-lhes assegurado o direito de apresentar memoriais ou de pedir a juntada de documentos, observando os prazos fixados no Regimento Interno do tribunal.

Poderá ainda o relator, por despacho irrecorrível, admitir a manifestação de outros órgãos ou entidades, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, identificando-se esta possibilidade com a figura do *amicus curiae*, tal como previsto na Lei nº. 9.868/99 (BRASIL, 1999), ao

disciplinar a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade.

Cabe dizer que, no controle incidental realizado perante o tribunal, quando o pleno ou o órgão especial decide a questão constitucional, cabendo ao órgão fracionário, fundado na premissa estabelecida no julgamento da questão prejudicial, julgar o caso concreto, opera-se uma espécie de cisão funcional da competência, conforme leciona José Carlos Barbosa Moreira:

Ocorre julgamento *per saltum*: a competência fica cindida, segundo critério funcional, entre o órgão julgador do recurso ou da causa e o órgão a que vai caber o exame da questão suscitada como premissa da decisão. Em última análise, será julgado por dois órgãos distintos o recurso ou a causa, pronunciando-se cada qual sobre um aspecto da matéria. A decisão final resultará da integração de ambos os pronunciamentos: exemplo típico de decisão subjetivamente complexa (MOREIRA, 1998, p. 34-35).

Não há procedimento previsto na legislação processual para a declaração incidental da inconstitucionalidade da lei, nos órgãos jurisdicionais de primeiro grau de jurisdição, bastando a arguição da questão constitucional pelo autor, pelo réu, pelo Ministério Público ou a pronúncia de ofício pelo juiz para que haja o exercício do controle difuso de constitucionalidade da lei ou ato normativo.

A questão constitucional poderá ser conhecida e decidida pelo Tribunal Pleno ou pelo órgão especial em qualquer momento que exerça a sua atividade cognitiva, sem restrição de ordem procedimental, haja vista que estes não estão submetidos ao regramento do Código de Processo Civil, devendo observância apenas à norma do art. 97, da Constituição Federal, não ocorrendo o mesmo em relação ao órgão fracionário do tribunal, que se sujeita à disciplina da legislação processual civil.

É irrelevante o tipo de inconstitucionalidade alegada, sendo a lei ou o ato normativo federal, estadual, distrital ou municipal o objeto da fiscalização incidental. Em qualquer das fases do processo poderá ser manifestada a arguição de inconstitucionalidade, até mesmo na sessão de julgamento em sustentação oral, sendo o encerramento da votação o limite temporal.

Como já dito, a legitimidade para a arguição da inconstitucionalidade perante o órgão fracionário será de qualquer das partes do processo, assistente ou Ministério Público, seja como parte ou como *custos legis*, podendo, ainda, ocorrer de ofício pelo órgão jurisdicional. Vale dizer que, salvo na hipótese de ter arguido a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo, ou ter emitido parecer sobre o recurso, o Ministério Público necessariamente se manifestará sobre a questão constitucional suscitada.

Ocorrerá o prosseguimento do julgamento pela Turma no caso de rejeição da arguição, seja por improcedência, quando inexistir vício de inconstitucionalidade, seja por inadmissibilidade, ou seja, no caso de rejeição não haverá remessa dos autos ao Pleno ou Órgão Especial. Haverá, no entanto, a cisão funcional do julgamento, caso a arguição seja acolhida, ou seja, caberá ao pleno ou ao órgão especial o exame da constitucionalidade ou inconstitucionalidade da lei, e ao órgão fracionário, com base no julgamento da questão prejudicial, caberá a decisão sobre a questão principal.

A atividade de cognição do pleno ou do órgão especial não está limitada pelos fundamentos jurídicos da inconstitucionalidade invocada, entretanto, decidirá a arguição de inconstitucionalidade observando os limites de acolhimento pelo órgão fracionário.

A inconstitucionalidade somente poderá ser declarada se observado o *quorum* constitucionalmente exigido, isto é, pela maioria absoluta dos juízes do Tribunal, pois, caso contrário, a mesma não poderá ser declarada, ainda que exista entendimento majoritário sobre a questão.

Não caberá recurso da decisão do pleno ou do órgão especial, com exceção dos embargos de declaração, podendo a questão constitucional ser impugnada quando da interposição de recurso contra o acórdão do órgão fracionário que vier a julgar o caso concreto.

O processamento e julgamento da arguição de inconstitucionalidade no Superior Tribunal de Justiça, matéria regulada pelo Regimento Interno deste Tribunal, será da competência da Corte Especial, que, ao receber a arguição acolhida pela Seção ou Turma, concederá vistas pelo prazo de quinze dias ao representante do Ministério Público, para então concluir o julgamento da questão

constitucional, observando o *quorum* da maioria absoluta, devolvendo os autos para a Turma ou Seção prosseguir no julgamento da causa.

Já com relação à declaração de inconstitucionalidade incidental perante o Supremo Tribunal Federal, importa dizer que o procedimento é regulado pelo Regimento Interno do Tribunal, ou seja, não há obediência às normas do Código de Processo Civil. A Turma será competente para a apreciação da arguição de inconstitucionalidade de processo em tramitação, devendo submeter o feito à apreciação do Plenário no caso de acolhimento da arguição, independentemente da lavratura do acórdão, depois de ouvido o Ministério Público. Ao contrário do que ocorre com o procedimento regulado na lei processual civil, tanto a questão prejudicial de inconstitucionalidade, quanto a questão principal da lide, serão julgadas pelo Plenário, não havendo a devolução do processo para julgamento pela Turma.

No julgamento de causas de competência originária ou recursal do Supremo Tribunal Federal, pode haver o exercício do controle difuso de constitucionalidade das leis por este Órgão. Assim, o Supremo Tribunal Federal apreciará, no julgamento de causas de sua competência originária, a arguição incidental sobre a constitucionalidade de lei ou ato normativo.

Em se tratando do julgamento de causas de sua competência recursal, poderá ocorrer no julgamento do recurso ordinário constitucional ou no julgamento do recurso extraordinário, a certificação da validade ou da invalidade de lei ou ato normativo.

Com origem no sistema norte-americano, o ingresso do recurso extraordinário ocorreu em nosso ordenamento jurídico com a proclamação da república. Entretanto, foi com o advento da Constituição de 1988 que o recurso extraordinário ganhou um novo perfil, reservando-se apenas à apreciação de questões constitucionais, transferindo as demais questões infraconstitucionais para o âmbito do Recurso Especial.

Importante alteração promovida pela Emenda Constitucional nº. 45/2004 (BRASIL, 2004), diz respeito à transferência, ao Supremo Tribunal Federal, da competência reservada ao Superior Tribunal de Justiça, pela via do recurso especial, para julgamento da validade de lei local contestada em face de lei federal, sob o

argumento de que, na maioria das vezes, o conflito entre lei local e lei federal envolve questão relativa à divisão constitucional de competências legislativas entre entes da federação, sendo, portanto, matéria constitucional.

A doutrina, entretanto, argumentou sobre a necessidade de divisão de funções entre as duas espécies de recursos, ou seja, entre o recurso especial e o extraordinário, sendo válido conferir os argumentos, *in verbis*, de Luís Roberto Barroso sobre o tema:

No entanto, talvez não seja possível remeter à Constituição todos os conflitos entre lei local e lei federal. Nos casos de competências legislativas concorrentes, o choque pode decorrer, não propriamente de uma invasão de competências, mas sim de mera incompatibilidade entre determinado regramento específico e as normas gerais pertinentes. A consequência ainda será a invalidade da norma local, mas não seria possível vislumbrar uma ofensa direta à Constituição. Dessa forma, a prevalecer a lógica implícita de divisão de funções entre os recursos extraordinário e especial, seria razoável admitir que tal hipótese devesse ensejar o cabimento do segundo e não do primeiro (BARROSO, 2009, p. 103).

Inobstante a discussão doutrinária instalada pela alteração produzida pela Emenda Constitucional nº. 45/2004, referente a citada transferência de competências, não foi estabelecida pelo Constituinte qualquer distinção entre as duas situações, prevalecendo a competência do Supremo Tribunal Federal em todos os casos de conflito entre a lei local e a lei federal.

Enquanto os recursos ordinários, também denominados de recursos de direito estrito, apresentam uma forma menos rigorosa, não apresentando rigorosos pressupostos de admissibilidade, bastando a mera sucumbência para configurar o interesse em recorrer, comportando discussão de matéria de fato e de direito, direcionados a Tribunais locais ou regionais, o recurso extraordinário, denominado de recurso excepcional, apresenta características mais complexas e limitativas.

Assim, o recurso extraordinário, além de exigir o prévio esgotamento das instâncias ordinárias, não se destina a corrigir suposta injustiça da decisão, ou seja, não comporta apreciação da matéria fática, apresentando sistema de admissibilidade desdobrado ou bipartido, ou seja, apresenta uma cisão entre o juízo de admissibilidade e o juízo de mérito. Também o recurso extraordinário tem seus pressupostos de admissibilidade regulados pela Constituição e não pela lei infraconstitucional, exigindo o prequestionamento da matéria constitucional.

Tendo em vista a função constitucional atribuída ao Supremo Tribunal Federal de guardião da Constituição, atuando como órgão de cúpula do Poder Judiciário, ao processar e julgar um recurso extraordinário, esse órgão deve apenas se manifestar sobre questões de grande relevância nacional, tais como as questões constitucionais, razão pela qual o remédio constitucional somente poderá ser interposto contra decisão judicial após o esgotamento de todos os meios ordinários de impugnação.

Pela mesma razão e considerando que o recurso extraordinário possui a finalidade de tutelar diretamente a Constituição, protegendo, por via reflexa o direito subjetivo da parte recorrente, tal recurso não se presta a revisar decisões judiciais ou corrigir supostas injustiças da decisão, ou seja, não basta a simples sucumbência para que surja o interesse de recorrer, sendo necessária a existência de uma questão constitucional.

Assim, o recurso extraordinário tem cognição limitada às questões de direito, relacionada à eficácia, vigência ou aplicação da Constituição, não se prestando ao reexame da prova produzida nos autos, ou seja, não pode ser utilizado para revisar matéria fática.

Sobre o tema, justifica Rodolfo de Camargo Mancuso:

Compreende-se que os recursos excepcionais não sejam vocacionados à mera revisão da matéria de fato; é que a indigitada injustiça daí defluente teria por causa uma afirmada má subsunção do fato à norma, errônea essa, todavia, corrigível pelos recursos comuns, mormente a apelação, que se caracteriza pela amplitude do efeito devolutivo, ao passo que o objetivo precípuo dos recursos extraordinário e especial volta-se à readequação do julgado recorrido aos parâmetros constitucionais ou do direito federal, comum, respectivamente, portanto remanescendo no plano do direito estrito.

No sistema de admissibilidade do recurso extraordinário, como já mencionado, ocorre uma distribuição do juízo de admissibilidade e do juízo de mérito, de forma diferenciada, entre o Tribunal *a quo* e o Tribunal *ad quem*, ou seja, há uma cisão entre esses dois juízos. Neste sentido, a análise dos pressupostos de admissibilidade do recurso, que são regulados pela Constituição, é realizada pelo presidente ou vice-presidente do Tribunal recorrido, não vinculando, entretanto, o Supremo Tribunal Federal, que poderá conhecer ou não do recurso extraordinário.

É possível a execução provisória do julgado impugnado pelo recurso extraordinário, uma vez que o mesmo não possui efeito suspensivo. Poderá, entretanto, o Presidente do Tribunal *a quo* ou o Ministro Relator do recurso, dependendo da situação, conceder medida cautelar inominada para suspender a execução do julgado hostilizado por meio do recurso extraordinário, como forma de evitar dano irreparável.

Requisito que decorre da própria natureza do recurso extraordinário, como recurso de direito, refere-se ao explícito prequestionamento da matéria constitucional, imprescindível para a admissibilidade do mesmo. Sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal já editou as súmulas 282 e 356, ambas versando sobre a necessidade do requisito do prequestionamento. Importante dizer, entretanto, as súmulas ora citadas foram editadas em 13 de dezembro de 1963, ou seja, antes da promulgação da Carta de 1988, em cujo texto não há previsão do requisito do prequestionamento no recurso extraordinário.

Parte da doutrina, considerando que a partir da Carta Constitucional de 1967, o requisito do prequestionamento para admissibilidade do recurso extraordinário deixou de ter previsão constitucional, entende que o mesmo é inadmissível, em razão da relevante omissão da Constituição.

Ao que parece, a Constituinte de 1988 não vislumbrou a necessidade de recepcionar tal requisito, haja vista que o objeto do recurso extraordinário é questão constitucional, ou seja, matéria de ordem pública e que não está sujeita à preclusão, podendo ser suscitada a qualquer momento. No entanto, a linha jurisprudencial adotada no Supremo Tribunal Federal continua no sentido da adoção das súmulas acima citadas, entendendo ser necessário o explícito prequestionamento da matéria constitucional nos juízos inferiores, sem o qual não poderá ser admitido o recurso extraordinário.

São quatro as hipóteses de cabimento do recurso extraordinário, previstas no art. 102, inciso III, da Constituição Federal (BRASIL, 2010.c, p. 125), das causas decididas em única ou última instância. Assim, será cabível o recurso extraordinário quando a decisão contrariar dispositivo da Constituição. A contrariedade aqui referida diz respeito àquela relacionada à finalidade do texto normativo, ou seja,

resultado do seu processo de interpretação e de compreensão, ou mesmo àquela relacionada com a própria violação do dispositivo constitucional.

Destaca-se, contudo, que para não ocorrer a inversão do procedimento, jamais se pode confundir o juízo de admissibilidade do recurso com o juízo de mérito, bastando a verificação pelo órgão jurisdicional do pressuposto da plausibilidade da alegação de contrariedade direta à Constituição.

O Supremo Tribunal Federal, ao processar e julgar o recurso extraordinário, realiza o controle difuso de constitucionalidade das leis e não o de legalidade, razão pela qual deve ser direta a contrariedade à Constituição Federal, não por via reflexa, ou seja, não é o direito ordinário o objeto do recurso, mas a violação ao texto constitucional. Desta forma, na aferição do pressuposto da contrariedade à constituição não pode haver a inserção de lei ordinária como elemento intermediário da ofensa, tendo em vista que esta deve recair diretamente sobre o Texto Constitucional.

No entanto, será suscetível de enquadramento na hipótese de contrariedade ao dispositivo da Constituição, configurando burla ao texto constitucional, a violação do direito infraconstitucional, nas situações em que o direito ordinário simplesmente repete o conteúdo de dispositivo constitucional.

Também será suscetível de apreciação via recurso extraordinário a decisão sem motivação, tendo em vista que a ausência de fundamentação viola o dispositivo constitucional da necessidade de motivação das decisões judiciais, princípio previsto no art. 93, inciso X, da Constituição Federal (BRASIL, 2010.c, p. 115).

Ainda de acordo com o Texto Constitucional, em seu art. 102, inciso III, alínea “b” (BRASIL, 2010.c, p. 125), será cabível o recurso extraordinário das decisões proferidas em única ou última instância, que declarar a inconstitucionalidade de tratado ou de lei federal, não se enquadrando nesse tipo legal a decisão que declara a constitucionalidade.

A terceira hipótese de cabimento do recurso extraordinário diz respeito ao julgamento de validade de lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição, ou seja, a contradição entre uma lei superior e outra local que resultar

na aplicação desta última, afastando a incidência da norma constitucional, será suscetível de impugnação pelo remédio constitucional.

A última hipótese de cabimento do recurso extraordinário, prevista no art. 102, inciso III, alínea “d” (BRASIL, 2010.c, p. 126), decorrente da alteração produzida pela Emenda Constitucional nº. 45/2004 (BRASIL, 2004), resultado de um desmembramento do recurso especial, refere-se ao julgamento de validade de lei local contestada em face de lei federal.

Outro requisito de admissibilidade do recurso extraordinário, inserido também pela Emenda Constitucional nº. 45/2004, diz respeito à repercussão geral da questão constitucional discutida, regulamentado pela Lei nº. 11.418, de 19 de dezembro de 2006 (BRASIL, 2006), devendo ser apresentado como preliminar do recurso, para apreciação exclusiva do Supremo Tribunal Federal.

A legislação, entretanto, não cuidou de estabelecer um conceito objetivo acerca da repercussão geral, criando um conceito indeterminado, cuja apreciação resultará de exercício da competência discricionária do Pretório Excelso. Neste caminho, a lei em tela, acrescentando, ao Código de Processo Civil, dispositivos que regulamentam o § 3º do art. 102 da Constituição Federal, estabeleceu que, para fins de repercussão geral, será considerada a existência ou não de questões relevantes do ponto de vista econômico, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa.

Com o fim de preservar a autoridade das decisões do Supremo Tribunal Federal e a uniformização da interpretação da Constituição, a lei estabeleceu que, tratando-se de impugnação de decisão contrária à súmula ou jurisprudência dominante da Corte Maior, haverá uma presunção absoluta da existência da repercussão geral.

No tocante ao *quorum* de dois terços para a não admissão do recurso pela ausência de repercussão geral, cumpre dizer que, considerando o número de ministros do Supremo Tribunal Federal, quando pelo menos quatro ministros da turma se manifestar pela existência da repercussão, tendo em vista que o *quorum* da não admissão jamais poderá ser atingido, será dispensada a remessa dos autos ao Pleno do Tribunal.

Sobre essa questão do *quorum* para a deliberação sobre a existência de repercussão geral, importante comentar a inovação produzida pela Emenda Regimental nº. 21, de 30 de abril de 2007 (BRASIL, 2007.c), editada pelo Supremo Tribunal Federal para regulamentar o processamento da repercussão geral, referente à manifestação do relator por meio eletrônico aos demais ministros. Assim, após o recebimento da manifestação do ministro relator, os demais ministros terão o prazo comum de vinte dias para se manifestar, também por via eletrônica. Considerar-se-á rejeitada a repercussão geral, caso o relator não receba, neste lapso temporal, o número suficiente de manifestações dos ministros, sendo firmada individualmente pelo relator a decisão denegatória. Por outro lado, admitida a presença da repercussão, após vista do Procurador-Geral, ao relator caberá julgar o recurso ou solicitar pauta para julgamento.

Com expressa menção à matéria discutida no recurso extraordinário, deve ser publicada a decisão monocrática ou do colegiado, inclusive com o teor da decisão sobre o conhecimento da repercussão geral.

Como forma de evitar a repetição do juízo de admissibilidade sobre idêntica matéria e como medida de preservação da celeridade processual, a Lei nº. 11.418/2006 estabeleceu a extensão da eficácia da decisão denegatória do exame do pressuposto de admissibilidade da repercussão geral, determinando o indeferimento liminar, salvo no caso de revisão da tese, dos recursos extraordinários que versam sobre matéria idêntica ao do recurso em que fora negada a existência de repercussão geral.

De igual sorte, ao receber recurso sobre matéria que apresente tendência a ser reproduzida em outros casos, o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal dispôs sobre a possibilidade do Relator ou Presidente comunicar aos demais tribunais ou turmas de juizado especial sobre a existência da possibilidade de repetição, para fins de sobrestamento dos recursos que versem sobre a mesma controvérsia, aguardando a manifestação da Corte Maior, conforme instituído no art. 543-B, do Código de Processo Civil (2011, p. 462).

Vale dizer ainda que caberá ao tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos, que versem sobre a mesma controvérsia, para encaminhar ao Supremo Tribunal Federal, sobrestando os demais recursos até a manifestação

desta Corte, pelo que, negada a existência de repercussão geral, serão automaticamente inadmitidos, entretanto, necessitará ser formalizada, dependendo de manifestação pelo Presidente do Tribunal de origem, facultando a interposição de agravo pelo recorrente.

A lei previu um juízo de retratação, consoante se percebe no art. 543-B, parágrafo 3º, do Código de Processo Civil (2011, p. 462), possibilitando ao tribunal de origem reconsiderar a decisão impugnada, no caso da decisão do Supremo Tribunal Federal acolher a pretensão deduzida no recurso extraordinário. De outra forma, o tribunal *a quo* julgará prejudicados os recursos sobrestados, caso o Supremo Tribunal Federal não acolha a tese recursal no remédio constitucional.

Merece destaque também a previsão legal da admissão da manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, no juízo de admissibilidade do recurso extraordinário, sem delimitação dos sujeitos e órgãos que poderão funcionar em tal qualidade, assemelhando-se à figura do *amicus curiae*, prevista na Lei nº. 9.868/99 (BRASIL, 1999), ou seja, como colaborador do órgão jurisdicional.

Por fim, importante dizer que o princípio da reserva de plenário será aplicado tanto no controle principal quanto no controle incidental. O plenário do Supremo Tribunal Federal julgará diretamente a causa, sem devolvê-la ao órgão fracionário, após decidir a prejudicial de inconstitucionalidade. Com o *quorum* constitucional de maioria absoluta, declarada incidentalmente a inconstitucionalidade, será feita a comunicação à autoridade ou ao órgão interessado e, após o trânsito em julgado, nos termos do art. 52, inciso X, da Constituição Federal (BRASIL, 2010.c, p. 86), ao Senado Federal.

4.3 Efeitos da decisão no controle difuso de constitucionalidade: o papel da resolução do Senado Federal e a questão da mutação constitucional.

Como já dito, o sistema difuso tem sua origem no sistema americano, ingressando no ordenamento jurídico brasileiro, a partir da Constituição Republicana, em 1891. Qualquer componente do Poder Judiciário é competente para conhecer da inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, haja vista que o controle difuso pode ser realizado no curso de qualquer ação, por via incidental e concreta.

É no regular desempenho da função jurisdicional que o controle incidental de inconstitucionalidade de leis é exercido. A declaração de inconstitucionalidade reveste-se de caráter prejudicial ao provimento final, ou seja, não constitui objeto principal da demanda, devendo o julgador, antes de submeter o direito ao caso concreto, se pronunciar acerca da compatibilidade ou não daquela norma com o sistema jurídico.

Como se sabe, após o trânsito em julgado, ou seja, não sendo mais impugnável por via de recurso a decisão, reveste-se ela da autoridade da coisa julgada, sendo limitada às partes a sua eficácia subjetiva, sem afetar terceiros. Recebe a autoridade da coisa julgada, no entanto, a parte dispositiva da sentença, na qual se contém a resolução das questões postas, isto é, limita-se a eficácia objetiva da coisa julgada ao que foi pedido e decidido.

Importante, entretanto, destacar que não integram os limites objetivos da coisa julgada nem a questão prejudicial nem os fundamentos da decisão, não havendo o que se falar, portanto, em autoridade da coisa julgada em relação à questão constitucional.

A inconstitucionalidade, conforme corrente dominante no Direito brasileiro, situa-se no campo da nulidade, ou seja, a lei declarada inconstitucional é considerada lei nula, possuindo natureza declaratória a decisão que a reconhece, limitando-se a reconhecer um vício preexistente, impedindo a produção de efeitos válidos diante da pronúncia de nulidade da norma.

Ao decidir a lide e após reconhecer a inconstitucionalidade de determinada norma no controle difuso, o juiz deve atribuir a sua decisão eficácia

retroativa (*ex tunc*), aplicando, assim, a teoria da inconstitucionalidade como nulidade, haja vista que, pelo princípio da supremacia da Constituição, não geram direitos ou obrigações legitimamente exigíveis uma norma inconstitucional.

Há, entretanto, situações em que a eliminação da totalidade dos efeitos produzidos pela norma declarada inconstitucional não será viável, razão pela qual o Supremo Tribunal Federal, como consequência da ponderação com outros valores e bens jurídicos que seriam afetados, deixou de atribuir efeitos retroativos à decisão de inconstitucionalidade, tal como ocorre nas ações diretas de controle de constitucionalidade, reguladas pela Lei nº. 9.868/99 (BRASIL, 1999), em que há previsão no art. 27, relativa à modulação dos efeitos temporais.

Saliente-se que não representam obstáculo ao reconhecimento da possibilidade da modulação da eficácia temporal, as diferenças do controle difuso em relação ao controle abstrato, mormente no que se refere à eficácia subjetiva e material da decisão de inconstitucionalidade, isto porque a pronúncia de inconstitucionalidade com eficácia retroativa pode conduzir a resultados graves, na medida em que os efeitos dos atos jurídicos praticados com base na norma inconstitucional muitas vezes são tutelados pela lei ou por princípios jurídicos.

Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco (2008, p. 1.099) defendem a possibilidade de modulação dos efeitos temporais dizendo que “não parece haver dúvida de que, tal como já exposto, a limitação de efeito é decorrência do controle judicial de constitucionalidade, podendo ser aplicado tanto no controle direto quanto no controle incidental”.

Sustenta-se, neste sentido, a aplicação do princípio da proporcionalidade como um critério para modular os efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade da lei no controle difuso, não a aplicação do art. 27, da Lei nº. 9.868/99 (BRASIL, 1999), aplicável apenas às ações diretas de controle de constitucionalidade.

Diante da certificação de invalidade da norma impugnada em face da Constituição, a decisão de inconstitucionalidade, no controle difuso, apresenta eficácia predominantemente declaratória. No entanto, em razão da não aplicação de uma lei inconstitucional ser equivalente à retirada de sua eficácia na situação objeto do processo, é possível afirmar que a decisão de inconstitucionalidade no controle difuso terá natureza de constituição negativa da eficácia, ou seja, atinge o plano da

eficácia, e não da validade, a impossibilidade de aplicação da norma declarada inconstitucional.

Assim, no controle difuso, a natureza declaratória da decisão de inconstitucionalidade refere-se à invalidade da norma impugnada, enquanto a natureza constitutiva está relacionada à negativa de eficácia da norma declarada inconstitucional.

Muito embora no controle difuso a decisão de inconstitucionalidade apresente eficácia entre as partes, o conteúdo do pronunciamento do Pretório Excelso ultrapassa os limites da lide podendo interferir em situações subjetivas de sujeitos que não figuraram na relação processual, ou seja, causa repercussão fora do caso decidido, configurando o que se convencionou chamar de eficácia reflexa da decisão de inconstitucionalidade.

Sobre a questão, explicando o sentido da expressão, Teori Albino Zavascki defende a existência no controle difuso da eficácia reflexa, *in verbis*:

Reflexa, porque transmite (“reflete”) efeitos para além do caso julgado, com consequências, ainda que indiretas, em outras situações jurídicas e em relação a outras pessoas, que não as vinculadas à relação processual originária. E anexa, porque se trata de eficácia automática da decisão do STF, que se opera independentemente de provocação ou de manifestação da Corte a respeito dela (ZAVASCKI, 2001, p. 30-31).

Nos termos do art. 543-B, do Código de Processo Civil (2011, p. 462), no julgamento do recurso extraordinário, a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, na hipótese de existência de múltiplos recursos extraordinários com fundamento em idêntica controvérsia, nestes repercutirá, condicionando o conteúdo da decisão final.

Além de vincular o pronunciamento dos demais Tribunais sobre idêntica matéria, haja vista o assentamento jurisprudencial pelo Supremo Tribunal Federal no sentido de que, em sede de controle difuso, a decisão de inconstitucionalidade proferida pela Corte dispensa o processamento do incidente de inconstitucionalidade pelos demais órgãos jurisdicionais colegiados, corroborado pelo parágrafo único, do art. 481, do Código de Processo Civil (2011, p. 456), que determina aos órgãos fracionários a não submissão da arguição de inconstitucionalidade ao Tribunal Pleno, a eficácia reflexa também é percebida na possibilidade de suspensão da

execução da lei pelo Senado Federal, por meio de Resolução, consoante art. 52, inciso X, da Constituição Federal (BRASIL, 2010.c, p. 86).

A tradição brasileira, iniciada com a Carta de 1934, prevê a comunicação da decisão de inconstitucionalidade, declarada incidentalmente pelo Supremo Tribunal Federal, ao Senado Federal, que, por meio de resolução, poderá suspender, no todo ou em parte, a execução desta. Essa possibilidade de suspensão pelo senado Federal da lei declarada inconstitucional pela Corte Maior surgiu com a Constituição de 1934 e foi aperfeiçoada com a Carta de 1946.

O papel da resolução do Senado Federal está relacionado com a necessidade de atribuir-se eficácia vinculante às decisões da Corte, a exemplo do que ocorre com o *stare decisis*, no modelo norte americano, ou seja, o instituto foi criado para atribuir-se, no controle difuso, eficácia *erga omnes* às decisões de inconstitucionalidade prolatadas pelo Supremo Tribunal Federal, ou seja, produzindo efeitos gerais, muito embora estejam relacionadas a um caso concreto.

Destaca-se, contudo, que a atuação do Senado Federal é um ato político, sujeito ao juízo de oportunidade e conveniência da casa legislativa, não se sujeitando a prazo, ou seja, pode o Senado suspender, no todo ou em parte, o ato normativo, como também, diante da ausência de caráter vinculativo, pode negar extensão *erga omnes*, não suspendendo o ato, em razão da discricionariedade da sua atuação.

Evidencia-se, portanto, a eficácia constitutivo-negativa da resolução do Senado Federal, tendo em vista que com a expedição desta a norma inconstitucional perde eficácia, ocorrendo a sua expulsão do ordenamento jurídico. A intervenção do Senado Federal, com a consequente expedição da resolução, não se confunde com o ato de revogação de lei, possuindo natureza, eminentemente, política, uma vez que a suspensão da norma inconstitucional tem o condão de desconstituir situações jurídicas constituídas sob a vigência desta, ou seja, possui eficácia *ex tunc*, além de não necessitar da concordância de outros Poderes.

Segundo as lições de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello:

A suspensão da execução da lei ou decreto pelo Senado Federal corresponde ao exercício de poder que lhe incumbe, de caráter discricionário. A ele cabe examinar a conveniência e oportunidade de

considerar, em tese, suspensos os seus efeitos, de retirar dispositivo legal ou regulamentar do ordenamento jurídico (BANDEIRA DE MELLO, 1980, p. 207).

Em face das circunstâncias políticas e sociais da decisão, uma vez que esta alcança toda a coletividade, pode-se afirmar que na adoção do ato de suspensão da norma declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, o Senado Federal goza de liberdade na apreciação da conveniência e da oportunidade, sendo esta a posição majoritária tanto na doutrina quanto na jurisprudência da Corte Maior.

O Senado também pode suspender atos estaduais e municipais, ou seja, tem sido dada interpretação extensiva para incluir na atuação do Senado Federal, além da lei declarada inconstitucional, todos os atos normativos de quaisquer dos três níveis de poder.

A pronúncia de inconstitucionalidade da norma, em sede de ação direta, não se submete à competência suspensiva do Senado Federal, vez que esta somente é exercida nas hipóteses de declaração incidental de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal.

A resolução do Senado Federal teve sua importância reduzida diante do surgimento da súmula com efeito vinculante e da possibilidade da extensão da decisão proferida em sede de Recurso Extraordinário para outros processos, pois em tais situações torna-se desnecessária a atuação do Senado Federal, em razão da ampliação dos efeitos da decisão proferida em controle difuso.

Atualmente, a doutrina discute sobre a necessidade ou não da manutenção deste papel do Senado Federal, sob a perspectiva de que deveria ter o mesmo alcance e produzir os mesmos efeitos a decisão proferida pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, seja em ação direta ou no controle incidental.

Neste sentido, sobre esse papel do Senado Federal ensina Luís Roberto Barroso:

Respeitada a razão histórica da previsão constitucional, quando de sua instituição em 1934, já não há lógica razoável em sua manutenção. Também não parece razoável e lógica, com a vênia devida aos ilustres autores que professam entendimento diverso, a negativa de efeitos retroativos à decisão plenária do Supremo Tribunal Federal que reconheça

a inconstitucionalidade de uma lei. Seria uma demasia, uma violação ao princípio da economia processual, obrigar um dos legitimados do art. 103 a propor ação direta para produzir uma decisão que já se sabe qual é! (BARROSO, 2009, p. 131).

Desta forma, há corrente forte na doutrina sustentando que, como guardião da Constituição, o Supremo Tribunal Federal pode dar efeitos *erga omnes* as suas decisões em controle difuso, fortificando-se como Corte Constitucional, preservando perante todos os valores da Constituição, a exemplo da Corte Americana que, com base no *stare decisis*, assegura o efeito vinculante de suas decisões e sustenta a nulidade da lei inconstitucional.

Um dos argumentos é no sentido de que a lei inconstitucional é nula, sendo nula desde sempre e para todos, razão pela qual há autores que defendem a idéia de que negar essa produção de efeitos gerais às decisões de inconstitucionalidade proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, implica na própria negação da teoria da nulidade da lei inconstitucional.

Vale observar, por exemplo, as lições de Gilmar Ferreira Mendes:

Proferi voto reafirmando minha posição no sentido de que a fórmula relativa à suspensão de execução da lei pelo Senado há de ter simples efeito de publicidade, ou seja, se o Supremo, em sede de controle incidental, declarar, definitivamente, que a lei é inconstitucional, essa decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação àquela Casa legislativa para que publique a decisão no Diário do Congresso. Dessa forma, julguei procedente a Reclamação por entender desrespeitada a eficácia *erga omnes* da decisão proferida no HC 82.959, no que fui acompanhado por Eros Grau (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 1140).

A idéia acima encontra fundamento na denominada teoria da mutação constitucional, na qual se sustenta que no controle concreto, tipicamente difuso, há uma tendência de abstrativização, ou seja, uma espécie de extensão dos efeitos do controle abstrato para o controle concreto. Afirma-se, por conseguinte, que o instituto da suspensão da norma inconstitucional pelo Senado Federal encontra assento, atualmente, em razão de índole exclusivamente histórica, mostrando-se inadequado para assegurar a eficácia geral ou efeito vinculativo às decisões do Supremo Tribunal Federal que, limitando-se a fixar a orientação constitucionalmente adequada ou correta, não declaram a inconstitucionalidade de uma lei.

Outros países já atribuíam eficácia geral às decisões proferidas em sede de controle abstrato de normas, tais como previstos na Constituição de Weimar de 1919 e no modelo austríaco de 1920, quando da promulgação da Constituição Brasileira de 1934. Com a introdução do controle abstrato de normas, perdeu grande parte do seu significado a exigência de que a declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal tenha eficácia geral dependente de uma decisão do Senado Federal, inserida no momento histórico da Constituição de 1934, preservada na Constituição de 1988.

O argumento dos constitucionalistas que defendem a idéia de que a atuação do Senado Federal serve apenas para dar publicidade à decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, desdobra-se no sentido da própria negação da teoria da nulidade da lei inconstitucional ao se atribuir funções substantivas ao Senado Federal.

Assim, pela idéia acima, o ato praticado pelo Senado destina-se a conferir publicidade à decisão do Supremo Tribunal Federal, tendo em vista a nulidade da lei declarada inconstitucional. Lúcio Bittencourt, com coerência, sustentou sua posição:

Se o Senado não agir, nem por isso ficará afetada a eficácia da decisão, a qual continuará a produzir todos os seus efeitos regulares que, de fato, independem de qualquer dos poderes. O objetivo do art. 45, IV, da Constituição – a referência é ao texto de 1967 – é apenas tornar pública a decisão do tribunal, levando-a ao conhecimento de todos os cidadãos. Dizer que o Senado “suspende a execução” da lei inconstitucional é, positivamente, impropriedade técnica, uma vez que o ato, sendo “inexistente” ou “ineficaz”, não pode ter suspensa a sua execução.

Fala-se, desta forma, de reconhecimento de efeito jurídico transcendente à decisão do Supremo Tribunal Federal, em sede de controle difuso, que independe da intervenção do Senado Federal, indicando uma releitura pela própria Corte do texto constante no art. 52, inciso X, da Constituição de 1988. Argumenta-se, por conseguinte, que não mais pode prosperar a distinção quantos aos efeitos das decisões proferidas no controle direto e no controle incidental, ante a natureza idêntica do controle de constitucionalidade, quanto às finalidades e aos procedimentos comuns dominantes para os modelos difuso e concentrado.

Em vista dessa proposta de uma completa reformulação do sistema jurídico, de uma significativa reinterpretação do instituto previsto no art. 52, inciso X, da Constituição, surgiu a idéia de que a jurisdição constitucional vem sofrendo uma autêntica mutação constitucional, com a ampliação do sistema concentrado, com a multiplicação de decisões dotadas de eficácia geral, sendo inevitáveis as reinterpretações e releituras dos institutos vinculados ao controle incidental de inconstitucionalidade (MENDES, 2004).

Há, entretanto, quem sustente que excluir a competência do Senado Federal, ou mesmo conferir-lhe apenas a função de dar publicidade às decisões do Supremo Tribunal Federal, significa retirar do processo de controle difuso qualquer possibilidade de chancela deste processo pelos representantes do povo, reduzindo as atribuições do Senado Federal à divulgação intralegislativa das decisões da Corte Maior, além de ferir o sistema de direitos e de garantias fundamentais.

Neste sentido, afirma Lenio Luiz Streck, Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira e Martonio Mont' Alverne Barreto:

Como se não bastasse reduzir a competência do Senado Federal à de um órgão de imprensa, há também uma consequência grave para o sistema de direitos e de garantias fundamentais. Dito de outro modo, atribuir eficácia *erga omnes* e efeito vinculante às decisões do STF em sede de controle difuso de constitucionalidade é ferir os princípios constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório (art. 5º, LIV e LV, da Constituição da República), pois assim se pretende atingir aqueles que não tiveram garantido o seu direito constitucional de participação nos processos de tomada da decisão que os afetará. Não estamos em sede de controle concentrado! Tal decisão aqui terá, na verdade, efeitos avocatórios. Afinal, não é à toa que se construiu ao longo do século que os efeitos da retirada pelo Senado Federal do quadro das leis aquela definitivamente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal são efeitos *ex nunc* e não *ex tunc*. Eis, portanto, um problema central: a lesão a direitos fundamentais (STRECK; OLIVEIRA; BARRETO; 2007).

Na opinião dos autores acima, não podem os efeitos da decisão em controle concentrado ser extensivos, automaticamente, ao controle difuso, haja vista que a Constituição Federal elaborou uma diferenciação entre esses dois controles e entender que a decisão proferida em sede de controle difuso tem a mesma eficácia que uma proferida no controle concentrado, tornaria sem sentido essa diferenciação constitucional.

Assim, faz-se necessária uma distinção, na visão de Streck (2004, p. 479), entre suspender a vigência ou a execução de uma lei, que para ele significa a mesma coisa que revogar, e retirar-lhe a eficácia. Para o autor, a lei é nula quando fica sem eficácia, ou seja, é como se nunca tivesse existido. Já quando se revoga uma lei os seus efeitos permanecem. Neste sentido, sustenta que os efeitos no controle concentrado são *ex tunc*, enquanto que, em sede de controle difuso, com a suspensão da vigência ou da execução da lei pelo Senado Federal, os efeitos da decisão são *ex nunc*, haja vista que a decisão no caso concreto não pode ser equiparada à decisão tomada em sede de controle concentrado, somente podendo ter efeitos *ex tunc* para o caso concreto analisado.

Argumenta-se ainda que, ao editar resolução que suspende a execução da lei, o Senado, integrante do Poder Legislativo, atuará não no plano da eficácia da lei, uma vez que esta é objeto do controle concentrado pelo Supremo Tribunal Federal, mas sim no plano da vigência da lei.

Segundo esta corrente doutrinária, um tribunal não pode inventar o direito, não pode mudar a Constituição, uma vez que, como Poder Jurisdicional em uma democracia, este não é seu legítimo papel. Assim, não pode haver delegação pelo processo histórico ao Poder Judiciário, da tarefa de alterar, por mutação, a Constituição do país, sob o argumento de estar garantindo-a ou guardando-a.

Assim, o papel da jurisdição é a construção interpretativa, com a participação da sociedade, do sentido normativo da Constituição e do projeto de sociedade democrática, o que não se confunde com a mutação do Texto Constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, pela diferenciação entre legislação e jurisdição. O Supremo Tribunal Federal não tem o condão de corrigir a Constituição, pois admitir-se o contrário seria fazer dele um Poder Constituinte, permanente e ilegítimo, invertendo os pressupostos da teoria da democracia moderna.

Enfim, é certo que toda essa discussão acerca da possibilidade de mutação constitucional pelo Tribunal, toda essa noção de atividade interpretativa e criativa do Direito, acaba por gerar uma espécie de barreira protetiva do sistema Constitucional, ou seja, cria-se uma espécie de bloqueio das crescentes teses sobre a atuação jurisdicional, que acaba por interferir no acesso à justiça. Com conclui Streck *et al.* (2007), “exatamente porque no Brasil cada um interpreta como quer,

decide como quer e recorre como quer (e isso parece recorrente na cotidianidade dos fóruns e tribunais da República), é que faz com que cresçam dia-a-dia as teses instrumentalistas do processo (...)”, criando-se mecanismos para, sob o pretexto de agilizar a prestação jurisdicional, impedir o processamento de recursos, negando a jurisdição e, conseqüentemente, a própria cidadania.

4.4 O controle não jurisdicional de constitucionalidade.

Como visto, além da divisão quanto ao procedimento, em controle difuso e concentrado, o atual sistema de controle de constitucionalidade brasileiro consagra, quanto ao momento do exercício, o controle preventivo e repressivo. Em relação à natureza do órgão de controle, tem-se o controle político e o jurisdicional.

O controle preventivo, no qual o controle é realizado antes da elaboração e da promulgação da lei, é realizado pelo Poder Executivo no procedimento legislativo e pelo próprio Poder Legislativo. O exercício do controle de constitucionalidade pelo Poder Executivo é feito por meio do veto, consoante prevê o art. 66, §4º, da Constituição Federal, ao projeto de lei, manifestando a sua discordância. Já a fiscalização de constitucionalidade pelo Poder Legislativo, pode ser exercida por meio das Comissões de Constituição e Justiça. Também cabe o controle preventivo, em caso de inobservância do processo legislativo previsto na Constituição Federal pelos Parlamentares, realizado pelo Poder Judiciário, na via incidental.

No controle repressivo, apesar da regra geral ser o seu exercício pelo Poder Judiciário, excepcionalmente, poderá o Congresso Nacional exercê-lo, ao rejeitar Medida Provisória, ou seja, atuando sobre ato normativo perfeito e acabado. Ainda, como exceção à regra do controle repressivo pelo Poder Judiciário, tal como consagrado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, objeto da Súmula 347, é possível o exercício do controle repressivo pelos Tribunais de Contas, consoante restará demonstrado adiante.

Quanto à natureza do órgão de controle de constitucionalidade, como já mencionado, a fiscalização poderá ser política ou jurisdicional. No controle político, a fiscalização de constitucionalidade é exercida por órgão que possua essa natureza,

ou seja, normalmente ligado ao Parlamento. Já no controle jurisdicional, o controle de constitucionalidade é exercido por órgão do Poder Judiciário.

Comumente, fixou-se o entendimento de que o controle de constitucionalidade preventivo pode ser exercido pelos três poderes: Legislativo, Executivo e Judiciário. No caso do controle ser realizado pelo Legislativo e pelo Executivo, ou seja, suscitada a inconstitucionalidade do ato normativo no curso do procedimento legislativo, será denominado de controle preventivo político.

Essa modalidade de controle é baseada no modelo de fiscalização de constitucionalidade Francês, perceptível na atuação típica do seu Conselho Constitucional, sendo também adotado em Portugal. Com origens no movimento revolucionário e na rígida separação de poderes, o modelo francês prevê a realização, por um órgão político, de uma análise da constitucionalidade da norma, antes do seu ingresso no ordenamento jurídico.

O sistema brasileiro também prevê a existência de um controle preventivo jurisdicional de constitucionalidade. Neste sentido, elucida o tema Alexandre de Moraes, *in verbis*:

Apesar de o ordenamento jurídico brasileiro não consagrar um controle preventivo de constitucionalidade abstrato, nos moldes dos realizados pelo Conselho Constitucional Francês e pelo Tribunal Constitucional Português, será possível a realização desse controle preventivo, incidentalmente, em sede de mandado de segurança, quando ajuizados por parlamentares contra ato do presidente da Casa ou da Comissão Legislativa Constitucional. O Supremo Tribunal Federal admite a possibilidade de controle de constitucionalidade durante o procedimento de feitura das espécies normativas, especialmente em relação a necessidade de fiel observância das normas constitucionais do referido Processo Legislativo (MORAES, 2005, p. 584).

Entretanto, há corrente doutrinária que sustenta a impossibilidade do Poder Judiciário exercer o controle de constitucionalidade preventivo, ou seja, antes da promulgação da lei. Diz-se não existir na Constituição qualquer comando que autorize a introdução dessa modalidade de controle preventivo abstrato da constitucionalidade, sendo essa a atual posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal em suas decisões. Sustenta-se, inclusive, a própria inconstitucionalidade da introdução no sistema brasileiro desse controle preventivo de constitucionalidade, que, paradoxalmente, somente com a aprovação do próprio Parlamento seria

possível, e que o próprio Supremo Tribunal Federal poderia declarar inconstitucional essa emenda.

Argumenta-se que a idéia da instituição de um controle abstrato preventivo da constitucionalidade no Brasil, estaria vinculada à desconfiança sobre a capacidade de elaboração de leis pelo Legislativo, sob a perspectiva da má qualidade no desempenho dessa atividade legislativa, com a conseqüente atribuição ao Supremo Tribunal Federal da correção dessas distorções, ferindo a democracia e dotada, portanto, de inconstitucionalidade.

Neste sentido, afirmam com grande propriedade Lenio Luiz Streck e Martonio Mont' Alverne Barreto Lima:

Ou seja, quando dizemos que não há espaço para o controle preventivo de constitucionalidade em nosso ordenamento, queremos dizer que isso se deve ao conteúdo da nossa constituição compromissória que, ao reservar para a fiscalização de constitucionalidade tão-somente o controle sucessivo (não preventivo), fê-lo porque esse é o modo de preservar a democracia. Trata-se daquilo que se chama de "vedações implícitas ao poder de emendar". Numa palavra: o próprio Poder Legislativo, ao aprovar o modo de controlar a constitucionalidade, já deixou assentado, ainda que implicitamente, que isso não poderia ser alterado. E por quê? Porque o Poder Constituinte jamais faria um haraquiri institucional, admitindo que, no futuro, pudéssemos vir a ter uma juristo-cracia em lugar da clássica (ou contemporânea) demo-cracia (STRECK; LIMA; 2011).

Enfim, o que se pretende analisar neste tópico, com relação ao controle não jurisdicional de constitucionalidade, são os fundamentos para o controle difuso repressivo exercido pelo Chefe do Poder Executivo, bem como os fundamentos da fiscalização difusa repressiva exercida pelo Tribunal de Contas da União, de forma a traçar um comparativo com um dos problemas centrais deste trabalho: o exercício do controle difuso pelo Conselho Nacional de Justiça em suas decisões, seus limites e possibilidades.

4.4.1 Fundamentos para o controle difuso de constitucionalidade pelo Chefe do Poder Executivo.

Apesar da adoção no sistema brasileiro do controle jurisdicional de constitucionalidade, inspirado no modelo norte-americano do *judicial review*, outorgando-se a faculdade de declarar a inconstitucionalidade de lei ou de outros atos do Poder Público que contrariem, formal ou materialmente, preceitos ou princípios constitucionais ao Poder Judiciário, não significa concluir, por isso, que somente este Poder detenha, com exclusividade, o monopólio de exercer o controle de constitucionalidade.

Hodiernamente, a clássica teoria de tripartição de poderes traçada por Montesquieu já não mais subsiste da forma que fora idealizada pelo filósofo político francês, ou seja, mais sensato afirmar que existem três funções, quais sejam, a de legislar, a de administrar e de julgar, que podem ser exercidas por todos os Poderes da República, muito embora cada um exerça uma função com primazia e outras duas em caráter secundário (CARVALHO, 2005).

Neste sentido, também Celso Ribeiro Bastos, *in verbis*:

O esquema inicial rígido, pela qual uma dada função corresponderia a um único respectivo órgão, foi substituído por outro onde cada poder, de certa forma, exercita as três funções jurídicas do Estado: uma em caráter prevalente e as outras duas a título excepcional ou em caráter meramente subsidiário daquela. Assim, constata-se que os órgãos estatais não exercem simplesmente as funções próprias, mas desempenham também funções denominadas atípicas, quer dizer, próprias de outros órgãos (BASTOS, 1997, p. 156).

Para tanto, utiliza-se a mecânica de freios e contrapesos, *checks and balances* do modelo norte-americano, para garantir o equilíbrio do sistema, mostrando que cada um dos poderes possui um nível de interferência nos demais, sempre observando o princípio da Supremacia da Carta Constitucional, bem como preservando, de todo modo, a segurança jurídica e a estabilidade social.

Desta forma, no atual sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, é possível identificar formas diferentes de fiscalização pelo Poder Executivo da compatibilidade da norma com o Texto Constitucional. Muito embora, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e a doutrina apresentem

teses variadas sobre o tema, parece restar conformado o entendimento de que o Poder Executivo exerce um controle preventivo de constitucionalidade das leis, caracterizado pelo veto do Chefe deste Poder, ou seja, exercido de forma prévia, antes que a norma ingresse no ordenamento jurídico, bem como um controle repressivo de constitucionalidade das leis, marcado pela possibilidade do Chefe do Executivo descumprir uma lei que considere inconstitucional.

Não é muito raro que as normas vigentes nas esferas municipal, estadual e federal possam estar em desconformidade com os preceitos constitucionais, muito embora se considere o fato de que, uma vez editadas, as mesmas gozam de presunção relativa de constitucionalidade.

Embora no processo de formação legislativa já exista uma espécie de controle político preventivo de constitucionalidade, exercido pelas Comissões de Constituição e Justiça, de cada uma das Casas Legislativas do Congresso Nacional, em que as mesmas se manifestam no início do procedimento legislativo acerca da constitucionalidade da espécie normativa em tramitação, podendo rejeitar projeto de lei incompatível com o Texto Constitucional, ficou consolidado o entendimento de que este controle por vezes é falho, permitindo a promulgação de leis eivadas de inconstitucionalidades.

A primeira forma de controle preventivo de constitucionalidade exercido pelo Poder Executivo ocorre no limiar da promulgação da lei, ou seja, no momento em que o Chefe do Executivo exerce o seu poder de veto, na forma insculpida no art. 84, inciso V, da Constituição Federal (BRASIL, 2010.c, p. 106), destinando-se à defesa da própria Carta Maior ou dos interesses legítimos da administração.

É possível, entretanto, que mesmo exercendo o seu poder de veto, posteriormente e de forma excepcional, o Chefe do Poder Executivo exerça o controle político repressivo de constitucionalidade de lei, quando se nega a cumprir determinada lei sob o argumento da sua inconstitucionalidade.

Como forma de evitar arbítrios e insegurança jurídica, preservando-se os princípios do Estado Democrático de Direito, importante avaliar os motivos determinantes do exercício do controle repressivo de constitucionalidade pelo Poder Executivo, bem como a forma pela qual o mesmo é realizado.

Diante dessa possibilidade de controle político repressivo, evidencia-se um conflito entre dois princípios constitucionais basilares: o da legalidade, relativo ao dever de cumprir a lei, e o da supremacia da Constituição, em uma visão pós-positivista do texto constitucional e de seus princípios. Para solucionar esse confronto, é necessária a utilização da técnica da ponderação, segundo a qual se aplica o princípio de maior relevância, mitigando-se a aplicação do outro princípio naquele caso específico. Assim, como ambos os princípios são válidos no ordenamento jurídico, não podem ser afastados, tal como ocorre no conflito entre regras, ou seja, não é possível a utilização da técnica de aferição de validade (ALEXY, 2008, p. 90-91).

Nesta perspectiva, como postulador do estado de direito e funcionando como um garantidor de direitos individuais, o princípio da legalidade visa combater o exercício do poder arbitrário do Estado, pelo que somente lei válida e integrante do ordenamento jurídico pode restringir direitos dos indivíduos. Tal princípio exerce um importante papel em relação ao controle da Administração Pública, controlando a sua atuação discricionária e limitando a sua atuação administrativa, garantindo, deste modo, a segurança jurídica. Somente se estiver condizente com o dispositivo de lei, será legítima a atuação do administrador público.

Para atendimento aos demais princípios e normas constitucionais que compõe o sistema jurídico, o princípio da legalidade recebeu a conotação de princípio da juridicidade, com vinculação direta à Constituição e aos princípios gerais do Direito, ou seja, o passou a figurar como a vinculação da Administração Pública aos preceitos constitucionais que norteiam todo o ordenamento jurídico.

Tendo em vista que a Constituição assenta-se no mais alto nível normativo do ordenamento jurídico, validando toda a forma constituída de Estado, bem como todas as demais normas, o princípio da supremacia da Constituição é considerado como princípio basilar do Estado, ou seja, a Constituição considerada como fundamento de validade de todo ordenamento jurídico Estatal, possuindo uma hierarquia sobre as demais normas, apresentando-se, em razão disso, como um parâmetro de validade para o exercício legislativo na criação das normas de um Estado pelo Constituinte derivado.

Neste diapasão, com base no princípio da supremacia da Constituição e a sua capacidade de se impor diante das demais normas vigentes no ordenamento jurídico, reafirma-se a possibilidade de descumprimento da norma inconstitucional pelo Chefe do Poder Executivo, muito embora não haja previsão expressa na Constituição. Os autores que defendem essa possibilidade, a despeito de outros argumentos de grande relevância, sustentam que a negativa da possibilidade desse controle ou a obrigação do cumprimento de lei inconstitucional fere outros dispositivos constitucionais.

Destaca-se, desta forma, a posição de Ana Lúcia Damascena, *in verbis*:

De outro modo, se ao argumento de respeito à separação de poderes, seja em relação à legitimidade do legislativo dada democraticamente pelo povo e pelas competências constitucionalmente previstas, de criar leis, seja em relação ao poder de guarda da constituição atribuído ao STF, obriga-se ao executivo o cumprimento da lei inconstitucional, ou mesmo, a possibilidade de descumprimento apenas nos casos de concessão de liminar pelo judiciário, estariam sendo feridos outros dispositivos constitucionais, quais sejam: o artigo 85 da Constituição Federal, que dispõe que “são crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra: VII – o cumprimento das leis e das decisões judiciais”; e o artigo 23 que dispõe que “é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: I – zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público” (DAMASCENA, 2010).

Sustenta a autora acima citada que não estará afrontando o princípio da separação dos poderes e a legitimidade de criar normas do Poder Legislativo, a negativa de aplicação de lei inconstitucional pelo Executivo, haja vista que deve guardar compatibilidade com a Carta Maior essa atividade de criação de normas pelo Legislativo e que a primazia da interpretação do texto constitucional é atribuição conferida ao Poder Judiciário, a quem compete proferir pronunciamento final sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade das leis.

Verifica-se, portanto, que o princípio da legalidade não será prejudicado no caso de descumprimento de norma considerada inconstitucional pelo Chefe do Poder Executivo, ao contrário, estar-se-ia zelando pela Supremacia da Constituição, pelo cumprimento apenas das normas legalmente válidas, não impedindo o exercício das demais formas de controle de constitucionalidade, nem tampouco obstaculizando a manifestação do Poder Judiciário sobre o tema, mormente por ser

este constitucionalmente legitimado para o pronunciamento final acerca da constitucionalidade ou inconstitucionalidade das leis.

Por ser matéria de pouca manifestação pelo Supremo Tribunal Federal, desenvolvem-se teses contrárias à possibilidade do descumprimento de norma inconstitucional pelo Chefe do Poder Executivo, que, em síntese, sustentam ser ato privativo do Poder Judiciário, a decisão de inconstitucionalidade.

Neste sentido, milita Paulo Roberto Lyrio Pimenta:

Sobre a possibilidade de a Administração declarar a inconstitucionalidade de norma jurídica, em nosso sistema, é importante observar, inicialmente, que a atividade administrativa é infralegal, ou seja, atividade de subordinação à lei. No exercício da função administrativa, o Estado tem o dever de cumprir a lei, emitindo atos para concretizar o mandamento normativo, não lhe cabendo emitir qualquer juízo acerca da validade da lei objeto de aplicação (PIMENTA, 2010, p. 44).

Para o autor acima citado, o Poder Judiciário é o órgão competente para se pronunciar sobre a validade da lei, qualificando-a como inconstitucional, quando for o caso, e expulsando-a do ordenamento jurídico. Assim, não somente a forma de produção da lei é disciplinada pelo Direito, mas também o modo de expungir a norma confrontante com o texto constitucional.

Sustenta-se, ainda, que o veto, exercido como uma espécie de controle preventivo de constitucionalidade, pelo Chefe do Executivo, perderia o sentido, no caso de se admitir o controle posterior à existência da lei, concluindo, o autor, pela impossibilidade da negativa de aplicação de lei considerada inconstitucional, em razão da ausência de competência constitucional para tanto (PIMENTA, 2010, p. 45).

Argumenta-se, de outra forma, que não é possível a recusa do Chefe do Poder Executivo de aplicar lei que entenda ser inconstitucional, isto porque é ele legitimado para propor ação direta de inconstitucionalidade, em especial pela possibilidade de obter medida cautelar, razão pela qual, ao invés de deixar de aplicar a norma, deveria propor a competente ação direta de inconstitucionalidade.

A doutrina adepta desta última argumentação sustenta que, quando da Emenda Constitucional nº. 16/65, a possibilidade de descumprimento fundava-se no fato de ser o Procurador-Geral da República o único legitimado para a propositura

da ação direta de inconstitucionalidade, mas que, com o advento da Constituição de 1988, essa possibilidade deixou de existir, uma vez que o Presidente da República e o Governador dos Estados ganharam legitimidade para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, conforme disciplinado pelo art. 103, da Constituição Federal (MENDES, 1996, p. 133).

Em repúdio a esse argumento, Zélio Maia da Rocha se pronuncia:

Não se pode olvidar, porém, que apesar de hoje o controle abstrato ter um grande leque de legitimados, o que a torna mais democrática, o controle de constitucionalidade constitui-se em um grande jogo de forças políticas em que, muitas vezes, a experiência nos tem brindado com situações de flagrante inconstitucionalidade em que o chefe do Executivo não tem interesse em ver declarada formalmente a inconstitucionalidade (e por incrível que pareça, nenhum dos legitimados), não obstante se recuse à implementação da norma. Não é, pois, porque o Judiciário não se manifestou sobre a inconstitucionalidade que os demais poderes não podem desconsiderar a validade do preceito normativo que seja inconstitucional. Não se pode olvidar que o controle de constitucionalidade em caráter de definitividade é monopólio do Poder Judiciário, no entanto o dever de preservação da constituição é de todos os poderes constituídos do Estado (ROCHA, 2004).

Adotando uma posição intermediária, Elival da Silva Ramos (1994, p. 240) admite a possibilidade do Chefe do Executivo recusar-se ao cumprimento de lei que considere inconstitucional até que o pedido de medida cautelar, por ele formulado, seja julgado pelo Supremo Tribunal Federal, sendo certo que, se o pedido for rejeitado, deve acatá-lo o Chefe do Executivo e, conseqüentemente, fazer cumprir a lei.

A tese defendida por Moreira Alves (*apud* RAMOS, 1994, p. 238) é a que parece ter maior aderência entre os doutrinadores brasileiros, sustentando que todo e qualquer ato deve estar amparado na Constituição, e, muito embora não exista expressa previsão da possibilidade de recusa na aplicação de lei que considere inconstitucional, o Chefe do Poder Executivo tem o compromisso, dessa vez com expressa previsão constitucional, de manter, defender e cumprir a Carta Maior. Da mesma forma, argumenta que também dá sustentabilidade a essa prerrogativa do Chefe do Executivo a morosidade que assola a Corte Suprema brasileira, inundada diariamente por um excesso de causas que levam a um atravancamento na solução

das lides e questões constitucionais, demandando um grande período de tempo para a pacificação destas.

Vale dizer que o Supremo Tribunal Federal vem firmando entendimento no sentido da possibilidade desse exercício de controle repressivo de constitucionalidade pelo Chefe do Poder Executivo, caracterizado pela possibilidade do Chefe do Poder Executivo de negar a aplicação de lei que considere inconstitucional, a exemplo da decisão proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 221 – DF, sob a relatoria do Ministro Moreira Alves, no qual se concluiu que “os Poderes Executivo e Legislativo, por sua chefia – e isso mesmo tem sido questionado com o alargamento da legitimidade ativa na ação direta de inconstitucionalidade – podem tão-só determinar aos seus órgãos subordinados que deixem de aplicar administrativamente as leis ou atos com força de lei que considerem inconstitucionais” (BRASIL, 1993.c).

Considerando a possibilidade da negativa de aplicação da lei considerada inconstitucional pelo Chefe do Executivo, fundada, sobretudo, no princípio do respeito máximo à Carta Constitucional, seja no âmbito Federal, Estadual ou Municipal, a doutrina, visando garantir um maior grau de segurança jurídica, aponta formas de controle do exercício desse direito. Estabeleceram-se, assim, alguns requisitos e limites para o uso da prerrogativa de descumprimento de lei ilegítima.

Afirma-se, desse modo, que somente se o efeito da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, órgão judicial responsável pela guarda da Constituição e fiscalização das leis, for retroativo, ou seja, produzir efeitos *ex tunc*, poderá a Administração Pública descumprir a lei que considera inconstitucional, isto é, condiciona-se essa possibilidade aos efeitos concedidos às decisões do Tribunal Constitucional.

No entanto, é de se destacar que, com a Lei nº. 9.868/99 e a Lei nº. 9.882/99, ao Supremo Tribunal Federal foi atribuída a possibilidade de anular a lei eivada de inconstitucionalidade, cancelando seus efeitos preteritamente, ou delimitar o tempo para a produção dos efeitos, razão pela qual surgiram algumas dúvidas e controvérsias acerca do requisito acima. Entretanto, a doutrina, mais uma vez, cuidou de suscitar hipóteses e traçar propostas de soluções à problemática

delineada, sob a perspectiva da responsabilização do Chefe do Poder Executivo e da indenização aos prejudicados.

Apresenta-se, neste sentido, a proposta apresentada por André Ramos Tavares:

(...) parece que a solução reside na possibilidade de a Administração Pública deixar de dar guarida à lei inconstitucional. As opções possíveis, como se sabe, são as que se seguem: (i) o Chefe do Executivo descumpra a lei e ela é, posteriormente, julgada, em definitivo, inconstitucional e; (ii) o Chefe do Executivo descumpra a lei que é, mais tarde, julgada, em definitivo, constitucional. Na primeira hipótese, dois são os desdobramentos possíveis: (i.a) de o Tribunal tornar nula a lei e; (i.b) de o STF apenas anulá-la. Naquele caso (i.a), nenhuma responsabilidade administrativa teria de ser apurada, visto que se considera como lei inexistente, que jamais poderia, nesses termos, produzir efeitos. Na última situação (i.b), diferentemente, seria cabível a indenização dos particulares prejudicados pela decisão administrativa não ratificada pelo Tribunal em sua postura temporal, mas não se deveria falar em responsabilização do agente político, porque descumpriu lei que, ao final, foi considerada inconstitucional, apesar da manipulação temporal. Na segunda hipótese (ii), o desdobramento seria único: responsabilização do Chefe do Executivo e indenização dos particulares prejudicados (TAVARES, 2008).

Outro requisito seria a motivação dessa decisão administrativa de descumprimento da lei considerada inconstitucional, o que não se confunde com a certeza da inconstitucionalidade da lei, mas que o Chefe do Poder Executivo, orientado pelos princípios da Administração Pública, em especial o da motivação, justifique o seu ato, apontando os fundamentos de direito e de fato, bem como a correção lógica entre os eventos e situações que deu por existentes e a providência adotada (MELLO, 2002, p. 94).

Também, como requisito para evitar o desenfreado e desarrazoado uso dessa prerrogativa de descumprimento de lei por provável inconstitucionalidade, limitou-se o seu uso ao Chefe do Poder Executivo, ou seja, não é possível o exercício pelos demais servidores, preservando-se, assim, a segurança jurídica e a unidade da ação administrativa (GOMES, 2002, p. 357).

Por fim, invoca-se a exigência de que a alegada inconstitucionalidade da lei seja manifesta, flagrante, sendo, entretanto, critério de pouca objetividade este. Alguns ainda sustentam a necessidade de propositura concomitantemente da ação direta de inconstitucionalidade.

É certo, porém, que não poderá ser exigido qualquer tipo de formalidade como critério de validade do ato, uma vez que sua essência está na supremacia da Constituição e não propriamente no ato do Chefe do Executivo, ou, como nos demais atos administrativos, nos requisitos de validade e eficácia. Na verdade, as exigências balizadas na doutrina e na jurisprudência pátria visam proporcionar maior transparência possível e o controle da decisão de rejeição da lei reputada inconstitucional, mas não podem vincular a validade do ato.

4.4.2 Fundamentos para o controle difuso de constitucionalidade pelo Tribunal de Contas da União.

O Tribunal de contas da União, na via incidental e com efeitos restritivos às partes, pode examinar a constitucionalidade das leis e atos normativos, e, com a finalidade de afastá-los da aplicação a um caso concreto, considerá-los inconstitucionais. Assim, a partir de parâmetros estabelecidos na Constituição, a interpretação de leis e atos normativos realizada nas decisões prolatadas pelo Tribunal de Contas, deverá possuir caráter informativo e orientador para todos os órgãos jurisdicionados.

Quando do exercício de suas atribuições estabelecidas na Constituição Federal, o Tribunal de Contas da União possui a prerrogativa para apreciar a constitucionalidade de leis e atos normativos, sendo certo que é uniforme o entendimento da jurisprudência e da doutrina no sentido de que, em matérias de sua competência, a Corte de Contas pode se manifestar sobre a constitucionalidade de leis e atos normativos.

Por meio da edição da Súmula 347, ainda sob a égide da Constituição de 1946, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a competência do Tribunal de Contas, quando do exercício de suas atribuições, para apreciar a constitucionalidade de leis e atos normativos. Assim, as leis e atos normativos emanados pelo Poder Público são passíveis de análise pelo Tribunal de Contas, a quem é atribuída, além do Poder Judiciário, a competência para verificar a harmonização dessas leis ou atos com a Constituição Federal.

Verificando se houve alguma violação legal, as questões submetidas ao Tribunal de Contas devem ser confrontadas com as leis, e, com o fim precípua de se salvaguardar o patrimônio público federal, permitem o exercício do controle de constitucionalidade de leis e atos normativos pela Corte de Contas.

Dentre outras, a competência para o julgamento da legalidade dos atos, contratos, reformas e pensões, com o objetivo de se aplicar sanções ou evitar a ocorrência de danos ao erário, é atribuída pelos artigos 70 e 71, da Constituição Federal, ao Tribunal de Contas da União, na condição de auxiliar do Congresso Nacional no exercício do controle externo. Assim, argumenta-se que daí se extrai um dos fundamentos para o exercício do controle de constitucionalidade pela Corte de Contas, no sentido de que, com o objetivo de salvaguardar o patrimônio público, é possível, por meio do controle da constitucionalidade das leis e atos normativos, a verificação da superlegalidade, já que a ela é dada a competência de verificação da legalidade.

Afirma-se também como fundamento da possibilidade do exercício de controle de constitucionalidade pelo Tribunal de Contas, a competência, prevista na Lei Orgânica e no próprio Regimento Interno da Corte de Contas da União, possibilitando ao Plenário desta deliberar originariamente sobre conflito de lei ou de ato normativo do poder público com a Constituição Federal, em matéria de sua competência, consoante se observa da leitura do art. 66, da Lei nº. 8.443, de 16 de julho de 1992 (BRASIL, 1992), e do art. 15, inciso I, alínea “e”, do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União, aprovado pela Resolução nº. 155, de 04 de dezembro de 2002 (BRASIL, 2002).

Assim, nos casos concretos que lhe são submetidos, o Tribunal de Contas tem tido a oportunidade de se pronunciar no que tange à constitucionalidade de leis e atos normativos, espelhando a sua interpretação constitucional em matérias de sua competência, em diversos julgados.

Questão que surge quando se indaga acerca da possibilidade do exercício do controle de constitucionalidade difuso pelo Tribunal de Contas diz respeito à natureza deste órgão, ou seja, se o mesmo possui natureza jurisdicional ou não. Apesar da denominação de “tribunal”, a Corte de Contas não integra o Poder Judiciário, entretanto, é inegável a função judicante que lhe foi conferida pelo

art. 71, incisos II e III, da Constituição Federal (BRASIL, 2010.c, p. 100), tendo em vista a sua competência para proceder a um julgamento de caráter técnico e jurídico.

Afirma-se, como objeto de apreciação da questão, também a existência de algum paralelo entre o Tribunal de Contas da União e o Superior Tribunal de Justiça, haja vista a atribuição, conforme art. 73, §3º, da Constituição Federal (BRASIL, 2010.c, p. 102-103), dos mesmos direitos, garantias, prerrogativas, impedimentos, vencimentos e vantagens dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça aos membros da Corte de Contas.

Como órgão encarregado constitucionalmente da fiscalização da execução do orçamento público, o Tribunal de Contas encontra fundamento de criação na impossibilidade de existência, dentro do Poder Legislativo, de condições materiais, intelectuais e parciais para fiscalizar, acompanhar e julgar o orçamento público, tendo em vista o choque de interesses partidários no seio desse Poder.

Assim, como assevera Odete Medauar (1992, p. 68), “se a sua função é de atuar em auxílio ao Legislativo, sua natureza, em razão das próprias normas da Constituição, é de órgão independente, desvinculado da estrutura de qualquer dos três poderes”.

Desta forma, como já dito, o Tribunal de Contas não é órgão do Poder Judiciário, não exerce funções jurisdicionais, pois muito embora se diga que o objeto da ação da Corte de Contas seja de julgar o orçamento, este termo nada tem de sentença judiciária, mas constitui-se no ato de verificar a regularidade do orçamento.

Sobre a natureza do Tribunal de Contas, esclarece o Prof. Alfredo Buzaid:

Quando o Tribunal de Contas acompanha e fiscaliza, diretamente ou por delegações criadas em lei, a execução do orçamento e quando julga da legalidade dos contratos, aposentadorias, reformas e pensões, é órgão auxiliar do Congresso. Mas quando julga as contas dos responsáveis por dinheiros ou outros bens públicos e as dos administradores dos entes autárquicos, é corporação administrativa autônoma. Suas decisões transitadas em julgado podem ser vistas pelo Poder Judiciário, que as acatarão não como se emanassem dos próprios juízes deste, mas enquanto forem conforme a lei (BUZAID, 1967, p. 76).

Ou seja, pode-se afirmar que o Tribunal de Contas possui natureza administrativa e contábil, não sendo sentenças as suas decisões, mas é órgão fiscalizador dotado também de função judicante em certos casos. Trata-se de órgão

especial, independente e autônomo, que não pertence a nenhum dos Poderes da República.

Diz-se, contudo, que diante da atribuição conferida pela Constituição Federal ao Tribunal de Contas, no sentido de julgar a legalidade de determinados atos, prescrevendo-lhe a incumbência de verificar o aspecto jurídico desses atos, estaria a Corte de Contas, caso se deparasse com a inconstitucionalidade desses atos e tendo que se pronunciar a respeito, procedendo a um julgamento de controle de constitucionalidade.

Desta forma, fundamentada na Súmula nº. 347, editada pelo Supremo Tribunal Federal, podendo gerar julgamentos de inconstitucionalidade dessas normas, conclui-se que a função judicante reconhecida ao Tribunal de Contas reside na prerrogativa que lhe foi conferida para apreciar a constitucionalidade de leis e atos normativos emanados pelo Poder Público.

Neste diapasão, o Tribunal de Contas deverá, preliminarmente, resolver a questão prejudicial de inconstitucionalidade, ao se deparar com uma incompatibilidade entre a norma ou ato normativo e a Constituição, para depois proceder com o julgamento de mérito no caso concreto que lhe foi submetido, realizando assim o controle difuso de constitucionalidade. Ou seja, não restam dúvidas de que, em matérias de sua competência, o Tribunal de Contas é competente para deliberar acerca dos conflitos de leis e atos normativos com a Constituição apontados nos casos concretos que lhes são submetidos.

Inclusive, em alguns julgados do Tribunal de Contas, fica patente essa possibilidade de controle difuso de constitucionalidade por esta Corte. Observe-se, como exemplo, voto consignado no Acórdão nº. 266/2007:

Ora, se esta Corte de Contas, como já reconheceu o excelso STF, pode, no exercício de sua competência de fiscalizar a atividade da Administração Pública Federal, examinar a constitucionalidade de leis promanadas do Congresso Nacional, afastando a incidência das que tiver por inconstitucionais, a fortiori, com muito mais razão, atos normativos de menor hierarquia poderão ser examinados e ter sua incidência afastada pelo Tribunal de Contas da União, como é o caso de decretos do Poder Executivo e também de pareceres da AGU cancelados pelo Presidente da República, que versem conteúdo considerado inconstitucional ou ilegal pela Corte de Contas (TCU, 2007).

Também o voto proferido no Acórdão nº. 913/2005 revela essa possibilidade de controle difuso pela Corte de Contas:

20.2 De fato, o controle de constitucionalidade no âmbito do TCU é aquele de ordem difusa, destarte, não há prejudicialidade em, a cada processo, afastar-se norma por inconstitucional, ainda que a questão esteja em debate no STF. De mais a mais, a Lei n. 9.868/98 não veda a realização controle difuso, ante a tentativa de afastar norma do mundo jurídico por meio do controle concentrado. Ressalva apenas a vinculação à decisão do STF nas Ações Direta e Indireta de Inconstitucionalidade, o que ainda não ocorreu. 20.3 Assim, está plenamente legitimado este Tribunal, no exercício de suas competências constitucionais, em velar pela constitucionalidade dos atos poder público, especialmente os atos de natureza infralegal, como é o caso da Resolução 388/97 do TST, que receberá mais comentários adiante. (TCU, 2005).

Destaca-se, mais uma vez, que o objetivo precípua do Tribunal de Contas é a proteção ao erário que poderia vir a ser afetado por despesas respaldadas em leis e atos normativos inconstitucionais, e não o ataque direto e frontal à lei ou o ato normativo, visto que a Corte de Contas exerce somente o controle incidental de constitucionalidade.

De outra forma, argumenta-se que o Tribunal de Contas deveria estar sujeito à regra do *quorum* qualificado, estabelecido no art. 97, da Constituição Federal, como condição de eficácia para suas decisões, haja vista a sua possibilidade de exercício do controle difuso de constitucionalidade.

Pontes de Miranda já lecionava, ainda sob a égide da Constituição de 1946, sobre a necessidade do *quorum* qualificado para a apreciação da constitucionalidade de leis e atos normativos pelo Tribunal de Contas, com a maioria absoluta dos votos dos membros desta Corte, como condição de eficácia jurídica de suas decisões, *in verbis*:

Se bem que seja igualmente ilegal o ato que infringe a Constituição e o ato que infringe lei ordinária, porque o Poder Judiciário e, no caso do art. 77, I, II e III, o Tribunal de Contas tem, em ambos os casos, de decretar a nulidade, pode dar-se que o ato esteja conforme a lei e não conforme a Constituição, por ser a lei mesma contra a lei. A lei, que contra ela é, seria, então inconstitucional. A constitucionalidade [sic] não é mais do que espécie – a espécie mais conspícua – de ilegalidade. O Tribunal de Contas pode apreciá-la e decretar a nulidade do contrato, por maioria absoluta de votos dos seus membros (art. 200: “os tribunais”). (MIRANDA, 1947, p. 105).

Importante dizer, entretanto, que parte da doutrina sustentava que ao Tribunal de Contas não competiria a declaração de inconstitucionalidade, mas tão-somente a possibilidade de deixar de aplicar lei que considere inconstitucional. Neste sentido, veja-se a posição de Roberto Rosas:

Ao Tribunal de Contas não compete a declaração de inconstitucionalidade de lei, nos termos do art. 97, que dá essa competência aos tribunais enumerados no art. 92. Caso o ato esteja fundado em lei divergente da Constituição, o Tribunal de Contas pode negar-se à aplicação porque há que distinguir entre declaração de inconstitucionalidade e não aplicação de leis inconstitucionais, pois esta é a obrigação de qualquer tribunal ou órgão de qualquer dos Poderes do Estado (ROSAS, 2004, p. 153).

Em sentido contrário, destacam-se as lições de Ronaldo Poletti (2001, p. 198), para quem “inexiste diferença ontológica entre declaração de inconstitucionalidade e sentença, onde não se aplicou lei formalmente válida por entendê-la inconstitucional seu prolator. A diferença é de eficácia, quanto aos efeitos, daquela decisão dos tribunais e daquela outra pelos juízes singulares ou pelo Supremo Tribunal Federal”. Para o autor, a regra do art. 97, da Constituição Federal, não indica competência, mas possui natureza instrumental, aplicando-se, portanto, aos Tribunais de Contas.

Apesar da consistência nos argumentos dos autores que defendem a necessidade do *quorum* qualificado para o pronunciamento do Tribunal de Contas no exercício do controle difuso de constitucionalidade de leis e atos normativos, nos termos estipulados no art. 97, da Constituição Federal, torna-se imperioso lembrar que o Regimento Interno da Corte de Contas não estabeleceu o número de membros do Tribunal necessários para a votação da matéria constitucional.

No que se refere ao procedimento para a apreciação da constitucionalidade pelo Tribunal de Contas, convém salientar que não houve regulamentação no Regimento Interno para determinação de procedimento próprio para exame da matéria constitucional por esta Corte, muito embora tenha sido reservado ao Plenário, consoante art. 66, da Lei nº. 8.443/92 (BRASIL, 1992) e art. 15, inciso I, alínea “e”, do Regimento Interno (BRASIL, 2002), a decisão sobre a existência de conflito de norma com a Constituição.

Observa-se, entretanto, que, em suas decisões, a Corte de Contas não vem declarando a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, mas apenas emitindo pronunciamento sobre a aplicabilidade ou inaplicabilidade de norma, recomendando à unidade jurisdicionada que deixe de aplicar determinada norma por entendê-la inconstitucional, ou dando uma interpretação constitucional para o caso.

Por fim, cabe dizer também que a questão da possibilidade do exercício do controle difuso de constitucionalidade pelo Tribunal de Contas vem sendo rediscutida no âmbito do Supremo Tribunal Federal, decorrente da impetração do Mandado de Segurança nº. 25.888 (BRASIL, 2006.d), pela Petrobrás, contra ato do Tribunal de Contas da União, consubstanciado em decisão que determinou à impetrante e seus gestores que se abstenham de aplicar o Regulamento de Procedimento Licitatório Simplificado, aprovado pelo Decreto nº 2.745, de 24 de agosto de 1998, do Presidente da República.

O Tribunal de Contas da União, ao apreciar o processo TC nº 008.210/2004-7, determinou que a impetrante: a) justificasse, de modo circunstanciado, a aplicação das sanções previstas no art. 87 da Lei nº 8.666/93, garantindo prévia defesa da contratada e mantendo no respectivo processo administrativo os documentos que evidenciem tais procedimentos; b) obedeça ao estabelecido nos arts. 22 e 23 da Lei nº 8.666/93 no que se refere às modalidades de licitação e seus respectivos limites, tendo em vista o valor estimado de contratação.

Contra essa decisão, a impetrante interpôs recurso de reexame, alegando que seus procedimentos de contratação não estariam regulados pela Lei nº 8.666/93, mas sim pelo Regulamento de Procedimento Licitatório Simplificado aprovado pelo Decreto nº 2.745/98, do Presidente da República, o qual possui lastro legal no art. 67 da Lei nº 9.478/97. Sustentou, ainda, que o Parecer da Advocacia-Geral da União, aprovado pelo Presidente da República, vinculante para a administração pública federal, concluiu que a Petrobrás e suas subsidiárias devem se submeter às regras do citado Decreto nº 2.745/98.

Ao analisar o pedido de reexame, o Tribunal de Contas da União negou-lhe provimento, com base nos seguintes fundamentos: a) o Parecer da Advocacia-

Geral da União vincula tão-somente os órgãos do Poder Executivo, não se estendendo ao Tribunal de Contas; b) na Decisão nº 633/2002, o Tribunal de Contas da União já havia declarado a inconstitucionalidade do art. 67 da Lei nº 9.478/97 e do Decreto nº 2.745/98, determinando que a Petrobrás observasse os ditames da Lei nº 8.666/93; e, c) segundo a Súmula 347 do Supremo Tribunal Federal, o Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das Leis e dos Atos do Poder Público.

Contra essa decisão do Tribunal de Contas da União, a Petrobrás impetrou o mandado de segurança, alegando, dentre outras razões, que o Tribunal de Contas de União não possui competência para declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, posto que a Súmula 347 do Supremo Tribunal Federal foi editada em 1963, tendo como base o art. 77 da Constituição de 1946, há muito revogado, bem como que a regra do Regimento Interno do TCU, que prevê essa competência, não pode se sobrepor à Constituição.

A impetrante requereu, em sede de medida liminar, a suspensão da decisão proferida pelo Tribunal de Contas da União, nos autos do processo TC nº 008.210/2004-7, Acórdão nº 39/2006. O Ministro Relator do Mandado de Segurança, Gilmar Ferreira Mendes, concedeu a liminar requerida pela Petrobrás, sustentando, dentre outros argumentos, que a declaração de inconstitucionalidade, pelo Tribunal de Contas da União, do art. 67 da Lei nº 9.478/97, e do Decreto nº 2.745/98, obrigando a Petrobrás, conseqüentemente, a cumprir as exigências da Lei nº 8.666/93, parece estar em confronto com normas constitucionais, mormente as que traduzem o princípio da legalidade, as que delimitam as competências do Tribunal de Contas da União, assim como aquelas que conformam o regime de exploração da atividade econômica do petróleo.

Sobre a possibilidade do controle difuso de constitucionalidade pelo Tribunal de Contas, consoante permissivo da Súmula nº. 347, editada pelo próprio Supremo Tribunal Federal, disse o Ministro Relator Gilmar Mendes:

Não me impressiona o teor da Súmula nº 347 desta Corte, segundo o qual “o Tribunal de Contas, o exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público”. A referida regra sumular foi aprovada na Sessão Plenária de 13.12.1963, num contexto

constitucional totalmente diferente do atual. Até o advento da Emenda Constitucional nº 16, de 1965, que introduziu em no sso sistema o controle abstrato de normas, admitia-se como legítima a recusa, por parte de órgãos não jurisdicionais, à aplicação da lei considerada inconstitucional (BRASIL, 2006.d).

Afirmou, ainda, que é preciso levar em conta que o texto constitucional de 1988 introduziu uma mudança radical no nosso sistema de controle de constitucionalidade. E mais: disse que “a ampla legitimação, conferida ao controle abstrato, com a inevitável possibilidade de se submeter qualquer questão constitucional ao Supremo Tribunal Federal, operou uma mudança substancial no modelo de controle de constitucionalidade até então vigente no Brasil” (BRASIL, 2006.d).

Mendes segue em sua decisão asseverando que:

Parece quase intuitivo que, ao ampliar, de forma significativa, o círculo de entes e órgãos legitimados a provocar o Supremo Tribunal Federal, no processo de controle abstrato de normas, acabou o constituinte por restringir, de maneira radical, a amplitude do controle difuso de constitucionalidade. A amplitude do direito de propositura faz com que até mesmo pleitos tipicamente individuais sejam submetidos ao Supremo Tribunal Federal mediante ação direta de inconstitucionalidade. Assim, o processo de controle abstrato de normas cumpre entre nós uma dupla função: atua tanto como instrumento de defesa da ordem objetiva, quanto como instrumento de defesa de posições subjetivas (BRASIL, 2006.d).

Desta forma, deferiu em sua decisão a liminar requerida pela Petrobrás, concluindo que, diante da própria evolução do sistema de controle de constitucionalidade no Brasil, é necessário se reavaliar a subsistência da Súmula nº. 347, em face da ordem constitucional instaurada com a Constituição de 1988.

4.5 O exercício do controle difuso de constitucionalidade pelo Conselho Nacional de Justiça em suas decisões: limites e possibilidades.

Trata-se aqui da segunda proposta do presente trabalho: o reconhecimento da possibilidade do exercício do controle difuso de constitucionalidade pelo Conselho Nacional de Justiça, observando os limites e as possibilidades desta modalidade de fiscalização, diante do sistema constitucional atual e da intensa atividade de recriação deste por meio de jurisprudências da Corte Máxima.

O controle difuso de constitucionalidade, como já dito, derivado do sistema americano e introduzido no Brasil desde a Constituição Republicana de 1891, é aquele em que todos os juízes singulares e tribunais detêm competência para apreciar matéria de constitucionalidade das leis, ou seja, a arguição de inconstitucionalidade ocorre no curso de um processo jurisdicional, diante de uma situação concreta. Nesta modalidade, insurge-se o interessado contra o ato jurídico ou a conduta praticada, aparecendo a inconstitucionalidade como fundamento do pedido ou da resposta do réu, ou seja, como questão prejudicial.

Como já delineado acima, a Constituição Federal de 1988 adotou um modelo misto de controle de constitucionalidade, contando tanto com o controle difuso e concreto, quanto com o controle concentrado e abstrato realizado pelo Supremo Tribunal Federal e pelos Tribunais de Justiça.

Visto a questão do controle concentrado e as suas implicações no ordenamento jurídico brasileiro, demonstrou-se a pretensão da Corte Maior de restringir o acesso à jurisdição constitucional, muito embora se saiba, conforme leciona Barroso (2009, p. 57), que esta é um valioso instrumento na superação do déficit de legitimidade dos órgãos políticos eletivos, “cuja composição e atuação são muitas vezes desvirtuadas por fatores como o abuso do poder econômico, o uso da máquina administrativa, a manipulação dos meios de comunicação, os grupos de interesse e de pressão, além do sombrio culto pós-moderno à imagem sem conteúdo”.

Esse movimento de restrição à jurisdição constitucional promovido em sede de controle abstrato, sob o argumento da produção de julgamentos mais elaborados e dotados de maior visibilidade, fomentando o debate democrático em torno das decisões e do próprio papel desempenhado pela Corte, bem como da necessidade de evitar o esgotamento da capacidade de trabalho do Tribunal com questões menores, também ganha bastante visibilidade em sede de fiscalização difusa de constitucionalidade de leis ou atos normativos, pela nítida criação de um movimento de abstrativização do controle difuso, de forma a tornar ainda mais preponderantes as decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal, ainda que proferidas em um caso concreto.

Observa-se que a Corte Máxima vem realizando modificações jurisprudenciais de grande importância para o sistema de controle de constitucionalidade, tal como afirmado acima, enfrentando temas como a natureza objetiva do recurso extraordinário, a repercussão geral, as súmulas vinculantes, a aplicação de mecanismos próprios do controle concentrado no controle difuso, tais como *amicus curiae*, a produção de efeitos *ex nunc* em recursos extraordinários, transcendentales e erga omnes, e a questão da limitação do papel do Senado Federal, no controle difuso de constitucionalidade a uma mera função de publicidade, promovendo, assim, como bem fundamentado pelo Prof. Marcelo Labanca (2009, p. 44-51), a aproximação entre os sistemas de exercício da jurisdição constitucional no ordenamento jurídico brasileiro, ou seja, entre o controle difuso e o controle concentrado de constitucionalidade.

O tema ganha especial importância quando se estuda sobre a possibilidade do exercício do controle difuso de constitucionalidade pelo Conselho Nacional de Justiça, pois serve de parâmetro para se averiguar os limites e os requisitos do próprio sistema constitucional.

No item 3.5 deste estudo, foi feita uma análise discursiva sobre a natureza jurídica do Conselho Nacional de Justiça, as atribuições que lhes foram constitucionalmente conferidas, sua estrutura e composição, como forma de demonstrar a possibilidade do exercício do controle concentrado de constitucionalidade, por meio de propositura das ações diretas por este Órgão

perante o Supremo Tribunal Federal, utilizando-se, sobretudo, da analogia com o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e da técnica de interpretação sistemática, na qual se enfrentou a problemática suscitada dentro de um todo estrutural, ou seja, observando-se a unidade do sistema jurídico do ordenamento.

Paralelamente, este se trata do segundo aspecto da abordagem do tema, no qual se afirma a possibilidade de atuação do Conselho Nacional de Justiça também em sede de exercício do controle difuso, no âmbito das atribuições que lhes foram constitucionalmente conferidas.

Como demonstrado acima, no atual sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, é possível identificar formas diferentes de fiscalização tanto pelo Poder Executivo da compatibilidade da norma com o Texto Constitucional, tal como ocorre com o veto do Presidente da República e a prerrogativa que o mesmo possui de deixar de aplicar lei que considere inconstitucional; quanto pelo Poder Legislativo, com o Tribunal de contas, órgão de controle externo auxiliar do Congresso Nacional, que, na via incidental e com efeitos restritivos às partes, pode examinar a constitucionalidade das leis e atos normativos, e, com a finalidade de afastá-los da aplicação a um caso concreto, considerá-los inconstitucionais.

Tecendo-se um comparativo, é possível concluir, de forma antecipada, que o Conselho Nacional de Justiça pode exercer o controle difuso de constitucionalidade, no âmbito das suas decisões ainda que estas sejam consideradas de cunho eminentemente administrativo. Defende-se, assim, um juízo de constitucionalidade que não se confunde, em natureza e extensão, com o típico e exclusivo controle concentrado de constitucionalidade exercido pelo Supremo Tribunal Federal.

É fato que, se a Constituição Federal ocupa o ápice do ordenamento jurídico, vinculando direta e indiretamente a todos os cidadãos, é inequívoca a possibilidade de o Administrador Público deixar de aplicar normas jurídicas que considere inconstitucionais, embora assumindo os ônus de sua conduta, sendo, inclusive, tal possibilidade reconhecida pelo Pretório Excelso.

Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento de Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 221-DF (BRASIL, 1993.c),

firmou o entendimento no sentido da possibilidade dos Poderes Executivo e Legislativo, por sua chefia, determinarem aos seus órgãos subordinados que deixem de aplicar administrativamente as leis ou atos com força de lei que considerem inconstitucionais.

No julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº. 12 (BRASIL, 2009.e), ajuizada pela Associação dos Magistrados Brasileiros, em face da Resolução nº. 07, de 18 de outubro de 2005, do Conselho Nacional de Justiça, o Supremo Tribunal Federal deixou evidente a possibilidade do Conselho Nacional de Justiça exercer o controle difuso de constitucionalidade, fundamentado no inciso II, do §4º, do art. 103-B, da Constituição Federal, ou seja, na competência do Conselho Nacional de Justiça para “zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se dotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União”.

Alguns doutrinadores, equivocadamente, sustentam que o fato do Conselho Nacional de Justiça, em sede de suas decisões administrativas, deixar de aplicar leis por julgá-las incompatíveis com a Constituição Federal, trata-se de uma espécie de usurpação da competência exclusivamente atribuída ao Supremo Tribunal Federal para declarar a inconstitucionalidade lei ou ato normativo, suscitado por meio de ação direta.

Cabe conferir a posição de Antônio Veloso Peleja Júnior sobre o tema:

Até o julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº. 12 somente se reconheciam estas modalidades no Brasil, contudo, a citada ADCON trouxe a possibilidade de o CNJ, órgão administrativo, manejar o “controle de constitucionalidade administrativo (político) repressivo”. Com efeito, tal proceder criou um instituto singular, incomum e inusitado – poder normativo primário – que possibilita a um órgão (CNJ) que possui atuação administrativa e financeira possa exarar ato que tem o condão de invalidar e, por via indireta, declarar a inconstitucionalidade de norma, exercendo o controle de constitucionalidade das leis, de cunho abstrato (concentrado).

Data vênia, o autor posiciona-se de forma equivocada ao afirmar que o Conselho Nacional de Justiça, por via indireta, declara a inconstitucionalidade e

exerce o controle concentrado de constitucionalidade. Importante, neste momento, ressaltar a posição já defendida neste trabalho, em sede de controle concentrado, sobre a natureza do Conselho Nacional de Justiça, como possível espécie *sui generis* de Tribunal.

Como dito, o Conselho Nacional de Justiça deve ser visto como órgão especial do Poder Judiciário, com atuação administrativa e, em tese, jurisdicional. Não se trata de órgão capaz de exercer a atividade típica do Poder Judiciário, ou seja, o ofício judicante típico, mas procede a um julgamento técnico-jurídico, revestido de alguns caracteres próprios da atividade jurisdicional, tal como substitutividade, a imparcialidade e a garantia ao duplo grau de jurisdição.

Então, a interpretação que, inevitavelmente, se faz acerca da real intenção da Emenda Constitucional nº. 45/2004, ao incluir o Conselho Nacional de Justiça como um órgão do Poder Judiciário, vinculado ao Supremo Tribunal Federal, como já delineado anteriormente, caminha no sentido do reconhecimento do Conselho Nacional de Justiça como uma espécie *sui generis* de Tribunal, com atuação administrativa e, de forma atípica, jurisdicional.

O Conselho Nacional de Justiça, exercendo, por exemplo, as atribuições que lhes foram conferidas no inciso II, do §4º, do art. 103-B, da Constituição Federal (BRASIL, 2010.c, p. 130), no sentido de apreciar, de ofício ou mediante provocação, “a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei” ou quando a ele é atribuída a competência para “rever, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares de juízes e membros de tribunais julgados há menos de um ano”, está desenvolvendo uma espécie de jurisdição atípica, como um órgão especial, vinculado à Corte Máxima.

De forma a corroborar com essa idéia, observa-se que os conselheiros do Conselho Nacional de Justiça que não integram carreiras da magistratura possuem os mesmos direitos, prerrogativas, deveres, impedimentos constitucionais e legais, suspeições e incompatibilidades que regem a carreira da magistratura, consoante prevê o §3º, do art. 11, do seu Regimento Interno (BRASIL, 2010), ou seja, sendo a

equiparados a juízes enquanto no exercício das atribuições que lhes são conferidas pelo Conselho.

No caso da fiscalização difusa de constitucionalidade pelo Conselho Nacional de Justiça, o reconhecimento da sua possibilidade é extraído da analogia que se faz com o Tribunal de Contas da União que, muito embora esteja previsto como órgão auxiliar do Congresso Nacional, é dotado de independência e autonomia, atuando como órgão fiscalizador e contábil.

Tal como ocorre com o Tribunal de Contas, no art. 71, inciso III, da Constituição Federal (BRASIL, 2010.c, p. 100), no qual se atribui à Corte de Contas a competência para apreciar a legalidade de determinados atos, a Carta Maior também atribuiu ao Conselho Nacional de Justiça, consoante previsão no inciso II, do §4º, do art. 103-B (BRASIL, 2010.c, p. 130), a competência para apreciar a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário.

Mesmo considerando tão-somente a sua atuação administrativa, cuja a jurisprudência e parte da doutrina fundamenta, de forma equivocada ao que parece, na previsão do §4º, do art. 103-B (BRASIL, 2010.c, p. 130), no qual se prevê “o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes”, ainda assim cabe sustentar a possibilidade do exercício do controle difuso de constitucionalidade pelo Conselho Nacional de Justiça, que não pode, em hipótese alguma, ser confundido com o controle concentrado exercido com exclusividade pelo Supremo Tribunal Federal.

Nesta hipótese, a possibilidade do exercício da fiscalização difusa seria aferida pela analogia com a prerrogativa exercida pelo Chefe do Poder Executivo, no sentido de deixar de aplicar leis que considere inconstitucionais, sendo certo que é dever de todos e de cada um a preservação da Constituição Federal, esta vista como diretriz do ordenamento jurídico, como norma maior e suprema.

Não resta dúvida que o Conselho Nacional de Justiça, no âmbito de suas atribuições, possui competência para apreciar a validade de atos administrativos praticados com respaldo em leis estaduais, em face da Constituição Federal, ressaltando-se que, neste caso, não haverá quebra do pacto federativo diante do seu caráter nacional.

Da mesma forma como argumentado em sede de controle concentrado, o Conselho Nacional de Justiça é órgão competente para zelar pelos princípios estabelecidos no art. 37, da Constituição Federal, quais seja, legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, que devem ser obedecidos por todos os órgãos da Administração Direta e Indireta, estes vistos como fundamentos da organização do Estado Democrático de Direito, de onde se extrai, portanto, que a sua finalidade precípua de controle também envolve a análise da compatibilidade entre a lei e os atos normativos e a Norma Constitucional.

Então, se o Conselho Nacional de Justiça, ao apreciar uma questão no âmbito de suas competências, deparar-se com uma incompatibilidade entre a norma ou ato normativo e a Constituição, deverá resolver a questão prejudicial de inconstitucionalidade preliminarmente ao julgamento de mérito do caso concreto, caracterizando assim o controle difuso de constitucionalidade.

Algumas decisões demonstram que o Conselho Nacional de Justiça vem procedendo, de certa forma, ao controle caracteristicamente incidental de constitucionalidade, a exemplo dos Procedimentos de Controles Administrativos nºs. 2007.10.00.001564-8, 0005287-22.2010.2.00.0000, 2007.10.00.001560-0, nos quais o Conselho deixa evidente a fiscalização difusa de constitucionalidade dos atos administrativos e normativos do Poder Judiciário, deixando de aplicar leis por julgá-las inconstitucionais.

Não merece ser acolhida a posição doutrinária que sustenta o exercício, por via indireta, do controle concentrado de constitucionalidade pelo Conselho Nacional de Justiça, usurpando competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal.

Ao que parece, o Conselho Nacional de Justiça realiza sim o controle difuso de constitucionalidade, de duas formas: 1) declara incidentalmente a inconstitucionalidade de atos administrativos do Poder Judiciário, tal como previsto no inciso II, do §4º, do art. 103-B, da Constituição Federal (BRASIL, 2010.c, p. 130), zelando pelos princípios estabelecidos no art. 37, da Carta Magna; 2) e, sendo este o segundo ponto controvertido do presente trabalho, na apreciação de casos de sua competência, pode declarar incidentalmente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, haja vista a atribuição do exercício do controle difuso de

constitucionalidade a todos os órgãos do Poder Judiciário, fazendo parte dele também o Conselho Nacional de Justiça.

No entanto, a proposta aqui defendida, muito embora ainda pouco discutida no meio jurídico e acadêmico, encontra considerável resistência doutrinária, sob o argumento de que o Conselho Nacional de Justiça, órgão cuja natureza foi considerada administrativa e não jurisdicional, apesar de integrar o Poder Judiciário, não poderia exercer o controle difuso de constitucionalidade de leis e atos normativos.

De imediato se destaca que, nos países que adotam a Constituição como norma suprema perante outras normas jurídicas, é pressuposto básico para a formação do Estado Democrático de Direito o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos. Assim, diante da superioridade jurídica da Constituição em relação a todas as normas do sistema, não pode subsistir nenhum ato jurídico se for com ela incompatível.

Ao que parece, toda a problemática da questão reside na consideração, equivocada, da natureza estritamente administrativa do Conselho Nacional de Justiça. Como já delineado acima, na defesa da possibilidade de inclusão, mediante Emenda Constitucional, do Conselho Nacional de Justiça no rol de legitimados para a propositura da ação direta de controle de constitucionalidade, acredita-se que o Conselho Nacional de Justiça é órgão especial do Supremo Tribunal Federal, uma espécie *sui generis* de Tribunal, possuindo natureza fiscalizadora, administrativa e, atipicamente, jurisdicional, diante de amplas atribuições que lhes foram constitucionalmente conferidas.

Assim, o §4º, do art. 103-B, da Constituição Federal (BRASIL, 2010.c, p. 130), ao destacar a função do Conselho Nacional de Justiça de “controlar a atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes”, parece deixar evidente que, no âmbito das suas atribuições, o Conselho Nacional de Justiça exerce o controle difuso de constitucionalidade, e, portanto, função jurisdicional atípica, porque vinculada a ato administrativo do Poder Judiciário e dos juízes, de uma forma geral.

Alguns defendem que após o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº. 12 (BRASIL, 2009.e), foi admitida

uma espécie de controle de constitucionalidade administrativo repressivo. Ora, ainda que se admitisse a natureza estritamente administrativa do Conselho Nacional de Justiça, tal fato não o impossibilitaria de exercer o controle difuso de constitucionalidade, no âmbito de suas competências, a exemplo do controle de constitucionalidade exercido pelo Tribunal de Contas da União, órgão também considerado de natureza administrativa e que, em certos casos exerce ofício julgante especial pelo caráter técnico-jurídico de seu julgamento.

Tanto é plausível o que aqui se defende, ou seja, que o Conselho Nacional de Justiça possui o status de um Tribunal *sui generis*, que a própria Constituição, em seu art. 92 (BRASIL, 2010.c, p. 111), incluiu o Conselho Nacional de Justiça como órgão do Poder Judiciário, sendo este composto integralmente por Tribunais. Caso o Constituinte Reformador não quisesse dar essa conotação ao Conselho Nacional de Justiça, cuidaria de, expressamente, destacar a natureza administrativa deste órgão, mas assim não procedeu.

Ao contrário, como se observa nas disposições gerais aplicáveis aos órgãos do Poder Judiciário, previstas nos arts. 92 a 100, da Constituição Federal (BRASIL, 2010.c, p. 111-123), estabeleceu regras de aplicação geral ao Supremo Tribunal Federal e aos Tribunais Superiores, sem fazer qualquer ressalva ao Conselho Nacional de Justiça.

E mais: o Texto Magno previu o mais amplo controle de constitucionalidade sobre qualquer lide, independente dos sujeitos que nela figurem, do seu objeto e dos respectivos fundamentos, sendo certo que, como o dano ou a iminência de sua ocorrência poderão advir da conduta inconstitucional de agentes públicos, não poderá haver qualquer tipo de restrição ao controle de constitucionalidade.

Demonstrada, assim, a viabilidade da proposta do presente estudo, ou seja, da possibilidade do exercício do controle difuso de constitucionalidade de leis e atos normativos pelo Conselho Nacional de Justiça, torna-se importante tecer algumas considerações sobre os limites deste exercício, especialmente quando se analisa sua atuação no atual cenário da constante recriação da jurisdição constitucional brasileira.

Assim, no julgamento de causas de sua competência, o Conselho Nacional de Justiça, surgindo questão prejudicial do mérito, ou seja, acerca da inconstitucionalidade de determinada lei ou ato normativo, da forma como aqui se defende, deverá o Conselho Nacional de Justiça submeter a questão ao julgamento do Plenário, aplicando-se, por analogia, o disposto no art. 97, da Constituição Federal (BRASIL, 2010.c, p. 118), ou seja, somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros poderá o Conselho Nacional de Justiça declarar a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos do Poder Público.

Também seria permitida, no incidente de inconstitucionalidade junto ao Conselho Nacional de Justiça, a participação, como *amicus curiae*, das pessoas jurídicas responsáveis pelo ato impugnado e dos sujeitos legitimados à propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade.

Por fim, resta dizer que, como não poderia ser diferente, da decisão Plenária do Conselho Nacional de Justiça, na qual se declara a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no âmbito das suas atribuições, caberá sempre Recurso para o Supremo Tribunal Federal, resguardando-se, desta forma, a atuação da Corte Máxima.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O fenômeno denominado constitucionalização do direito, no qual parece evidenciar-se uma relação estreita entre processo e constituição, decorre da irradiação dos valores da Constituição, esta vista como centro dos sistemas jurídicos contemporâneos, para todo o resto da ordem jurídica.

Ser guardião da Constituição é incumbência da Jurisdição Constitucional, nos Estados Constitucionais contemporâneos, sendo a interpretação e aplicação do texto constitucional tarefa cometida a todos os Poderes. A conciliação entre a proteção dos direitos fundamentais e da democracia configura-se como um grande desafio da Jurisdição Constitucional, que cumpre a importante função de reforçar as condições normativas da democracia, impondo limites aos ímpetos da maioria e disciplinando o exercício da vontade majoritária, considerando, ainda, que a época constitucional atual sucede à época da Separação de Poderes, sendo considerada a época constitucional dos direitos fundamentais.

O controle de constitucionalidade, como instrumento da jurisdição constitucional, é o campo no qual se afirma a força legitimadora das instituições. Em verdade, hodiernamente, a premissa da democracia com legitimidade é a justiça constitucional.

A distinção entre jurisdição constitucional e controle de constitucionalidade, entretanto, se faz necessária, devido à utilização, equivocada, das expressões com se sinônimas fossem. Jurisdição Constitucional é a aplicação da Constituição por juízes e tribunais, enquanto controle de constitucionalidade é o mecanismo de afastar atos e leis inconstitucionais do ordenamento jurídico, em razão da sua incompatibilidade com a Constituição.

O que se demonstrou no presente estudo é que, contemporaneamente, o conceito de jurisdição constitucional prende-se à necessidade do estabelecimento de uma instância neutra, mediadora e imparcial na solução de conflitos constitucionais, sobretudo, de uma instância mediadora de conflitos, em se tratando de uma sociedade regida por um princípio democrático e jurídico de limitações de poder, ou seja, no âmbito de sociedades pluralistas e complexas.

Não se pode confundir, no entanto, legitimidade da jurisdição constitucional e legitimidade no exercício dessa jurisdição. A questão legitimidade da jurisdição constitucional está ligada à adequação e defesa da ordem jurídica, enquanto a legitimidade no exercício da jurisdição, ponto de controvérsias, insere-se no campo da oscilação entre o Direito e a Política, no qual a interferência do Poder Executivo sobre o Judiciário demonstra-se como instrumento contrário à democracia e à causa da Justiça, ou seja, cada vez mais em detrimento dos interesses da ordem constitucional, em nome do fortalecimento do Poder do Estado e dos interesses do grupo governante.

Nesse contexto, a jurisdição constitucional surge como mecanismo necessário para assegurar a supremacia dos direitos do homem sobre as criações da vontade geral, segundo a qual as leis contrárias aos preceitos constitucionais não são aplicadas, entretanto, a justiça constitucional jamais neutraliza inteiramente a influência dos fatores políticos no desempenho da sua função.

Demonstrou-se que a idéia de supremacia de uma lei sobre outras surge antes mesmo da adoção prática desta pelo Direito Norte-Americano. Nas controvérsias surgidas entre o nómos e o pséfisma, no Direito Ateniense, pode-se destacar essa idéia de supremacia entre as leis, caracterizada pela atribuição ou não do poder de modificar as leis à Assembleia Popular.

Também a concepção de justiça e direito da época medieval influenciou os grandes sistemas adotados pelos Estados Unidos e por outros países da América, da Europa e de outros continentes, decorrendo a idéia de direito natural como norma superior, das concepções das escolas Jusnaturalistas e das idéias do jusnaturalismo racionalista, a partir da Revolução Gloriosa e dos ideais do “pai do liberalismo”, John Locke.

Entretanto, credita-se ao sistema inglês da absoluta Supremacia do Parlamento em relação aos outros poderes, o precedente que mais diretamente inspirou o instituto norte-americano da supremacia do Poder Judiciário, encontrando respaldo nas concepções de Edward Coke, que predominou por vários anos na Inglaterra e nas colônias inglesas da América, como instrumento de luta contra o absolutismo do Rei e contra a supremacia do Parlamento.

A idéia de controle de constitucionalidade de leis também sofreu influências do Direito Francês, de alguns pensadores iluministas e da Revolução Francesa, com a concepção das idéias de liberdade dos homens. Entretanto, ao lado da forma federativa de Estado, o controle jurisdicional de constitucionalidade das leis, desenvolvido no sistema norte-americano, foi considerado a mais importante contribuição do constitucionalismo norte-americano às democracias ocidentais, significando a elevação da supremacia normativa da constituição em face da supremacia do Parlamento.

No Brasil, ocorreu uma grande evolução do sistema eclético do controle de constitucionalidade, da Constituição Republicana de 1891 até a Constituição de 1988. Em razão da influência do sistema político francês, sob a perspectiva de que a atribuição de fazer leis, de interpretá-las, de suspendê-las e de revogá-las era do Poder Legislativo, além da guarda da Constituição, sustentando-se a rígida Separação dos Poderes.

Com a influência do direito norte-americano, a Constituição de 1891 introduziu no sistema brasileiro o controle judicial difuso da constitucionalidade, no qual se adotou a técnica da aferição incidental da constitucionalidade pelos órgãos do Poder Judiciário, reconhecendo aos juízes e tribunais o poder de conhecer e resolver os incidentes de inconstitucionalidade, afastando, inclusive, a aplicação da lei conflituosa com a Constituição.

O controle abstrato de normas estaduais e federais foi instituído nos mesmos moldes da representação interventiva, com o advento da Emenda Constitucional nº. 16, de 26 de novembro de 1965.

A Emenda Constitucional de 1965, introduziu no sistema brasileiro o controle abstrato de constitucionalidade, conferindo a iniciativa exclusiva ao Procurador-Geral da República, para propor, perante o Supremo Tribunal Federal, uma representação por inconstitucionalidade de lei federal ou estadual.

Entretanto, em matéria de jurisdição constitucional, a Constituição de 1988 estabeleceu um novo paradigma, caracterizado pela ampliação e democratização dos legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, indicando uma maior preocupação com o respeito aos princípios e direitos estabelecidos.

A partir da Emenda Constitucional nº. 03/93, a ação declaratória de constitucionalidade foi introduzida no complexo sistema brasileiro de jurisdição constitucional, que, de igual forma à ação direta de inconstitucionalidade, tem o condão de obter do Supremo Tribunal Federal uma decisão, com efeito vinculante e eficácia *erga omnes*, a constitucionalidade de determinada lei ou ato normativo.

A arguição de descumprimento de preceito fundamental ganhou certo destaque com a alteração produzida pela Emenda nº. 03/93, entretanto, apenas com a pretensão regulamentadora da Lei nº. 9.882, de 03 de dezembro de 1999, o instituto deixou de permanecer como um enigma constitucional, desvendando-se a dicção lacônica do dispositivo constitucional que o contemplava.

A Lei nº. 9.868/99 trouxe em seu bojo inovações em matéria de controle de constitucionalidade, naquilo que se refere à possibilidade de modulação dos efeitos temporais das decisões, cautelares e de mérito, do Supremo Tribunal Federal, e seu caráter necessariamente vinculante para os órgãos judiciários e administrativos, bem como promoveu entre os instrumentos da jurisdição constitucional abstrata e da jurisdição incidental e difusa, uma positiva harmonização.

Consolidou-se, de forma evidente, uma verdadeira democratização do processo constitucional brasileiro, caracterizado por uma maior abertura no processo de interpretação constitucional, admitindo, expressamente, de acordo com a relevância da matéria, a manifestação de outros órgãos ou entidades, de acordo com a sua representatividade, além das partes formais no processo de controle abstrato.

E muito embora se observe nas recentes decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal uma verdadeira tendência de restringir o acesso à jurisdição constitucional, quase sempre fundamentada na necessidade de atribuir-se maior celeridade processual e máxima qualidade aos julgados da Corte, apreciando-se de forma profunda questões constitucionais de grande relevância no ordenamento jurídico, resultando na criação de mecanismos controvertidos para barrar o aumento do número de causas submetidas à apreciação da Corte Maior, a exemplo da exigência de pertinência temática para alguns dos legitimados para a propositura das ações diretas de controle de constitucionalidade e do requisito da

repercussão geral, paradoxalmente, em sede de controle difuso, as propostas defendidas no presente estudo visam ampliar o acesso à jurisdição, possibilitando um maior controle de constitucionalidade de leis e atos normativos, sob a premissa máxima da Supremacia Constitucional.

Assim, restou demonstrado nos itens 3.5 e 4.5 a possibilidade do exercício do controle de constitucionalidade de leis e atos normativos pelo Conselho Nacional de Justiça, seja em sede de fiscalização concentrada, caracterizada pela possibilidade de ampliação do rol de legitimados para a propositura das ações diretas de controle de constitucionalidade, por Emenda Constitucional, de forma a incluir o Conselho Nacional de Justiça, seja em sede de controle difuso, reconhecendo-se a possibilidade do Conselho Nacional de Justiça exercer a fiscalização da constitucionalidade de leis ou atos normativos nas suas decisões.

Para a promoção da defesa do presente trabalho, foi fundamental uma análise sobre o histórico da criação dos Conselhos de Justiça e, em especial, do Conselho Nacional de Justiça Brasileiro, os fundamentos e os objetivos da sua criação, a demonstração das concepções, *data venia*, equivocadas sobre as reais intenções do Constituinte Reformador.

Como visto, a história dos Conselhos de Justiça nasceu com a independência do Poder Judiciário Europeu, com mais especificidade na Europa Continental, ou seja, basicamente na França e na Itália. Atualmente, existem dois grandes modelos de Conselhos de Justiça, sendo um com matriz franco-italiana, denominado de latino-europeu, e o outro chamado de nórdico-europeu, ou seja, dos países do norte da Europa.

Nos países que adotam o modelo latino-europeu, há a predominância das questões disciplinares e das formas de ingresso da magistratura, predominando os laços do Judiciário com o Executivo. Esse modelo é adotado pela França, Itália, Espanha e Portugal. Já a assunção de atribuições de autogoverno do Judiciário em sua quase plenitude e uma relativa independência do Executivo caracterizam o modelo nórdico-europeu, no qual se destacam os Conselhos da Irlanda, da Suécia e da Dinamarca.

No Brasil, o Conselho Nacional de Justiça surgiu em um contexto de inúmeros questionamentos de diversas naturezas, desde a forma de composição até

a própria conformação constitucional. Inserido no art. 103-B da Carta Magna, por meio da Emenda Constitucional nº. 45, de 30 de dezembro de 2004 (BRASIL, 2004), como órgão do Poder Judiciário, o constituinte derivado criou o Conselho Nacional de Justiça atribuindo-lhe competência de controlar a atuação administrativa e financeira do próprio Poder ao qual pertence, assim como o cumprimento funcional dos juízes.

Entretanto, a inserção de tal órgão no Poder Judiciário não veio desacompanhada de críticas e resistências. Aliás, desde a Emenda Constitucional nº. 7/1977 (BRASIL, 1977), editada com base no Ato Institucional nº. 5/1968 (BRASIL, 1968), pelo Presidente da República no recesso do Congresso Nacional, no qual se introduziu o Conselho Nacional da Magistratura no art. 112 da Constituição de 1967/1969, já se questionava a necessidade e a constitucionalidade de um órgão do próprio Poder Judiciário para disciplinar o comportamento dos magistrados, debatendo-se a tese da independência do Judiciário.

O surgimento do atual Conselho Nacional de Justiça está ligado ao retorno das discussões sobre a necessidade de reforma do Judiciário e à própria idéia de controle externo deste Poder. As constantes preocupações com a lentidão judiciária e com as notícias de corrupção, nepotismo e desmandos administrativos estimulavam a idéia de criação de uma instância, órgão ou conselho de controle.

Após a sua criação e antes mesmo da sua publicação em 31 de dezembro de 2004, a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) propôs Ação Direta de Inconstitucionalidade, impulsionada pelos infundáveis questionamentos sobre a insegurança jurídica advinda da instituição do Conselho Nacional de Justiça e sobre a desestabilização da independência dos poderes.

O certo é que a criação do Conselho Nacional de Justiça não foi fruto de reflexão mais aprofundada ou de debates mais consistentes no cenário sócio-jurídico, carecendo de uma fixação mais concreta de suas atribuições e limites, e, quiçá, de uma revisão das suas competências, lembrando-se sempre da questão do acesso à justiça e da desburocratização da atividade jurisdicional, preservando-se, de todo modo, a segurança jurídica e os princípios constitucionais.

O Conselho Nacional de Justiça jamais foi visto de outro ângulo, mais positivo, mais real, atentando-se para a concretização de um dos objetivos

fundamentais da República Federativa do Brasil, qual seja, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, prevista no inciso I, do art. 3º, da Constituição Federal. O que se pode notar, na verdade, é que nem mesmo os membros do próprio Conselho Nacional de Justiça conseguiram perceber as suas verdadeiras atribuições constitucionais.

Uma dessas atribuições constitucionais que aqui se defende, diz respeito justamente ao acesso à jurisdição constitucional, por meio da propositura das ações diretas de controle de constitucionalidade, obviamente, com a sua inclusão, por Emenda Constitucional, no rol de legitimados do art. 103, da Carta Maior. Como dito, essa atribuição é perceptível por meio da interpretação sistemática de uma de suas atribuições, prevista no inciso II, §4º, do art. 103-B, da Constituição Federal, ou seja, do seu dever de zelar pela observância do art. 37, que prevê a obediência pela Administração Pública de todos os Poderes, dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, estes vistos como fundamentos da própria organização do Estado.

Sobre a natureza jurídica do Conselho Nacional de Justiça, demonstrou-se que a Corte Máxima, com o fim de refutar a inconstitucionalidade sustentada pela Associação dos Magistrados Brasileiros e de descaracterizar a alegação de que a atuação jurisdicional do Conselho poderia interferir na função típica do Poder Judiciário, optou por argumentação, *data vênia*, pouco razoável.

Obviamente, o Conselho Nacional de Justiça possui competências de caráter nitidamente administrativas, entretanto, quando a própria Constituição Federal, no parágrafo 4º, do art. 103-B, lhe atribui o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, não deixa de apresentar, em seus incisos, caráter da atuação jurisdicional do Conselho.

O Conselho Nacional de Justiça deve ser visto como órgão especial do Poder Judiciário, com atuação administrativa e, em tese, jurisdicional. De outra forma, não se trata de órgão capaz de exercer a atividade típica do Poder Judiciário, ou seja, o ofício judicante típico, mas procede a um julgamento técnico-jurídico. Também não se concebe um órgão que compõe o Poder Judiciário, consoante prevê o art. 92, inciso I-A, da Constituição Federal (BRASIL, 2010.c, p. 111), sem

qualquer natureza jurisdicional, sugerindo uma atividade jurisdicional atípica do Conselho, mas que traz consigo alguns dos caracteres da atividade jurisdicional propriamente dita.

Defendeu-se, portanto, que o Conselho Nacional de Justiça exerce uma espécie *sui generis* de jurisdição, muito embora sua atividade não esteja revestida de alguns dos caracteres da jurisdição propriamente dita, desenvolvidos pelo direito contemporâneo brasileiro, tal como a definitividade, ou seja, a produção de coisa julgada, a atuação do Conselho apresenta traços marcantes como a substitutividade, a imparcialidade e a garantia ao duplo grau de jurisdição.

Em sede de controle concentrado de constitucionalidade, destacou-se que a competência do Conselho Nacional de Justiça para controlar a atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, zelando pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, ou seja, revelando que a natureza dita administrativa do Conselho é tipicamente de fiscalização de classe, é fundamental para a concretização da proposta do presente estudo, mormente quando se apresenta a mesma utilizando-se da analogia com o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

Os fins institucionais, previstos no art. 44, inciso I, da Lei nº. 8.906/94, tais como a defesa da Constituição, da Ordem Jurídica, do Estado Democrático de Direito, dos Direitos Humanos, da Justiça Social, bem como a preservação da boa aplicação da lei, da rápida administração da justiça, do aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas, que fundamentam a inclusão do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil no rol de legitimados para a propositura das ações diretas de controle de constitucionalidade, não são privativos deste órgão, mas se tratam de princípios inerentes à própria Constituição Federal, como fundamentos do próprio Estado Democrático de Direito, que devem ser observados por todo e qualquer Órgão, Poder ou mesmo por qualquer Cidadão.

Assim, tais fundamentos também são aplicáveis ao Conselho Nacional de Justiça, órgão criado com o fim de zelar não apenas pela autonomia do Poder Judiciário, mas também pela efetiva administração da justiça, e mais, zelando por princípios constitucionais de observância obrigatória pela Administração Pública

direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, tal como previsto no inciso II, do §4º, do art. 103-B, da Constituição, ou seja, zelando pela observância aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Nisto reside o fundamento para a proposta ora defendida.

A idéia de defesa e preservação do Texto Constitucional, representando verdadeiro direito fundamental, implícito no ordenamento jurídico, é dever de todos os órgãos, entes e pessoas, em razão da consolidação da supremacia da Constituição, conforme se observou das constantes pressões doutrinárias, no sentido de se atribuir legitimidade a qualquer cidadão para deflagrar as ações diretas de controle de constitucionalidade.

Não é adequado barrar o acesso à jurisdição constitucional em tempos de constitucionalização do direito, fenômeno este associado a um efeito expansivo das normas constitucionais, irradiando-se com força normativa os conteúdos materiais e axiológicos por todo o sistema jurídico.

Por tais razões, restou demonstrada a possibilidade (e até a necessidade) de inclusão do Conselho Nacional de Justiça no rol de legitimados para a propositura das ações diretas de controle de constitucionalidade, previsto no art. 103, da Constituição Federal, por meio de Emenda à constituição, seguindo as diretrizes estabelecidas no art. 60, da Constituição Federal, bem como os limites, impedimentos e procedimentos que devem ser observados para a concretização da idéia ora defendida.

Paralelamente, o segundo aspecto da abordagem do tema, referiu-se ao reconhecimento da possibilidade de atuação do Conselho Nacional de Justiça também em sede de exercício do controle difuso, no âmbito das atribuições que lhes foram constitucionalmente conferidas.

Para tanto, demonstrou-se que, no atual sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, é possível identificar formas diferentes de fiscalização tanto pelo Poder Executivo da compatibilidade da norma com o Texto Constitucional, tal como ocorre com o veto do Presidente da República e a prerrogativa que o mesmo possui de deixar de aplicar lei que considere inconstitucional; quanto pelo Poder Legislativo, com o Tribunal de contas, órgão de controle externo auxiliar do Congresso Nacional,

que, na via incidental e com efeitos restritivos às partes, pode examinar a constitucionalidade das leis e atos normativos, e, com a finalidade de afastá-los da aplicação a um caso concreto, considerá-los inconstitucionais.

No caso da fiscalização difusa de constitucionalidade pelo Conselho Nacional de Justiça, o reconhecimento da sua possibilidade é extraído da analogia que se faz com o Tribunal de Contas da União que, muito embora esteja previsto como órgão auxiliar do Congresso Nacional, é dotado de independência e autonomia, atuando como órgão fiscalizador e contábil.

A possibilidade do exercício da fiscalização difusa também pode ser aferida utilizando-se da analogia com a prerrogativa exercida pelo Chefe do Poder Executivo, no sentido de deixar de aplicar leis que considere inconstitucionais, sendo certo que é dever de todos e de cada um a preservação da Constituição Federal, esta vista como diretriz do ordenamento jurídico, como norma maior e suprema.

Assim, se o Conselho Nacional de Justiça, ao apreciar uma questão no âmbito de suas competências, deparar-se com uma incompatibilidade entre a norma ou ato normativo e a Constituição, deverá resolver a questão prejudicial de inconstitucionalidade preliminarmente ao julgamento de mérito do caso concreto, caracterizando assim o controle difuso de constitucionalidade.

Conclui-se, portanto, que no julgamento de causas de sua competência, o Conselho Nacional de Justiça, surgindo questão prejudicial do mérito, ou seja, acerca da inconstitucionalidade de determinada lei ou ato normativo, na forma como aqui se defende, deverá o Conselho Nacional de Justiça submeter a questão ao julgamento do Plenário, aplicando-se, por analogia, o disposto no art. 97, da Constituição Federal, ou seja, defende-se que somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros poderá o Conselho Nacional de Justiça declarar a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos do Poder Público.

Defende-se ainda, neste sentido, a participação, como *amicus curiae*, das pessoas jurídicas responsáveis pelo ato impugnado e dos sujeitos legitimados à propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade.

Como não poderia ser diferente, da decisão Plenária do Conselho Nacional de Justiça, na qual se declara a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo no âmbito das suas atribuições, na forma aqui defendida, caberá sempre

Recurso para o Supremo Tribunal Federal, resguardando-se, deste modo, a atuação da Corte Máxima.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de. **Conselho Nacional de Justiça é esperança de renovação**. Revista Consultor Jurídico, 26 fev. 2005. Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm. Acesso em: 15 dez. 2010.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **A teoria das constituições rígidas**. São Paulo: Bushatsky, 1980.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material. **Revista Forense**, v. 377, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. Dez anos da Constituição de 1988 (Foi bom pra você também?). **Revista de Direito Administrativo nº. 214**. Out./dez. 1998. p. 25/36.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). **Revista Eletrônica sobre a reforma do Estado (RERE)**. Instituto Brasileiro de Direito Público. n. 9. Mar/Abr/Mai. Salvador: 2007. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-9-MAR%C70-2007-LUIZ%20ROBERTO%20BARROSO.pdf>. Acesso em: 09 jan. 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2ª ed., v. 04, tomo III. São Paulo: Saraiva, 2000.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional** – legitimidade democrática e instrumentos de realização. 2ª Ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BITTENCOURT, C. A. Lúcio. **O controle jurisdicional de constitucionalidade das leis**. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 11^a ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BRASIL. Ato Institucional nº. 05, de 13 de dezembro de 1968. **Diário Oficial da União**, Brasília. 13 dez. 1968. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/126781/ato-institucional-5-68>. Acesso em: 10 jul. 2010.

BRASIL. Constituição (1824). Constituição Política do Império do Brasil. **Registrada na Secretaria de Estado dos Negócios do Império do Brasil a fls. 17 do Liv. 4º de Leis, Alvarás e Cartas Imperiais**. Rio de Janeiro, 22 Abr. 1824. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm. Acesso em: 10 jul. 2010.

BRASIL. Constituição (1891). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. **Diário Oficial da União**, Brasília. 24 fev. 1891. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao91.htm. Acesso em: 10 jul. 2010.

BRASIL. Constituição (1934). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. **Diário Oficial da União**, Brasília. 16 jul. 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao34.htm. Acesso em: 10 jul. 2010.

BRASIL. Constituição (1937). Constituição dos Estados Unidos do Brasil. **Diário Oficial da União**, Brasília. 10 nov. 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/Constituicao/Constitui%C3%A7ao37.htm>. Acesso em: 10 jul. 2010.

BRASIL. Constituição (1946). Constituição dos Estados Unidos do Brasil. **Diário Oficial da União**, Brasília. 19 set. 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/Constituicao/Constitui%C3%A7ao46.htm>. Acesso em: 10 jul. 2010.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 33^a ed. São Paulo: Atlas, 2010.c.

BRASIL. Emenda Constitucional nº. 1, de 17 de outubro de 1969. Emenda à Constituição da República Federativa do Brasil de 24 de janeiro de 1967. **Diário Oficial da União**, Brasília. 20 out. 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm. Acesso em: 10 jul. 2010.

BRASIL. Emenda Constitucional nº. 16, de 26 de novembro de 1965. Altera os arts. 95, 101, 103, 104, 110, 112, 120, 121, 122, 124, 125, 201 da Constituição Federal de 1946. **Diário Oficial da União**, Brasília. 06 dez. 1965. Disponível: http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=16&tipo_norma=EMC&data=19651126&link=s. Acesso em: 10 jul. 2010.

BRASIL. Emenda Constitucional nº. 3, de 17 de março de 1993. Altera os arts. 40, 42, 102, 103, 150, 155, 156, 160, 167 da Constituição Federal e revoga o inciso IV e o parágrafo 4º do art. 156. **Diário Oficial da União**, Brasília. 18 mar. 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc03.htm. Acesso em: 15 ago. 2010.

BRASIL. Emenda Constitucional nº. 45, de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103-B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília. 31 dez. 2004.

BRASIL. Emenda Constitucional nº. 61, de 11 de novembro de 2009. Altera o art. 103-B da Constituição Federal, para modificar a composição do Conselho Nacional de Justiça. **Diário Oficial da União**, Brasília. 12 nov. 2009.

BRASIL. Emenda Constitucional nº. 7, de 13 de abril de 1977. Ficam incorporadas ao texto da Constituição Federal as disposições resultantes das emendas aos artigos adiante indicados, bem assim incluídos em seu título V, os artigos 201 A 207 e suprimido o parágrafo único do art. 122. Arts. 8, 72, 96, 111, 113, 114, 115, 116, 119, 120, 121, 122, 123, 125, 126, 128, 131, 142, 143, 144, 153, 193, 196, 201, 202, 203, 204, 205, 206 E 207. **Diário Oficial da União**, Brasília. 13 abr. 1977. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc07-77.htm. Acesso em: 15 ago. 2010.

BRASIL. Emenda Regimental nº. 01, de 09 de março de 2010. Altera o Regimento Interno do Conselho Nacional de Justiça. **Diário de Justiça Eletrônico nº. 60/2010**, Brasília. 05 abr. 2010. p. 2-6.

BRASIL. Emenda Regimental nº. 21, de 30 de abril de 2007. Altera a redação dos artigos 13, inciso V, alínea c; 21, parágrafo 1º; 322; 323; 324; 325;326; 327; 328 e 329, e revoga o disposto no parágrafo 5º do artigo 321, todos do Regimento Interno. **Diário de Justiça**, Brasília. 03 mai. 2007.c.

BRASIL. Lei Complementar nº. 35, de 14 de março de 1979. Dispõe sobre a Lei Orgânica da Magistratura Nacional. **Diário Oficial da União**, Brasília. 14 mar. 1979.

BRASIL. Lei nº. 11.364, de 26 de outubro de 2006. Dispõe sobre as atividades de apoio ao Conselho Nacional de Justiça e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília. 27 out. 2006.b.

BRASIL. Lei nº. 11.365, de 26 de outubro de 2006. Dispõe sobre a remuneração dos membros do Conselho Nacional de Justiça. **Diário Oficial da União**, Brasília. 27 out. 2006.c.

BRASIL. Lei nº. 11.418, de 19 de dezembro de 2006. Acrescenta à Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, dispositivos que regulamentam o § 3º do art. 102 da Constituição Federal. **Diário Oficial da União**, Brasília. 20 dez. 2006.

BRASIL. Lei nº. 11.618, de 19 de dezembro de 2007. Dispõe sobre a criação de cargos e de funções no Quadro de Pessoal do Conselho Nacional de Justiça e altera a Lei nº. 11.364, de 26 de outubro de 2006. **Diário Oficial da União**, Brasília. 20 dez. 2007.

BRASIL. Lei nº. 12.063, de 27 de outubro de 2009. Acrescenta à Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, o Capítulo II-A, que estabelece a disciplina processual da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. **Diário Oficial da União**, Brasília. 28 out. 2009.c.

BRASIL. Lei nº. 12.106, de 02 de dezembro de 2009. Cria, no âmbito do Conselho Nacional de Justiça, o Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília. 08 dez. 2009.b.

BRASIL. Lei nº. 221, de 20 de novembro de 1894. Completa a organização da Justiça Federal da República. **Diário Oficial da União**, Brasília. 20 nov. 1894. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/1851-1900/L0221.htm. Acesso em: 15 ago. 2010.

BRASIL. Lei nº. 4.337, de 01 de junho de 1964. Regula a declaração de inconstitucionalidade para os efeitos do art. 7º, nº VII, da Constituição Federal. **Diário Oficial da União**, Brasília. 03 jun. 1964.

BRASIL. Lei nº. 5.778, de 16 de maio de 1972. Dispõe sobre o processo e julgamento das representações de que trata a alínea "d" do § 3º do art. 15 da Constituição Federal e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília. 18 mai. 1972.

BRASIL. Lei nº. 8.443, de 16 de julho de 1992. Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília. 17 jul. 1992.

BRASIL. Lei nº. 8.906, de 04 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil. **Diário Oficial da União**, Brasília. 05 jul. 1994.

BRASIL. Lei nº. 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. **Diário Oficial da União**, Brasília. 11 nov. 1999.

BRASIL. Lei nº. 9.882, de 03 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. **Diário Oficial da União**, Brasília. 06 dez. 1999.b.

BRASIL. Resolução nº. 155, de 04 de dezembro de 2002. Aprova o Regimento Interno do Tribunal de Contas União. **Diário Oficial da União**, Brasília. 09 dez. 2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADC 12. Rel. Min. Carlos Britto. **Diário de Justiça**, Brasília, 18 dez. 2009.e.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADC 1-DF. Rel. Min. Moreira Alves. **Diário de Justiça**, Brasília. 16 jun. 1995.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADC 4-DF. Rel. Min. Sydney Sanches. **Diário de Justiça**, Brasília. 21 mai. 1999.c.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1.060 MC – RS. Rel. Min. Carlos Velloso, **Diário de Justiça**, Brasília, 23 set. 1994.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 2.238-DF. Rel. Min. Carlos Britto. **Diário de Justiça**, Brasília, 12 set. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 2.844-8-PR. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. **Diário de Justiça**, Brasília. 27 jun. 2003.b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 221 – DF. Rel. Min. Moreira Alves. **Diário de Justiça**, Brasília. 16 set. 1993.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3.153 – DF. Rel. Min. Celso de Mello. **Diário de Justiça**, Brasília, 12 ago. 2004.b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3.367-DF. Rel. Min. Cezar Peluso, **Diário de Justiça**, Brasília, 17 mar. 2006. Republicação em 22 set. 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3.682-MT. Rel. Ministro Gilmar Mendes. **Diário de Justiça**, Brasília. 06 set. 2007.b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 807-2 – RS. Rel. Min. Celso de Mello, **Diário de Justiça**, Brasília, 11 jun. 1993.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 145. Rel. Min. Ricardo Lewandowski, **Diário de Justiça**, Brasília, 09 fev. 2009.d.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 25.888 – DF. Rel. Min. Gilmar Ferreira Mendes. **Diário de Justiça**, Brasília. 29 mar. 2006.d.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 28.286–DF. Rel. Min. Marco Aurélio. **Diário de Justiça**, Brasília, 17 dez. 2010.b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 328.812-AM. Rel. Min. Gilmar Mendes. **Diário de Justiça**, Brasília, 30 abr. 2008.b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Regimento Interno**: atualizado até dezembro de 2010. Brasília: STF, 2010.d. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF_Dezembro_2010.pdf. Acesso em: 10 fev. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 642, de 24 de setembro de 2003. **Diário de Justiça**, Brasília. 09 out. 2003.

BUENO, José Antônio Pimenta. **Direito público brasileiro e a análise da constituição do império**. Brasília: Senado Federal, 1978. p. 69/72.

BUZAID, Alfredo. O Tribunal de Contas do Brasil. *In Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. n.62. São Paulo: FDUSP, 1967.

CALAMANDREI, Piero. Limites entre jurisdicción y administración en el proceso civil. *In Studi sul proceso civile*. Trad. Espanhola. Buenos Aires, 1961.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 1997.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes irresponsáveis?** Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1989.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1993. Reimpresso em 1999.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Rev. José Carlos Barbosa Moreira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1992. Reimpresso em 1999.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 14 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 38-54.

CARVALHO, Roberto Leal de. **O controle de constitucionalidade no processo administrativo tributário**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 570, 28 jan. 2005. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/6225>. Acesso em: 16 fev. 2011.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade Legislativa do Poder Executivo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. *In* **VADE MECUM**. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Lívia Céspedes. 11ª ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Pedido de Providências nº. 20071000001131-0. Rel. Cons. Antônio Umberto de Souza Júnior, **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 24 ago. 2009, p. 25-28.

CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO. *In* **VADE MECUM**. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Lívia Céspedes. 11ª ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.b.

CONSTANT, Benjamin. **Princípios políticos constitucionais**: princípios políticos aplicáveis a todos os governos representativos e particularmente à constituição atual da França (1814). Rio de Janeiro: Liber Juris, 1989. p. 49-74.

CONSULTOR JURÍDICO. **CNJ anula decisão judicial em processo bilionário**. Texto publicado sábado, 18 de dezembro de 2010. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2010-dez-18/cnj-anula-decisao-judicial-processo-envolve-23-bilhoes>. Acesso em: 27 dez. 2010.

CUNHA JR., Dirley. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental**. *In* Ações Constitucionais. Org. Fredie Didier Jr. 2ª ed. Salvador: Podivm, 2007. p. 399-465.

DAL COL, Helder Martinez. **O significado da expressão “preceito fundamental” no âmbito da arguição de descumprimento de preceito fundamental, prevista no art. 102, §1º, da CF**. Revista Jus Vigilantibus, Segunda-feira, 30 set. 2002. Disponível em: <http://jusvi.com/artigos/1019>. Acesso em: 25 fev. 2008.

DAMASCENA, Ana Lúcia. **O poder de rejeição de leis inconstitucionais pelo Executivo**. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2610, 24 ago. 2010. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/17250>. Acesso em: 16 fev. 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 77-95.

GOMES, Ana Cláudia Nascimento. **O poder de rejeição de leis inconstitucionais pela autoridade administrativa no Direito Português e no Direito Brasileiro**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997. Reimpressão 2002.

JOBIM, Nelson. A estrutura do sistema judiciário brasileiro sob o prisma histórico. In: **O direito brasileiro e os desafios da economia globalizada**. WALD, Arnoldo;

MARTINS, Ives Gandra S.; PRADO, Ney (org.). Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1987. p. 290/293.

LIBERATI, Edmondo; PEPINO, Lívio. Autogoverno e controllo della magistratura?: **II Modello Italiano di Consiglio Superiore**. Milano: Feltrinelli, 1998.

LOCKE, John. Segundo tratado sobre o governo: Ensaio Relativo à verdadeira Origem, Extensão e Objetivo do Governo Civil, in **Os Pensadores**. São Paulo: Abril Cultural, 1973. p. 37/138.

MARINONI, Luiz Guilherme. Sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material. **Revista do Instituto dos Advogados do Paraná**. v. 33, 2004.

MEDAUAR, Odete. **Controle da Administração Pública**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MELLO, Oswaldo Antônio Bandeira. **Princípios gerais de direito administrativo**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. 316-320.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Controle de Constitucionalidade**. Comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999. 3ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENDES, Gilmar Mendes. **Controle de Constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos**. São Paulo: Saraiva, 1990.

MENDES, Gilmar Mendes. **Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. São Paulo: Saraiva, 1996.

MENDES, Gilmar Mendes. **O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional**. Revista de Informação Legislativa. Brasília, a.41, n.162, abr./jun. 2004. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/bitstream/id/953/4/R162-12.pdf>. Acesso em: 17 fev. 2011.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1946**. 1ª ed. 4v. Rio de Janeiro: H. Cahen, 1947.

MONTESQUIEU. **De l'esprit des lois**. Genève: Barillot, 1748, livro XI, cap. 6.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MORAIS, Dalton Santos. **Controle de constitucionalidade: exposições críticas à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Bahia: Ed. Jus Podivm, 2010.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

MOREIRA, Vital. Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade: legitimidade e limites da justiça constitucional, *in* **Legitimidade e legitimação da justiça constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 177/198.

MOTA, Maurício Jorge Pereira. **Responsabilidade civil do Estado legislador**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 1999.

NASCIMENTO, Carlos Valder do (org.). **Coisa julgada inconstitucional**. Rio de Janeiro: Ed. América Jurídica, 2002.

NEVES, Marcelo. Quem tem medo do CNJ? Publicado em 23 de abril de 2010. Disponível em: <http://www.diariodeumjuiz.com/?p=2093>. Acesso em: 06 fev. 2011.

OAB. Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil. Dispõe sobre o regulamento geral previsto na Lei nº. 8.906, de 04 de julho de 1994. **Diário de Justiça**, Brasília. 16 nov. 1994.

OLIVEIRA, Daniela Olímpio de. **Conselho Nacional de Justiça e controle externo do Judiciário**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 718, 23 jun. 2005. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/6920>. Acesso em: 15 dez. 2010.

PAULA FILHO, Rubem Lima de. **Conselho Nacional de Justiça: justificativa de criação e conformação constitucional**. Instituto Brasileiro de administração do Sistema Judiciário. Revista Online. Disponível em: <http://www.ibrajus.org.br/revista/artigo.asp?idArtigo=69>. Acesso em: 15 dez. 2010.

RAMOS, Elival da Silva. **A inconstitucionalidade das leis: vício e sanção**. São Paulo: Saraiva, 1994.

ROCHA, Zélio Maia da. **O chefe do Executivo e a inexecução de lei inconstitucional**. Artigo publicado em 20 de outubro de 2004. Disponível em: http://www.correioforense.com.br/coluna/idcoluna/243/titulo/o_chefe_do_executivo_e_a_inexecucao_de_lei_inconstitucional.html. Acesso em: 20 jan. 2011.

ROSAS, Roberto. **Direito Sumular: comentários às súmulas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça**. 12ª ed., rev. e atual., com referências ao Código Civil de 2004. São Paulo: Malheiros, 2004.

SALDANHA, Nelson. **Formação da teoria constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 36/42.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **O Conselho nacional de justiça e a independência do judiciário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SENADO FEDERAL. Resolução nº. 22, de 02 de setembro de 2009. Revoga os incisos V e VI do art. 5º da Resolução nº. 7, de 2005, do Senado Federal, para suprimir a exigência de entrega de declaração por indicados aos Conselhos Nacionais de Justiça e do Ministério Público. **Diário Oficial da União**, Brasília. 02 set. 2009.

SENADO FEDERAL. Resolução nº. 7, de 27 de abril de 2005. Estabelece normas para apreciação das indicações para composição do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, em face do que dispõe a Emenda Constitucional nº. 45, promulgada em 08 de dezembro de 2004. **Diário Oficial da União**, Brasília. 27 abr. 2005.

SILVA, José Afonso da. Tribunais constitucionais e jurisdição constitucional. *In* **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, nº. 60. 1985.

SILVA, José Afonso. Curso de direito constitucional positivo. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

SILVEIRA, José Néri da. Aspectos institucionais e estruturais do poder judiciário brasileiro. *In*: **O judiciário e a constituição**. TEIXEIRA, Salvo de Figueiredo (coord.). São Paulo: Saraiva, 1994.

SILVEIRA, José Néri da. O judiciário como poder independente. *In*: **Revista da Associação dos Magistrados do Paraná**. Curitiba, n. 41, p. 21-56, jan./mar. 1986.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e hermenêutica**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

STRECK, Lenio Luiz; LIMA, Martonio Mont' Alverne Barreto. **Constituição não prevê controle de constitucionalidade**. Revista Consultor Jurídico, 29 jan. 2011. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2011-jan-29/nao-espaco-controle-preventivo-constitucionalidade-brasil>. Acesso em: 16 fev. 2011.

STRECK, Lênio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de et al. **A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional**. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1498, 8 ago. 2007. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/10253>. Acesso em: 16 fev. 2011.

TAVARES, André Ramos. **Constituição do Brasil integrada com a legislação e a jurisprudência do STF**. 2. ed. rev., ampl. e atual. até a Emenda Constitucional n. 53/06. São Paulo: Saraiva, 2007.

TAVARES, André Ramos. **O tratamento da lei inconstitucional pelo Poder Executivo**. Revista eletrônica da Escola Superior da Advocacia, Ordem dos Advogados do Brasil/SP, publicado em 08 de maio de 2008. Disponível em: http://www2.oabsp.org.br/asp/esa/comunicacao/artigos/lei_inconstitucional_poderexecutivo.pdf. Acesso em: 10 dez. 2010.

TEIXEIRA, João Paulo Allain. **Racionalidade das decisões judiciais**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

TCU. Pedido de Reexame – Processo n.º. 016.126/2001-1. Acórdão n.º. 913/2005. Min. Rel. Ubiratan Aguiar. **Diário Oficial da União**, Brasília. 15 jun. 2005.

TCU. Pedido de Reexame – Processo n.º. 004.287/2004-4. Acórdão n.º. 266/2007. Min. Rel. Valmir Campelo. **Diário Oficial da União**, Brasília. 09 mar. 2007.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

ZVEITER, Waldemar. O controle do poder judiciário. In: **O judiciário e a constituição**. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). São Paulo, Saraiva, 1994.