

LUCIANA CLAUDETE MEIRELLES CORRÊA

3.005.248.0
11/11/01

**DIREITOS FUNDAMENTAIS,
DECISÕES JUDICIAIS E EFEITO
VINCULANTE**

Florianópolis, novembro de 2001

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CENTRO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

A dissertação DIREITOS FUNDAMENTAIS, DECISÕES JUDICIAIS E EFEITO VINCULANTE elaborada pela aluna Luciana Claudete Meirelles Corrêa, foi julgada adequada por todos os membros da Banca Examinadora, para obtenção do título de MESTRE EM DIREITO e aprovada em sua forma final.

Florianópolis, 29 de julho de 2001.

Prof. Dr. Sérgio Urquhart Cademartori
Orientador da Dissertação



Coordenador do CPGD/UFSC
Prof. Dr. Christian Guy Caubet
Coordenador CPGD/CCJ/UFSC

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Prof. Dr. Sérgio Urquhart Cademartori _____ 

Prof. Dr. Luiz Henrique Cademartori _____ 

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues _____ 



SUMÁRIO

RESUMO	VII
RESUMEN	VIII
INTRODUÇÃO	1
CAPÍTULO 1	12
A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988 E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS	12
1.1 PRINCÍPIOS: CONCEITO	12
1.2 DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS	18
1.3 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E DEMOCRACIA	24
1.4 A CONSTITUIÇÃO E SEU PODER NORMATIVO.....	27
1.5 A APRECIÇÃO DE LESÃO OU AMEAÇA A DIREITO PELO PODER JUDICIÁRIO ..	31
1.6 O DEVIDO PROCESSO LEGAL.....	35
1.7 O CONTRADITÓRIO E A AMPLA DEFESA.....	38
CAPÍTULO 2	43
A PRESTAÇÃO JURISDICIONAL	43
2.1 O PODER JUDICIÁRIO E A FUNÇÃO JURISDICIONAL.....	43
2.2 A ESTRUTURAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO.....	45
2.3 OS PRINCÍPIOS QUE NORTEIAM A PRESTAÇÃO JURISDICIONAL.....	46
2.4 O PRINCÍPIO DA IGUALDADE.	53
2.5 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.....	57
2.6 OS LIMITES AO PODER DO JUIZ.....	62
2.7 A FINALIDADE DO PROCESSO.....	67
CAPÍTULO 3	71
O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	71

3.1 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE. CONCEITO.	71
3.2 O SISTEMA BRASILEIRO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.	72
3.4 MEIOS DE EXERCER O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO.	78
3.5 AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE.....	80
3.6 A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE.....	84
3.7 OUTROS MEIOS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	90
CAPÍTULO 4	95
AS DECISÕES JUDICIAIS COM EFEITO VINCULANTE.....	95
4.1 A <i>COMMON LAW</i> E O <i>STARE DECISIS</i>	95
4.2 O EFEITO VINCULANTE PARA AS DECISÕES JUDICIAIS NO BRASIL.	101
4.3 AS SÚMULAS NO DIREITO BRASILEIRO.....	104
4.4 O EFEITO VINCULANTE	109
4.6 A VINCULAÇÃO DO JULGADOR À CONSTITUIÇÃO E AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	115
CONSIDERAÇÕES FINAIS	118
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	126
ANEXO	133

RESUMO

Ao falarmos em direito, não podemos deixar de considerar um avanço as Constituições escritas e seu poder normativo, bem como a incorporação, nos textos constitucionais, dos direitos e garantias fundamentais. Os direitos fundamentais se dividem em direitos de defesa e direitos a prestações. Os direitos de defesa asseguram ao indivíduo a liberdade, a vida, a integridade física e moral, saúde, entre outros. Com relação a esses direitos, o Estado não pode interferir em sua fruição, nem tampouco praticar atos que visem suprimi-los. Quanto aos direitos a prestações o Estado possui o dever de implementá-los, concretizá-los, torná-los passíveis de fruição. Exemplo deles são o direito à seguridade social, o direito à educação, à saúde, ao lazer. As garantias constitucionais, por sua vez, visam assegurar a fruição dos direitos fundamentais, impedindo que eles sejam suprimidos ou olvidados. Exemplo destas, na Constituição Brasileira de 1988, são o acesso ao judiciário, o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, entre outras. O Poder Judiciário, através da prestação jurisdicional - poder de decidir conflitos e assegurar a paz social -, trabalha para a concretização desses direitos. Por tal razão, a discussão sobre o efeito vinculante assume especial relevância, haja vista que é adotado na ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade e ação de descumprimento de preceito fundamental, com tendência a espalhar-se para todas as decisões judiciais, o que poderia importar em violação dos direitos fundamentais na medida em que o contraditório, a ampla defesa, o devido processo legal de nada serviriam face à decisão já estar pronta. Entretanto, há de se considerar que, para determinadas matérias, principalmente de ordem constitucional, o efeito vinculante colocará fim a discussões estéreis, quando o Supremo Tribunal Federal já tiver tomado posição sobre o assunto.

RESUMEN

Cuando hablamos en derecho, no podemos de dejar de considerar un avance en las Constituciones escritas y su poder normativo, bien como la incorporación, en los textos constitucionales, de los derechos y garantías fundamentales. Los fundamentales se dividen en derechos de defensa y derechos a prestaciones. Los derechos de defensa aseguran al individuo la libertad, la vida, la integridad física y moral, entre otros. Com relación a esos derechos, el Estado no puede interferir en su flujo, ni tampoco praticar atos que tengan por objeto suprimirlos. En cuanto a los derechos a prestaciones, el Estado posee el deber de implementarlos, concretarlos, tornarlos pasibles de frucción. Ejemplo de ellos son el derecho a la seguridad social, el derecho a la educación, el derecho a la salud y el derecho al placer. Las garantías constitucionales, por su vez, tienen por objeto asegurar el flujo de los derechos fundamentales, impidiendo que ellos sean suprimidos u olvidados. Ejemplo de éstas, en la Constitución Brasileña de 1998, son el acceso al judiciário, el debido proceso legal, lo contradictorio y la amplia defensa, entre otras. El Poder Judiciário, por medio de la prestación jurisdiccional – poder de decidir conflictos y assegurar la paz social -, trabaja para la concretización de esos derechos. Por talz razón, la discusión sobre el efecto vinculante asume especial relevancia, visto que es adoptado en la acción directa de la inconstitucionalidad, acción declaratória de constitucionalidad y acción de descumplimiento de precepto fundamental, com tendência a diseminarse para todas las decisiones judiciales, lo que podría importar en una violación de los derechos fundamentales a medida en que lo contradictorio, la amplia defensa, el debido proceso legal de nada servirian dado que la decisión ya há sido tomada. Todavía, hay que considerar que, para determinadas materias, principalmente de orden constitucional, el efecto vinculante pondrá fin a las discusiones estériles, cuando el Supremo Tribunal Federal ya tenga tomado la decisión sobre el asunto.

INTRODUÇÃO

A Constituição Brasileira de 1988 consagrou uma série de princípios, denominados direitos e garantias fundamentais. Tais direitos são inerentes ao homem e restaram consagrados nas Constituições escritas após uma longa trajetória de lutas, de conquistas da humanidade, propagados, especialmente, após a Revolução Industrial do século XVIII. Os princípios são a raiz, o nascedouro, a fonte dos direitos e garantias fundamentais e podem estar escritos ou não. Entretanto, quando escritos, são denominados direitos e garantias fundamentais. A Constituição escrita possui grande força normativa, impondo sua observância por todos os indivíduos e poderes do Estado. Os direitos fundamentais encontram-se num grau superior na hierarquia do ordenamento jurídico por estarem escritos na Constituição e não poderem ser objeto de revisão constitucional que tenha como finalidade sua supressão ou exclusão. As cláusulas que não podem ser revisadas são denominadas de cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, inciso IV da Constituição Brasileira de 1988).

Quanto ao efeito vinculante, ele é adotado nos países em que vige o sistema da *common law*, onde o precedente vincula as decisões e os Tribunais. Entre nós, o efeito vinculante foi adotado através das Leis 8.868/99 e 8.882/99. Elas determinam que as decisões proferidas em ações diretas de inconstitucionalidade, ações declaratórias de constitucionalidade e ação de descumprimento de preceito fundamental terão eficácia *erga omnes* e efeito vinculante e, também, pela Lei 9.756/98, que dispôs sobre os recursos.

O efeito vinculante nos países da *common law* é chamado de *stare decisis* (que significa deixar como está; não mexer no que está pronto). Ele consiste em uma decisão judicial que vincula os demais tribunais, impondo-lhes a obrigatoriedade de julgar de acordo com o que a Suprema Corte já decidiu em caso similar. Entre os países que adotam o sistema da *common law* figuram: Estados Unidos, Inglaterra, Canadá. A aplicação do *stare decisis* se dá através do precedente.

A adoção de efeito vinculante para as decisões judiciais no Brasil significa a obrigatoriedade dos tribunais inferiores decidirem de acordo com o que foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelos demais tribunais (Lei 9.756/98), sendo que os tribunais inferiores (Foros), ficariam obrigados a decidir em conformidade com o que já foi decidido por um tribunal superior, com a função de escolher a decisão que melhor se amoldar ao caso concreto em exame.

Diante dessas considerações, questionamos: a adoção do efeito vinculante em nosso país importaria em violação das garantias constitucionais de acesso ao judiciário, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, bem como importaria em negativa de prestação jurisdicional?

Em um primeiro momento, restou-nos apurar se a adoção do efeito vinculante em nosso país, considerando os direitos e garantias fundamentais inseridos na Constituição Brasileira de 1988, representaria supressão ou violação desses direitos e, num segundo momento, se a adoção do efeito vinculante representaria negativa de prestação jurisdicional. Essas foram as duas hipóteses levantadas e sobre as quais o trabalho foi elaborado.

O interesse em desenvolver esse tema surgiu a partir da constatação, em casos concretos, de que as súmulas são utilizadas como meio de obstaculizar a subida dos recursos especiais e extraordinários ao Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, respectivamente. Através da utilização das súmulas, os Tribunais Estaduais, no juízo de admissibilidade dos recursos, passaram a utilizá-las como se tivessem efeito vinculante e não apenas como orientadoras e

informadoras da tendência dos Tribunais Superiores como meio de obstaculizar a remessa dos recursos à instância superior utilizando-se das súmulas como se estas tivessem efeito vinculante. Tal postura foi reforçada pela Lei 9.756/98, que alterou o Código de Processo Civil quanto à matéria de recursos, dispondo que as súmulas ou a jurisprudência dominante no Tribunal podem servir para negar liminarmente provimento a recurso que estiver em confronto com estas ou para dar provimento liminar quando o acórdão recorrido for contrário a uma ou outra.

A partir dessa constatação, despertou-nos o interesse em examinar se a adoção do efeito vinculante representa violação aos direitos e garantias fundamentais, especialmente ao direito de acesso ao judiciário (submissão à apreciação do Poder Judiciário de lesão ou ameaça a direito), devido processo legal e contraditório e à ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes, examinando, também, se representa negativa de prestação jurisdicional, uma vez que o Estado deixaria de examinar o caso em concreto e suas peculiaridades, passando a prolatar decisões genéricas, “prontas”, através do efeito vinculante já que a função do julgador monocrático se limitaria à escolha daquele que melhor se amoldasse ao caso em exame.

Ainda que fosse observado o contraditório e a ampla defesa, bem como o devido processo legal, isto de nada adiantaria, uma vez que a decisão já estaria pronta, independentemente das provas que viessem a ser produzidas. Os lidadores do direito, bem como o julgador, passariam a ser espectadores da prestação jurisdicional sem contribuir para ela, uma vez que as decisões passariam a vir de cima para baixo, negando-se inclusive o duplo grau de jurisdição, eis que da decisão não caberia recurso, uma vez que o entendimento do tribunal estaria pacificado.

Por esse tipo de reflexão, o estudo pretende demonstrar se a adoção do efeito vinculante importa em violação aos direitos e garantias fundamentais e em negativa de prestação jurisdicional; aduzindo, ainda, sobre a liberdade do julgador ao proferir suas decisões, não se vinculando apenas à letra da lei, mas examinando a justiça e legitimidade dela para então proferir a decisão.

Seguindo os critérios acima, poderá o julgador aplicar apenas a lei justa e válida, que estiver de acordo com as normas constitucionais. Também poderá o julgador (pelos mesmos critérios) deixar de aplicar a lei que estiver em desacordo com as normas constitucionais, independentemente da declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade da lei, de modo a preservar os direitos fundamentais e os dispositivos constitucionais, relegando o efeito vinculante para os exames da lei *in abstracto*, função já exercitada pelo Supremo Tribunal Federal através da ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade e ação de descumprimento de preceito fundamental.

Assim sendo, os objetivos específicos para a abordagem do tema consistem em: a) conceituar os direitos e garantias fundamentais, abordando especificamente o direito de acesso ao judiciário (apreciação pelo judiciário de lesão ou ameaça a direito), o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa com os recursos a ela inerentes; b) discorrer sobre a prestação jurisdicional e as funções do juiz, bem como sobre o princípio da proporcionalidade; c) abordar o controle de constitucionalidade; d) por último, examinar o efeito vinculante e sua adoção para as decisões judiciais.

Para a abordagem do tema e persecução dos objetivos, seguiram-se, como teoria de base, os direitos e garantias fundamentais, abordando de modo específico as garantias de acesso ao judiciário (a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito), o devido processo legal, o contraditório e ampla defesa, abordando também a prestação jurisdicional e o efeito vinculante para as decisões judiciais.

O método de abordagem utilizado foi o dedutivo. Quanto ao método de procedimento, adotou-se o monográfico. A técnica de pesquisa adotadas foi a bibliográfica.

No exame do tema, o estudo foi dividido em quatro capítulos que serão a seguir abordados, os quais tratam dos objetivos a que o trabalho se dispôs.

As considerações finais trazem o fecho sobre a discussão do tema, com as constatações firmadas após a leitura de inúmeras obras e vários pontos de vistas diferentes, trazendo então a opinião da autora.

O primeiro capítulo tratado no presente trabalho aborda os princípios como sendo o ponto de partida, a raiz, o nascedouro dos direitos fundamentais. Os princípios são normas jurídicas que impõem um dever de otimizar, concretizar suas proposições. Quando escritos em uma Constituição, recebem o nome de direitos e garantias fundamentais. Tais direitos, por sua vez, possuem aplicabilidade direta, o que significa dizer que independem de legislação ordinária ou infraconstitucional para serem plenamente aplicáveis e nenhuma norma infraconstitucional poderá dispor de modo contrário a eles, sob pena de ser considerada inconstitucional. Os direitos e garantias fundamentais positivados na Constituição possuem caráter normativo e vinculam tanto os indivíduos quanto os poderes do Estado. Não podem ser objeto de revisão constitucional, com o objetivo de suprimi-los ou afastá-los do texto constitucional. São os mais importantes direitos inseridos na Constituição e deles derivam outros de grande importância, como o princípio da igualdade.

A Constituição Brasileira de 1988 elencou inúmeros direitos e garantias fundamentais, como o direito à vida, à liberdade, à educação, à segurança, bem como garantias, ou seja, meios de assegurar que os direitos serão por todos cumpridos.

Os direitos fundamentais alcançam a plenitude no Estado Constitucional de Direito também denominado de Estado Democrático de Direito. É a democracia que permite que os direitos fundamentais sejam observados, cumpridos e não violados pelo Estado. O Estado Democrático de Direito é aquele

que não interfere nos direitos “de defesa” (liberdade, intimidade, vida privada) e concretiza os direitos “a prestações”(saúde, educação, etc.), numa mistura de Estado mínimo, ao não interferir; e Estado máximo, ao concretizá-los.

No primeiro capítulo, é feita a abordagem sobre o poder normativo das Constituições; a obrigatoriedade de observância da norma constitucional por todos, o que implica dizer que as leis que dela decorrem - posteriores ou anteriores - não poderão contrariar o que ela dispõe. A Constituição normativa é a lei que se encontra hierarquicamente em grau superior às demais, estabelecendo direitos, condutas, modo de atuação e utilização do poder a todos vinculando.

Ainda no capítulo inicial, são tratados os direitos fundamentais de acesso ao judiciário (impossibilidade de a lei impedir o exame do judiciário em caso de lesão ou ameaça a direito). Tal garantia visa impedir que a lei posterior ou anterior à Constituição Brasileira de 1988 impeça que o Judiciário aprecie lesão ou ameaça a direito, de tal forma que todo e qualquer direito violado poderá ser apresentado ao Judiciário, o qual no seu poder-dever de aplicar o direito, (prestação jurisdicional) deverá decidir o conflito.

Assim, não só a efetiva lesão está sob a proteção do Judiciário, mas também a ameaça a direito. Exemplo de ameaça a direito é a possibilidade de veicular-se informação danosa a alguém. O Poder Judiciário, desde que provocado, poderá impedir que o fato venha a público. Registre-se entretanto, que a análise de impedir a veiculação é do julgador, que poderá entender que a informação não trará prejuízo permitindo assim sua divulgação. O direito de ver a questão apreciada pelo Poder Judiciário não significa que este esteja obrigado a dar a tutela pleiteada, ficando livre o poder de decisão e convicção do julgador. O que não pode é ser a lei editada visando impedir o indivíduo de trazer ao Poder Judiciário sua inconformidade, aduzindo suas razões, seus motivos, para que o julgador decida, deferindo ou negando a tutela pleiteada em pronunciamento devidamente

fundamentado. Tal inciso se traduz no direito de acesso à justiça, isto é o direito de vir a juízo trazer uma inconformidade, uma pretensão e de receber uma decisão justa.

O devido processo legal, inserido na Constituição Brasileira de 1988, dispõe que o indivíduo não será privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. Isto significa dizer que as pessoas têm o direito de ver sua inconformidade submetida a um processo que vai obedecer determinadas formalidades legais, e, através desse processo produzir as provas que o julgador utilizará para decidir o conflito lhe submetido. Assim, este direito assegurado constitucionalmente impede que as pessoas sejam presas ou percam seus bens antes de ser-lhes oportunizado o devido processo legal presidido por um juiz, o que impede o surgimento de tribunais de exceção como aconteceu numa fase não muito longínqua de nossa história.

O contraditório e a ampla defesa com todos os recursos inerentes, assegura ao indivíduo utilizar-se de todos os meios de prova em direito permitidos para sua defesa, tanto em nível judicial, quanto administrativo ou extrajudicial. O contraditório significa o direito de contrapor-se a uma versão apresentada, bem como manifestar-se contra documentos e provas trazidos ao processo. Todos os litigantes envolvidos no processo têm direito ao contraditório.

O contraditório e ampla defesa permitem a produção de todas as provas em direito permitidas com o fito de comprovar a versão apresentada e assim formar a convicção do julgador para deferir o que se pleiteia, seja a absolvição em se tratando de processo penal e a procedência ou improcedência da demanda, em se tratando de processo civil, ou ainda o reconhecimento, a declaração de um direito, no cenário administrativo, entre outros casos. Enfim, o contraditório é também o direito da parte processada tomar ciência do processo contra si direcionado, o que ocorre através da citação.

A partir da ciência inequívoca do processo poderá então a parte tomar as providências cabíveis no intuito de contrapor-se ao pedido

apresentado. O contraditório e a ampla defesa são garantias processuais, a exemplo do devido processo legal.

O segundo capítulo aborda a questão relativa à prestação jurisdicional. Para tanto conceitua a função jurisdicional como sendo o poder-dever do Estado de, através do juiz, “dizer o direito”, “aplicar a lei”. A prestação jurisdicional nada mais é do que a solução do conflito pelo juiz, o qual, após o devido processo legal e a instalação do contraditório e ampla defesa, forma sua convicção examinando as provas produzidas e a lei que ampara o pedido, para então colocar fim ao litígio através da sentença (decisão do juiz singular), solucionando o conflito e restabelecendo a paz social. O juiz, na sua tarefa de solver os conflitos, oportuniza o devido processo legal, ouve as partes em depoimentos pessoais e as testemunhas, coleta a prova pericial, para, então, ao fim do processo, dizer o direito, no julgamento do conflito.

O Poder Judiciário, no cumprimento de sua missão, se organiza em vários Tribunais, possuindo inúmeros funcionários nos mais variados cargos com o intuito de concretizar a justiça. E, na persecução da justiça, o Poder Judiciário norteia-se por princípios, dentre os quais podemos citar: o princípio da independência dos juízes e das decisões, o princípio da imparcialidade dos juízes, o princípio da irresponsabilidade (através do qual os juízes não podem ser responsabilizados pelas decisões, uma vez que representam um poder), o princípio da auto-administração, que significa dizer que o Poder Judiciário é livre e autônomo para conduzir seus órgãos e magistrados. Podem ser citados ainda, o princípio do duplo grau de jurisdição que assegura às partes (autor e réu) utilizarem –se dos recursos, com o fito de ver modificada pela instância superior as decisões proferidas pela instância inferior (Foros das Comarcas). Outro princípio que rege a prestação jurisdicional é o da fundamentação das decisões judiciais, ou seja, o julgador deve indicar os motivos formadores de sua convicção.

Além do mais, há de considerar-se que o processo possui uma finalidade e esta, consoante já asseverado, é pacificar o conflito, instaurando a paz social entre as partes.

No capítulo segundo, é examinado o princípio da igualdade nas suas diversas matizes. Tal princípio assegura que não se poderá fazer distinções entre credos, religiões, poder aquisitivo, ou qualquer particularidade, aplicando o direito indistintamente; nem mesmo a lei poderá fazer restrições a este ou àquele. A lei deve ser geral de modo a abranger a universalidade de pessoas e não discriminá-las de modo a prejudicar alguns e beneficiar outros. O princípio da igualdade é um dos mais importantes princípios que regem o Poder Judiciário, pois, quando a lei não consegue tratar os desiguais desigualmente, esta tarefa cabe ao Judiciário, ao examinar o caso em concreto e as peculiaridades trazidas com ele.

Entretanto, o poder de julgar não é sem limites. O julgador possui seu poder limitado pela Constituição Brasileira de 1988 e pelos direitos fundamentais, uma vez que suas decisões devem observar o que ela dispõe, funcionando os direitos e garantias fundamentais como o limite dos poderes do juiz, que não poderá, na sua função de aplicar o direito, esquecer ou negar tais direitos, podendo, na sua tarefa de julgar e aplicar a lei, socorrer-se do princípio da proporcionalidade, equacionando a disposição da lei com as disposições constitucionais e deixando de lado a lei quando esta for contrária à Constituição Brasileira de 1988. Os poderes do julgador são amplos, não estão sujeitos a controle pelos Tribunais Superiores, nem tampouco a estes se vinculam; entretanto, devem obedecer ao que dispõe a Constituição Brasileira de 1988, sob pena da decisão ser considerada injusta além de inconstitucional, mesmo porque as deliberações desse poder devem estar fundamentadas.

O terceiro capítulo aborda o controle de constitucionalidade em relação à Constituição Brasileira de 1988, e traz à baila a questão do efeito vinculante (tema do quarto capítulo). O controle de constitucionalidade exercitado em nosso país é difuso e concentrado, uma vez que pode ser exercitado por

particulares no caso concreto pelos Tribunais dos Estados, pelo Superior Tribunal de Justiça, também conhecido como controle difuso; e pelo Supremo Tribunal Federal através de ação declaratória de constitucionalidade, ação direta de inconstitucionalidade e ação de descumprimento de preceito fundamental, também conhecido como controle de constitucionalidade concentrado, para as quais o efeito é vinculante por força do disposto nas Leis 9.868/99 e Lei 9.882/99.

O capítulo conceitua controle de constitucionalidade, colocando-o como meio de proteger os direitos e garantias fundamentais inseridos na Constituição Brasileira de 1988, controlando a ação do legislador, que não fica livre para editar a lei como bem lhe aprouver, uma vez que devem as leis ser editadas em conformidade com o que dispõe o texto constitucional, sob pena de terem a inconstitucionalidade decretada em pronunciamento do Poder Judiciário, via ações específicas.

O capítulo traz o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade (difuso e concentrado). É denominado de sistema misto de controle de constitucionalidade. Os meios de exercer o controle em nosso país que se dá através da ação declaratória de constitucionalidade, da ação direta de inconstitucionalidade e da ação de descumprimento de preceito fundamental. Tais meios possuem eficácia *erga omnes* e efeito vinculante. Estuda ainda o capítulo outros meios de controle de constitucionalidade: Recurso Especial, Recurso Extraordinário, *habeas corpus*, mandado de injunção, entre outros.

Também são tratadas nesse capítulo as decisões judiciais e o efeito vinculante, abordando o sistema da *common law* e do *stare decisis*, aduzindo que os países da *common law* ligam-se em suas decisões ao precedente (decisão da Suprema Corte em casos anteriores) o qual possui efeito vinculante e determina aos julgadores de instâncias inferiores que observem o precedente ao aplicar o direito em outros casos similares.

O mesmo capítulo trata do efeito vinculante para as decisões no Brasil, uma vez que nosso país não faz parte do sistema da *common law*, mas há previsão legal para sua aplicabilidade, autorizado pelas leis já citadas.

O capítulo terceiro aborda se a adoção do efeito vinculante produz a estagnação do direito, restringindo a liberdade do julgador, ou se sua adoção, em casos determinados, como, por exemplo, a omissão do legislador inoperante, serviria para concretizar os direitos inseridos na Constituição Brasileira de 1988 que dependem de regulamentação.

É objeto do quarto e último capítulo, a liberdade do julgador em sua esfera de decidir, sobre a qual o Estado, através do legislador, não poderia interferir, pois ao julgador é facultado analisar a questão da validade, vigência, eficácia e justiça da norma. O efeito vinculante importaria em restrição a essa liberdade, muito embora o princípio da proporcionalidade permita ao julgador aplicar somente aquelas decisões que não violem os direitos fundamentais.

Assim, haveria total liberdade de decisão do julgador, submetida, entretanto, ao disposto na Constituição Brasileira de 1988. O compromisso do julgador, em seu poder de decidir estaria limitado por ela e pelos direitos e garantias fundamentais nela inseridos. O julgador teria então liberdade de examinar se o precedente está de acordo ou é contrário à Constituição Brasileira de 1988, podendo deixar de aplicá-lo, através de decisão fundamentada, quando contrariar os dispositivos constitucionais.

CAPÍTULO 1

A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988 E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

1.1 Princípios: conceito

A Constituição Brasileira de 1988 elenca uma série de princípios, especialmente no artigo 5º, onde se encontram sob a denominação de direitos fundamentais. Para a melhor compreensão do significado dos direitos fundamentais, é importante que seja feita a abordagem conceitual de princípios, os quais são a raiz, o nascedouro, a célula primeira dos direitos fundamentais.

Segundo o dicionário Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, princípio tem a seguinte conceituação:

“Princípio. [Do lat. *Principiu.*]S.m. 1. Momento ou local ou trecho em que algo tem origem, começo: o princípio de um incêndio, O princípio da estrada já está pavimentado. 2.Causa primária. 3.Elemento predominante na constituição de um corpo orgânico. 4.Preceito, regra, lei. 5.P. ext. Base, germe: O garoto tem em si o princípio da rebeldia. 6.*Filos.* Fonte ou causa de uma ação. 7.*Filos.* Proposição que se põe no início de uma dedução, e que não é deduzida de nenhuma outra dentro do sistema considerado, sendo admitida, provisoriamente, como inquestionável. [São princípios os

axiomas, os postulados, os teoremas, etc Cf. principio, do v. principias.]~ V. princípios.”¹

Assim, pode-se afirmar que o princípio é a idéia mestra, ou seja, “a estruturação de um sistema de idéias, pensamentos ou normas por uma idéia mestra”²; a raiz de onde se originam as demais proposições. Sobre os princípios no ramo do Direito, cumpre trazer à colação o ensinamento de **ESPÍNDOLA**:

“Assim, na Ciência Jurídica, tem-se usado o termo *princípio* ora para designar a formulação dogmática de conceitos estruturados por sobre o direito positivo, ora para designar determinado tipo de normas jurídicas e ora para estabelecer os postulados teóricos, as proposições jurídicas construídas independentemente da ordem jurídica concreta ou de institutos de direito ou normas legais vigentes.”³

O princípio pode estar escrito ou não. Quando os princípios estão escritos, normatizados, possuem forte poder de vinculação e observância. Os princípios jurídicos são normas cogentes e possuem eficácia positiva ou negativa; tanto podem determinar a prática de uma conduta ou prescrever determinada conduta como podem impedir que determinada prática ou conduta seja praticada.

Na visão de **ESPÍNDOLA** pode-se dizer que: a)os princípios se referem a normas; b)os juristas adotam o vocábulo “princípio” para designar normas que possuem alto grau de indeterminação; c)os juristas adotam o vocábulo “princípio” para referir à normas programáticas⁴; d)os juristas utilizam a palavra “princípio” para referir-se a normas cuja posição na hierarquia das fontes do Direito é deveras elevada; e)os juristas utilizam a palavra “princípio” para designar normas

¹ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. 2. ed.. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986. p. 1393.

² ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de Princípios Constitucionais*. Apresentação J.J. Gomes Canotilho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. 47 p.

³ ESPÍNDOLA, R. S. *Ibidem*, p. 49.

⁴ Normas programáticas: “As normas constitucionais programáticas são as em que o constituinte não regula diretamente os interesses ou direitos nelas consagrados, limitando-se a traçar princípios a serem cumpridos pelos poderes públicos (Legislativo, Executivo e Judiciário) como programas das respectivas atividades, pretendendo unicamente a consecução dos fins sociais pelo Estado. Por exemplo, os arts. 21, IX, 23, 170, 205, 211, 215, 218, 226, § 2º, da Constituição Federal.” Segundo DINIZ, Maria Helena. *Norma Constitucional e seus Efeitos*. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 116.

que possuem uma função muito importante e fundamental no sistema jurídico ou político; e) os juristas utilizam a palavra “princípio” para designar normas que se dirigem aos órgãos de aplicação, os quais possuem a função de escolher as normas ou dispositivos aplicáveis nos diversos casos”.⁵

Além do mais, os princípios se revestem de um caráter de profunda generalidade, são normas gerais, que não designam especialidade alguma e se estendem a todos os casos a que possam ser aplicados. No confronto entre dois princípios um prevalece sobre o outro, não há antinomia entre princípios; os princípios não excluem uns aos outros. Quando mais de um princípio puder ser aplicado ao caso concreto, deverá haver a opção por um dos dois. O princípio inaplicado permanece no ordenamento jurídico⁶ para ser aplicado em outros casos concretos.

O princípio se distingue das regras porque estas são destinadas a casos específicos e, quando de sua aplicação, uma regra exclui a outra, não convivendo duas regras harmonicamente para o mesmo caso concreto, ou seja, a regra é aplicada ou não é, pois em se tratando de regras, não é possível a afirmação de que uma seja mais importante do que a outra, pois elas não admitem esse tipo de valoração e importância, enquanto os princípios admitem-no. Na verdade, tanto os princípios quanto as regras são especialidades da norma jurídica, aplicando-se cada um a casos concretos distintos. Não há aplicação simultânea de um princípio e de uma regra, ou se aplica o princípio, ou se aplica a regra, pois um exclui o outro.

Segundo **ESPÍNDOLA**:

“(...) (1) os princípios são normas jurídicas impositivas de uma *otimização*, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fáticos e jurídicos; as *regras* são normas que prescrevem

⁵ ESPÍNDOLA, R. S. Op. cit., p. 56-57

⁶ Ordenamento jurídico: “...contexto de normas com relações particulares entre si”, segundo BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 8 ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1996. p. 19. Também significa o conjunto de normas (leis, decretos, Códigos, etc) que integram o sistema jurídico, ou o Direito.

imperativamente uma exigência (impõem, permitem ou proibem) que é ou não é cumprida (...); a convivência dos princípios é conflitual (Zagrebelski); a convivência das regras é antinômica; os princípios coexistem; as regras antinômicas excluem-se;

“(2) conseqüentemente, os princípios, ao constituírem *exigências de otimização*, permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem, como as regras, à lógica do tudo ou nada), consoante o seu *peso* e a ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes; as regras não deixam espaço para qualquer outra solução, pois se uma regra *vale* (tem validade) deve cumprir-se na exacta medida das suas prescrições, nem mais nem menos.

“(3) em caso de *conflito entre princípios*”, estes podem ser objecto de ponderação, de harmonização, pois eles contêm apenas ‘exigências’ ou *standarts* que, em ‘primeira linha’ (*prima facie*) devem ser realizados; as regras contêm ‘fixações normativas’ definitivas, sendo insustentável a *validade* (se elas não são correctas devem ser alteradas).

“(4) os princípios suscitam problemas de *validade e peso* (importância, ponderação, valia); as regras colocam apenas questões de *validade* (se elas não são corretas devem ser alteradas)”⁷.

O objetivo de esmiuçar a conceituação de princípio e de diferenciá-lo de regras é para que se entenda qual a função dos princípios em nível constitucional e a relação que possuem com os direitos fundamentais elencados na Constituição Brasileira de 1988, uma vez que escritos numa Constituição tornam-se “as normas supremas do ordenamento”, no dizer de **ESPÍNDOLA**⁸, dos quais decorrem o resto do ordenamento jurídico (leis, normas, decretos), que não poderão com eles conflitar, pois constituem-se na “norma das normas” no dizer de **BONAVIDES**⁹.

⁷ ESPÍNDOLA, R. S. Op. cit., p. 66.

⁸ ESPÍNDOLA, R. S. Op. cit. p. 74

⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 260.

Assim, considerando que os princípios são a raiz, o marco inicial e, considerando que estejam positivados na Constituição de um país, depreende-se que os princípios vinculam e obrigam a todos, não admitindo quaisquer normas ou regramentos que com eles conflituem.

Nessa linha, **CARMEM ROCHA** *apud* **ESPÍNDOLA**, asseverou o seguinte:

“Os princípios constitucionais são os conteúdos primários diretores do sistema jurídico-normativo fundamental de um Estado. Dotados de originalidade e superioridade material sobre todos os conteúdos formam o ordenamento constitucional, os valores firmados pela sociedade são transformados pelo Direito em princípios. Adotados pelo constituinte, sedimentam-se nas normas, tornando-se, então, pilares que informam e conformam o Direito que rege as relações jurídicas no Estado. São eles, assim, as colunas mestras da grande construção do Direito, cujos fundamentos se afirmam no sistema constitucional (...)”¹⁰

Os princípios são revestidos de normatividade e impõem sua observância a todos os indivíduos e poderes do Estado, são vinculativos. **BONAVIDES** acerca dos princípios assim se manifestou:

“Reconhece Esser – e com isso dá admirável passo diante das posições positivistas – que o princípio atual normativamente; é parte jurídica dogmática do sistema das normas, é ponto de partida (*starting point*, diz ele) que se abre ao desdobramento judicial de um problema.

“Se não chegam a ser, em rigor, uma norma no sentido técnico da palavra, os princípios, como *ratio legis* – prossegue o abalizado Jurista – são possivelmente Direito Positivo, que pelos veículos interpretativos se exprimem, e assim se transformam numa esfera mais correta.

“Surgem esses princípios como máximas doutrinárias ou simplesmente guias do pensamento jurídico, podendo cedo adquirir o caráter de normas de Direito Positivo.

¹⁰ ESPÍNDOLA, R. S. Op. cit., p. 76.

“O princípio normativo – observa – observa, por sua vez, Grabitz – deixa de ser, assim, tão-somente *ratio legis* para se converter em *lex*; e, como tal, faz parte constitutiva das normas jurídicas, passando, desse modo a pertencer ao Direito Positivo.

“Repartem-se os princípios, numa certa fase da elaboração doutrinária, em duas categorias: a dos que assumem o caráter de idéias jurídicas norteadoras, postulando concretização na lei e na jurisprudência, e a dos que, não sendo apenas *ratio legis*, mas, também, *lex*, se cristalizam desse modo, consoante Larenz assinala, numa regra jurídica de aplicação imediata.

“Acrescenta o mesmo jurista que os da primeira categoria, desprovidos do caráter de norma, são princípios ‘abertos’ (*offene Prinzipien*), ao passo que os segundos se apresentam como ‘princípios normativos’.”¹¹

Quanto à diferença entre princípios e regras, a lição de **BONAVIDES** faz esclarecimentos:

“Ao estudar uma teoria material dos direitos fundamentais em bases normativas – a teoria normativa-material (*normative-materiale Theorie*) – Alexy instituiu a distinção entre regras e princípios, que, na essência, é a mesma de Dworkin. Conugou as duas modalidades debaixo do conceito de normas.

“Tanto as regras como os princípios são normas, escreve ele, porquanto ambos se formulam com a ajuda de expressões deônticas fundamentais, como mandamento, permissão e proibição.

“Assevera, em seguida, o insigne Jurista que os princípios assim como as regras constituem igualmente fundamentos para juízos concretos de dever, embora sejam fundamentos de espécie mui diferente.

“A diferença de princípios a regras – prossegue o notável Professor alemão – é, portanto, diferença entre duas espécies de normas. Lembra que os critérios propostos à distinção ora estabelecida são inumeráveis. O mais freqüente, acentua, é o da generalidade. De acordo com este, diz Alexy, os princípios são normas dotadas de alto grau de generalidade

¹¹ BONAVIDES, P. Op. cit., p. 243-244.

relativa, ao passo que as regras, sendo também normas, têm, contudo, grau relativamente baixo de generalidade.

“Alexy exemplifica. E o faz tomando a norma segundo a qual toda pessoa desfruta da liberdade de crença, como norma com um grau relativo de alta generalidade, ao passo que a norma sobre o direito que todo preso possui de fazer proselitismo em favor de suas crenças junto doutros presos seria ilustração das normas de reduzido grau de generalidade. Portanto, é possível, segundo se lhe afigura classificar as normas de acordo com o critério da generalidade, sendo umas princípios, enquanto outras são regras.”¹²

Nisto então consiste a normatividade dos princípios, os quais, consoante já asseverado, uma vez escritos em uma Constituição passam a ser denominados de direitos fundamentais.

1.2 Direitos e Garantias Fundamentais

Os direitos fundamentais são princípios escritos na Constituição que vinculam e impõem obrigatoriedade de cumprimento e observância a todas as pessoas. Possuem caráter vinculativo.

São direitos que, ao longo dos tempos, foram conquistados e decorreram, alguns, do direito natural (direito inerente ao homem), como, por exemplo, o direito à vida, à liberdade. Se encontram num grau superior no ordenamento jurídico e não podem ser objeto de revisão constitucional que tenha como objetivo sua supressão (as chamadas cláusulas pétreas).

Os direitos fundamentais vinculam não apenas as pessoas mas também os poderes públicos e constituem “parâmetros materiais de escolhas, decisões ações e controlo, dos órgãos legislativos, administrativos e jurisdicionais”¹³. Possuem aplicabilidade direta; independem de legislação ordinária ou

¹² BONAVIDES, P. Op. cit., p. 248-249.

¹³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra-Portugal: Almedina, 1999. p. 355.

infraconstitucional para serem plenamente aplicáveis, não dependem de regulamentação, nem de lei ordinária para serem observados, cumpridos e aplicados.

Estruturaram o Estado e a sociedade e emergiram a partir da Revolução Industrial do século XVIII assentados em três princípios: a) **liberdade**; b) **igualdade**; c) **fraternidade**. Essas são as matrizes de onde partiram os direitos fundamentais, com o objetivo de garantir ao homem a liberdade (de ir e vir, de imprensa, de escolhas políticas, religião, crença, etc.); a igualdade (todos são iguais perante a lei, sem sofrer qualquer discriminação devido ao poder econômico, crença, religião, posição social); a fraternidade (união entre os povos, respeito ao homem, implementação da paz social, procura do bem comum).

Tais direitos são auto-executáveis e, na visão de

CANOTILHO:

“(...) São as normas constitucionais consagradoras de direitos, liberdades e garantias dotadas de aplicabilidade directa (o que não significa ser a mediação legislativa desnecessária ou irrelevante), então é porque os direitos por elas reconhecidos são dotados de uma densidade normativa suficiente para serem feitos valores na ausência de lei ou mesmo contra a lei. Trata-se, porém, de uma das dimensões materiais dos direitos, liberdades e garantias, e não de um critério único e exclusivo.”¹⁴

São conhecidos como “**direitos de defesa**”, porque proibem que os poderes públicos tomem qualquer atitude visando interferir na vida individual do homem (por exemplo, direito à vida, à liberdade, direito de ir e vir). São inerentes ao homem, não precisam da intervenção do Estado que não deve interferir na sua fruição; visam proteger os direitos individuais e coletivos impedindo que os poderes públicos intervenham sobre estes. Poder-se-ia dizer que os direitos de defesa implicam “omissão” do Estado, isto é, o Estado deve abster-se de intervir na vida do indivíduo.

¹⁴ CANOTILHO, J. J. G. Op. cit., p. 376.

Em contrapartida, os “**direitos a prestações**” são justamente o oposto; obrigam o Estado de forma direta a intervir para implementá-los, concretizá-los, torná-los passíveis de fruição. Os direitos a prestações são o direito à saúde, à educação, à segurança, e determinam ao Estado o dever de proporcioná-los às pessoas.

Tais direitos se implementam e concretizam a partir da atuação do Estado. Para tanto, deve o Estado de forma ativa disponibilizar escolas, hospitais, segurança, sem custo para os indivíduos, e o direito a essa prestação é um direito fundamental. Assim, são direitos a prestações porque obrigam o Estado a uma providência, a uma ação a fim de que sejam efetivamente implementados, realizados e usufruídos.

Receberam ao longo da história várias subdivisões, sendo que **BONAVIDES**¹⁵ divide-os em direitos de: a) primeira geração; b) segunda geração; c) terceira geração; d) quarta geração; e) quinta e sexta gerações.

Os direitos denominados de **primeira geração** são os chamados direitos da liberdade, conhecidos também como direitos políticos e civis têm como titular o indivíduo e são oponíveis ao Estado: “(...) traduzem-se em faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é o seu traço mais característico.”¹⁶

Tais direitos são os chamados “**direitos de defesa**” porque impõem ao poder público (Estado) uma abstenção, ou seja, o Estado não pode intervir ou efetuar ingerências, intervenções no plano desses direitos, a menos que seja provocado a tanto. Os direitos de primeira geração valorizam o homem “das liberdades abstratas, o homem da sociedade mecanicista que compõe a chamada sociedade civil, da linguagem jurídica mais usual”¹⁷. São direitos de primeira

¹⁵ BONAVIDES, P. Op. cit.

¹⁶ BONAVIDES, P. Op. cit., p. 517.

¹⁷ CANOTILHO, J. J. G. Op. cit., p. 518.

geração a liberdade, o direito à vida, à integridade física, o direito à igualdade, entre outros.

Os direitos de **segunda geração** também conhecidos como **direitos a prestações** são os chamados direitos sociais, culturais e econômicos, os quais abrangem também os direitos coletivos. No caso desses direitos, o homem pode exigir que o Estado, através de uma prestação, concretize-os, implemente-os, torne-os desfrutáveis para a sociedade. Exemplificando, direitos de segunda geração são: direito ao lazer, à previdência, à educação, à segurança, à saúde, entre outros.

Os direitos fundamentais de **terceira geração** estão relacionados ao desenvolvimento, ao meio ambiente à comunicação. Esse direitos protegem direitos universais. É o direito à proteção do meio ambiente, o direito à liberdade de imprensa; visam à proteção da universalidade, dos interesses de todo o mundo, beneficiando a todos indistintamente. Segundo **BONAVIDES**: “Emergiram eles da reflexão sobre temas referentes ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade”¹⁸, visam a preservação e a preocupação com a universalidade, com o bem estar de todo o mundo.

Os direitos de **quarta geração** estão ligados ao exercício da democracia, cidadania, o direito à informação, ao pluralismo e são conceituados por **BONAVIDES**, da seguinte forma:

“(..) são direitos de quarta geração o direito de democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência.”¹⁹.

Os direitos de quarta geração ligados à democracia permitem que todos os demais sejam implementados e exercitados, pois, em um regime

¹⁸ BONAVIDES, P. Op. cit., p.523.

¹⁹ BONAVIDES, P. Op. cit., p. 525.

ditatorial, estes direitos são desconsiderados, são suprimidos, mesmo que estejam escritos no texto constitucional. Assim, tais direitos somente alcançam a plenitude no Estado Democrático de Direito.

Ainda, segundo a divisão de **BONAVIDES**²⁰, há de se mencionar a existência de direitos de **quinta e sexta geração**, os quais estão ligados à cibernética, à biogenética e ainda são causa de grande discussão, pois o homem ainda está tateando nesses setores e é necessário que haja uma regulamentação séria, para evitar a utilização equivocada de informações e descobertas nessas áreas, e grandes prejuízos à humanidade, como já vimos acontecer na Alemanha, quando se pretendeu criar uma raça pura.

Aliás, quanto à biogenética, importante lembrar a discussão recente sobre as pesquisas e possibilidade de clonagem de seres humanos a partir de testes com células embrionárias, matéria que envolve direitos e garantias fundamentais, como o direito à vida, e que deverá ser imediatamente regulado em nível mundial, evitando-se pesquisas desastrosas e um novo holocausto.

Ainda, além dos direitos fundamentais, é importante referir a existência das garantias. As garantias, também incluídas no Catálogo dos Direitos Fundamentais na Constituição Brasileira de 1988 nada mais são do que mecanismos, formas de assegurar que esses direitos sejam observados, aplicados, cumpridos e respeitados pelo Estado. **BONAVIDES** assevera que “existe uma garantia sempre em face de um interesse que demanda proteção e de um perigo que se deve conjurar”²¹. As garantias estão ligadas aos direitos de liberdade e visam assegurar a fruição dos direitos fundamentais.

Muito comum é confundir-se os direitos fundamentais com as garantias, entretanto, não possuem o mesmo significado, os direitos são assegurados através das garantias constitucionais, as quais constam vêm estabelecidas no catálogo

²⁰ BONAVIDES, P. Op. cit., p. 525.

²¹ BONAVIDES, P. Op. cit., p. 481.

que declara os direitos fundamentais. Estão interligadas aos direitos, embora não se confundam com este.

Acerca das garantias constitucionais **BONAVIDES** assim se manifestou:

“Em sua lição acerca das garantias constitucionais, Rui primeiro demonstrou que ‘uma coisa são *garantias constitucionais*, outra coisa os *direitos*, de que essas garantias traduzem, em parte, a condição de segurança política ou judicial’. E a seguir definiu *stricto sensu* as garantias constitucionais como sendo ‘as solenidades tutelares, de que a lei circunda alguns desses direitos contra os abusos do poder’.

“Os direitos a que se refere são os da personalidade, os direitos individuais clássicos. Faz ele menção de Leovegildo Filgueiras que num discurso proferido em 1º. de agosto de 1892 asseverou: ‘os nossos estadistas e publicistas do tempo do Império haviam aprendido com todos os publicistas e juristas do mundo civilizado a distinguir formalidades prescritas pelas constituições para abrigarem dos abusos do poder e das violações possíveis de seus concidadãos os direitos constitutivos da personalidade individual e direitos, quer sociais, quer políticos, que não são formalidades prescritas por constituições, mas atributos da natureza humana’.

“O insigne jurista também se reporto à indiferença da Constituição quanto a elucidar o sentido que têm as garantias constitucionais, e trepidou diante do problema, em formular um conceito lapidar acerca da natureza e da extensão dessas garantias. Senão vejamos:

‘Verdade é que também não se encontrará, na Constituição, parte, ou cláusula especial, que nos esclareça quanto ao alcance da locução ‘garantias constitucionais’. Mas a aceção é óbvia, desde que separamos, no texto da lei fundamental, as disposições meramente *declaratórias*, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições *assecuratórias*, que são as que, em defesa dos *direitos*, limitam o poder. Aquelas instituem *direitos*; estas, as *garantias*; ocorrendo não raro juntar-se na mesma disposição constitucional, ou legal, a fixação da garantia com a declaração do direito. Essa

discriminação produz-se naturalmente, de um modo material, pela simples enunciação de cada cláusula no tít. II, sec. II”.²²

Os direitos possuem direta e imediata relação com o indivíduo; entretanto, as garantias possuem relação com os direitos, pois são os meios e os modos de protegê-los. Exemplo de garantias constitucionais poder-se-ia citar a garantia de acesso ao judiciário, o devido processo legal, o contraditório e ampla defesa, que serão posteriormente tratados de modo específico..

1.3 Estado Democrático de Direito e Democracia

A palavra “democracia” enseja variados conceitos, mas é reconhecida principalmente pela colossal definição de Abrhaan Lincon, presidente americano, como sendo o “governo do povo, pelo povo e para o povo”. Aristóteles, em seu clássico “A Política”²³, dizia que: “deve-se antes chamar democracia o Estado que os homens livres governam”. Então, poder-se-á afirmar que a democracia está vinculada à idéia de liberdade das pessoas e ao Estado, o qual deverá Ter, como objetivo fundamental, a realização do interesse comum da totalidade de seus governados.

Outra questão de relevo quando abordado o conceito de democracia, é que ela representa a mais nítida forma de oposição a todo e qualquer governo absolutista, despótico ou tirânico, caracterizando-se por “um conjunto de regras (primárias ou fundamentais) que estabelecem quem está autorizado a tomar decisões coletivas e com qual procedimento”²⁴.

Assim, a democracia nada mais é do que um governo implementado em benefício do povo, tendo como objetivo alcançar o bem comum no

²² BONAVIDES, P. Op. cit., p. 485-486.

²³ ARISTÓTELES. *A Política*. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo. Martins Fontes, 1998. p.120.

²⁴ BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Trad. Marco Aurélio Nogueira, 6 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997. p.18.

qual os governantes são escolhidos pelo povo (sufrágio universal), que escolhe quem toma as decisões e o procedimento adequado a tanto.

A democracia comporta eleições periódicas, partidos políticos, separação de poderes, representatividade, onde as pessoas participam das decisões e exercem controle sobre o governo. Através da democracia (assentada no princípio da igualdade, ou seja, todos são iguais perante a lei), o homem participa do governo de modo livre.

Segundo o princípio democrático, o Estado é o representante da vontade geral; a vontade do Estado nada mais é que a vontade dos súditos.

FERRARI considera a democracia da seguinte forma:

“Como filosofia podemos considerá-la como modo de vida, no qual deve existir o respeito e a tolerância pelas opiniões divergentes no relacionamento social. Como ideal porque é um nível a atingir, posto que se modifica e se ajusta conforme a época e o desenvolvimento social, científico-tecnológico, político e jurídico. Como crença porque existe a convicção de que a segurança do mundo depende dela. Como processo, porque através dela se realiza a participação do povo na organização e exercício do poder político, correspondendo ao poder exercido pelo povo, ou pelo seu maior número.”²⁵

A democracia pode ser exercitada em três modalidades: direta, representativa e mista ou semidireta. Tanto na democracia representativa como na semidireta, a participação popular nas decisões e no controle do Estado é o que pode garantir a observância dos direitos fundamentais.

A democracia é forma de governo que se implementa através do Estado, razão pela qual não há como tratar-se de democracia sem vinculá-la ao

²⁵FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *O desenvolvimento da democracia como resultado da efetiva participação do cidadão*. In: *Democracia, hoje: um modelo político para o Brasil*. Instituto Brasileiro de Direito Constitucional. São Paulo: Celso Bastos, 1997. p. 213.

Estado, entendido este como “comunidade juridicamente organizada”²⁶, isto é, um poder político que ascende sobre os habitantes (povo) de um determinado território (área geográfica), o qual está submetido ao direito.

O governo democrático se manifesta através de leis e está submetido a elas, as quais devem ser fruto da vontade geral ou da quase totalidade dos cidadãos, o que afasta a possibilidade de o Estado agir ao arrepio da lei e do direito. O Estado tem seu poder limitado pela norma e deve garantir direitos como liberdade e igualdade. No regime democrático, governantes e governados se submetem ao império da lei editada de acordo com a vontade geral, visando atingir o bem comum.

Quando todos os poderes do Estado encontram-se vinculados à lei e principalmente a uma Constituição, onde a própria lei encontra-se submetida a uma lei maior, temos o chamado Estado Constitucional de Direito também denominado de Estado Democrático de Direito.

No Estado Democrático de Direito, as normas da Constituição vinculam e obrigam todos os poderes do Estado, e este não pode realizar modificação na Constituição a menos que obedeça à determinada forma (modificação através do poder constituinte que promove a reforma constitucional), sendo que o procedimento de reforma está previsto na própria Constituição.

Outra característica do Estado Democrático de Direito é que estão inseridos na sua Constituição uma série de princípios normatizados, os quais são chamados de direitos fundamentais, colocados num plano supralegal e garantidos pela própria Constituição, não podendo o Estado dispor sobre eles, suprimi-los ou violá-los, possuindo ainda, a obrigatoriedade de implementá-los e de tudo fazer para sua observância. Assim, são os direitos fundamentais efetivamente cumpridos e respeitados que autoriza a denominação de Estado Democrático de Direito, uma vez que existem Estados que contemplam, em sua Constituição escrita, inúmeros direitos

²⁶ CANOTILHO, J. J. G. Op. cit., p. 8.

fundamentais, entretanto, a forma de governo impede que tais direitos sejam usufruídos, não se tratando assim de um Estado Democrático de Direito.

Estado Democrático de Direito e democracia estão imbricados, interligados e a preservação dos princípios de liberdade e igualdade, sobre os quais se assenta a democracia, bem como a concretização dos direitos fundamentais são de grande importância para que o regime democrático se mantenha. Os direitos fundamentais encontram sua plenitude num efetivo regime democrático, ou seja, naquele em que são aplicados, preservados, implementados, concretizados e respeitados pelo Estado.

A Constituição Federal de 1988, ao falar de Estado Democrático de Direito, deixa claro que não serão toleradas a arbitrariedade, a prepotência e o descaso com os direitos fundamentais nela inseridos. O governo, por sua vez, será legítimo à medida que concretizar os direitos fundamentais. Assim, quanto mais o governo se afasta dos dispositivos constitucionais, mais o Estado se aproxima da deslegitimação.

1.4 A Constituição e Seu Poder Normativo.

A Constituição de um país é a lei superior à qual todos se submetem, é norma das normas, consoante já afirmou **BONAVIDES**²⁷. Os dispositivos constitucionais são normas escritas, com grande poder de vinculação e obrigatoriedade face à sua força normativa, impondo a observância e o cumprimento deles por todos. Segundo **ESPÍNDOLA**:

“(...) a *Constituição* é, desde logo, uma *lei*, configurando a forma típica de qualquer lei, compartilhando com as leis em geral um certo número de características (forma escrita, redação articulada, publicação oficial, etc). Mas também, é uma *lei diferente das outras*: é uma *lei específica*, já que o poder que a gera e o processo que a

²⁷ BONAVIDES, P. Op. cit.. p. 228.

veicula são tidos como *constituintes*, assim como o poder e os processo que a reformam são tidos como *constituídos*, por ela mesma; é uma *lei necessária*, no sentido de que não pode ser dispensada ou revogada, mas apenas modificada; é uma *lei hierarquicamente superior* – a lei fundamental, a lei básica – que se encontra no vértice da ordem jurídica, à qual todas as leis têm de submeter-se; é uma *lei constitucional*, pois, em princípio, ela detém o *monopólio das normas constitucionais*”.²⁸

Para CANOTILHO²⁹, para a existência da Constituição não basta apenas um documento escrito, mas é necessário que este documento escrito obedeça a alguns princípios fundamentais:

“(...) (1) *deve formar um corpo de regras jurídicas vinculativas do ‘corpo político’ e estabeledoras de limites jurídicos ao poder, mesmo ao poder soberano (antidespotismo, antiabsolutismo);*

“(2) *esse corpo de regras vinculativa do corpo político deve ser informado por princípios materiais fundamentais, como o princípio da separação dos poderes, a distinção entre poder constituinte e poderes constituídos, a garantia de direitos e liberdades, a exigência de um governo representativo, o controlo político e/ou judicial do poder.*”³⁰

Dessa forma, afasta-se a idéia de *pseudoconstituições*, isto é, aquelas que servem de fachada para sistemas ditatoriais e absolutistas, onde os direitos documentados não passam de letra morta e não são cumpridos pelo Estado nem implementados em favor do povo.

A idéia de Constituição está ligada à idéia de democracia e deve conter princípios que dêem segurança ao povo e que mantenham a ordem jurídica estabelecida.

²⁸ ESPÍNDOLA, R. S. Op. cit., p. 95-96.

²⁹ CANOTILHO, J. J. G. Op. cit., p. 1056.

³⁰ CANOTILHO, J. J. G. Op. cit., p. 1056.

Segundo CANOTILHO³¹ :

“(...) a Constituição normativa não é um mero conceito de ser; é um conceito de *dever ser*. Pressupõe uma idéia de relação entre um *texto* e um *conteúdo normativo específico*. O texto vale como lei escrita superior porque consagra princípios considerados (em termos jusnaturalistas, em termos racionalistas, em termos fenomenológicos) fundamentais numa ordem jurídico-política materialmente legitimada”.

Por essa razão, os direitos fundamentais inseridos na Constituição Brasileira de 1988 guardam grande importância, uma vez que retratam os valores assegurados ao povo brasileiro, valores conquistados ao longo da história dos povos e que são de fundamental importância num regime democrático, pois, acaso restem suprimidos, ocultados, retirados do bojo da Constituição, não mais será possível falar-se em regime democrático.

Entretanto, a Constituição normativa deve estar em conformidade com a realidade, pois não existe Constituição normativa quando prevê idéias e direitos impossíveis de se concretizar, ainda que benéficos ao povo. Quanto mais se conformar com a realidade, mais força normativa terá a Constituição. Nesse sentido, importante lembrar a lição de HESSE:

“Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional -, não só a *vontade de poder (Wille zur Macht)*, mas também a *vontade de Constituição (Wille zur Verfassung)*.”

³¹ CANOTILHO, J. J. G. Op. cit., p 1056.

“Essa vontade de Constituição origina-se de três vertentes diversas. Baseia-se na compreensão da necessidade e do valor de uma ordem normativa inquebrantável, que proteja o Estado contra o arbítrio desmedido e disforme. Reside, igualmente, na compreensão de que essa ordem constituída é mais do que uma ordem legitimada pelos fatos (e que, por isso, necessita de estar em constante processo de legitimação). Assenta-se também na consciência de que, ao contrário do que se dá com uma lei do pensamento, essa ordem não logra ser eficaz sem o concurso da vontade humana. Essa ordem adquire e mantém sua vigência através de atos de vontade. Essa vontade tem conseqüência porque a vida do Estado, tal como a vida humana, não está abandonada a ação surda de forças aparentemente inelutáveis. Ao contrário, todos nós estamos permanentemente convocados a dar conformação à vida do Estado, assumindo e resolvendo as tarefas por ele colocadas.”³²

A Constituição normativa exerce fundamental importância na medida em que plasma, perante a ordem estabelecida, direitos, condutas, modo de atuação e de utilização do poder a serem observados e assegura que os direitos fundamentais não serão violados, suprimidos, tanto que, em se tratando da Constituição Brasileira de 1988, o legislador constituinte fez constar a impossibilidade de suprimirem-se os direitos fundamentais, em caso de revisão constitucional, ao instalar as cláusulas pétreas³³, consoante o disposto no artigo 60, § 4º da Constituição Brasileira de 1988:

“(...)§ 4º. Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

“(...) IV- os direitos e garantias individuais.”³⁴

As cláusulas pétreas são a limitação do poder de revisão. O constituinte não poderá deliberar sobre qualquer emenda que tenha como intuito suprimir, extinguir, retirar do texto constitucional quaisquer direitos fundamentais

³² HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991. p. 19-20.

³³ Cláusulas pétreas: são as normas ou matérias que não podem ser objeto de modificação, deliberação ou emenda constitucional. A própria Constituição prevê quais as matérias que não poderão ser suprimidas do texto constitucional.

³⁴ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil, acompanhada de novas notas remissivas e dos textos integrais, das emendas constitucionais e das emendas constitucionais de revisão*. 23 ed., atualizada pela emenda constitucional n. 23, de 2-9-1999. São Paulo: Saraiva, 1999.

nele inseridos. Assim, a Constituição Brasileira de 1988 tem seus direitos fundamentais assegurados através do disposto no artigo 60, § 4º, inciso IV.

1.5 A apreciação de lesão ou ameaça a direito pelo Poder Judiciário

A Constituição Brasileira de 1988, assentada no Estado Democrático de Direito, tem como objetivo garantir, assegurar e implementar os direitos fundamentais, tarefa que cabe ao Estado³⁵. De outra banda, no mesmo Catálogo dos Direitos Fundamentais, encontram-se estabelecidas as garantias constitucionais, as quais têm por objetivo assegurar que os direitos fundamentais serão cumpridos.

Entre as garantias inseridas na Constituição Brasileira de 1988, merecem especial atenção as que garantem o acesso ao judiciário, o devido processo legal, o contraditório e ampla defesa.

Nesse contexto, o artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Brasileira de 1988, acerca do acesso ao judiciário dispôs o seguinte:

“Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e os estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

“XXXV- a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

³⁵ Estado é “*uma forma histórica de organização jurídica do poder dotada de qualidades que a distinguem de outros “poderes” e “organização de poder”*”. “(...) o Estado reúne poder político, soberania e território determinado”. Segundo CANOTILHO, J. J. G. Op. cit., p. 86.

Da redação do dispositivo acima, depreende-se que não se admite que no ordenamento jurídico brasileiro sejam elaboradas leis que visem impedir que o indivíduo tenha acesso ao Judiciário. Isto significa dizer que todas as pessoas têm o direito de buscar, perante o Poder Judiciário a análise, o exame dos fatos com a prolação de uma decisão. Tal garantia é também conhecida como acesso ao judiciário, o qual, de forma ampla, abarca também outras garantias.

Esse direito de acesso ao Judiciário e de coibir que venham a ser elaboradas leis que visem proibir ou dificultar esse acesso possui relevância se considerarmos que, antes da Constituição Brasileira de 1988, as Constituições de 1946 e 1967 contemplavam tal direito; entretanto, excluía da apreciação do Judiciário o exame de causas relacionadas à Administração Pública, uma vez que referiam que não seria excluída da apreciação do Judiciário nenhuma lesão a direito individual. Assim, somente os casos de violação a interesse individual é que seriam objeto de apreciação pelo Judiciário (desde que provocado a tanto), excluindo-se dessa apreciação os atos praticados pela administração.

A modificação feita pela Constituição Brasileira de 1988 retirou da redação a denominação “direito individual”, deixando claro que seria objeto da apreciação do Judiciária a lesão ou a ameaça a direito, ou seja, qualquer direito, razão pela qual, ocorrendo violação a direito, seja ele de ordem individual ou coletiva, o Judiciário está autorizado a intervir mediante provocação, o que antes da Constituição Brasileira de 1988 não era possível. As Constituições de 1946 e 1967 protegiam em larga escala os atropelos, desmandos e abuso de poder protagonizados pela Administração Pública, eis que contra esta não era possível buscar-se proteção perante o Poder Judiciário. A inovação da Constituição Brasileira de 1988 impediu que os abusos do poder administrativo se mantivessem.

Com a nova redação do inciso, dado pelo legislador constituinte, restaram assim resguardados e passíveis de proteção não apenas o interesse individual, mas também o interesse coletivo. O legislador constituinte

autorizou o Judiciário a examinar a legalidade dos atos praticados pela Administração Pública.

Outra questão que merece consideração no referido inciso é que o mesmo protege não apenas a lesão a direito, mas a mera ameaça é motivo para que o Judiciário se manifeste, desde que provocado a tanto. Como exemplo de ameaça a direito se pode citar a questão da liberdade de imprensa, ou seja, quando a publicação de algum fato ou informação for danoso a alguém, a parte que pretender resguardar seu direito poderá, através de uma medida cautelar ou de um pedido de antecipação de tutela, buscar impedir a veiculação da informação pela imprensa. O Poder Judiciário poderá, considerando as provas e na iminência da ocorrência de dano, interferir e impedir que a ameaça se concretize, resguardando os interesses da parte autora.

Há de se considerar, entretanto, que não é toda e qualquer ameaça de dano que (pois esta quase sempre existe) que autorizará o Poder Judiciário a restringir a liberdade de imprensa, mas aquela real e concreta, demonstrado o efetivo perigo de dano. Exemplo dessa intervenção foi o que aconteceu com a Rede Globo ao expor crianças na novela *Laços de Família*. O Poder Judiciário interferiu impedindo a veiculação das imagens com crianças protegendo, assim, os interesses das mesmas. O Poder Judiciário então não funcionará como censor prévio, mas apenas como garantidor de direitos da personalidade que poderão ser prejudicados pela veiculação de determinada matéria ou fato, via imprensa.

O direito a que o Judiciário se pronuncie sobre determinado fato ou ato, ou sobre a ameaça de sua ocorrência inserido na Constituição Brasileira de 1988, através do inciso XXXV, traz consigo uma outra questão, qual seja, a própria função jurisdicional do Estado, isto é, o dever de o Estado colocar à disposição do indivíduo meios e mecanismos para que este possa ingressar em juízo e receber uma decisão judicial, que poderá ser favorável à sua pretensão ou não.

Por tal razão, não poderá existir lei que contrarie o princípio acima indicado, sob pena de estar-se negando a própria jurisdição, à medida que impede que se realize e concretize o direito de estar em juízo, de litigar e de receber do Estado (Poder Judiciário) uma decisão. Nesse sentido, o inciso permite o acesso ao judiciário.

Assim, toda e qualquer controvérsia poderá e deverá ser apreciada pelo Judiciário, seja ela de ordem privada, pública, administrativa, criminal, tributária, previdenciária, entre outras.

Também os atos da administração pública, consoante anteriormente referido, submetem-se ao crivo do Judiciário, desde que haja irregularidade no exercício do poder, pois acaso inexista irregularidade tampouco existe lesão ou ameaça que autorize a intervenção judicial.

Assim, pode-se afirmar que todos os atos que não ofendam a Constituição Brasileira de 1988 e a legislação infraconstitucional em vigor podem ser praticados livremente; entretanto, no momento em que presente a ofensa à legislação, aos regramentos legais e vigentes, à Constituição Brasileira de 1988, está o Poder Judiciário autorizado a intervir, desde que provocado a tanto, para solver o litígio.

Nisto então se traduz o princípio de que nenhuma lesão ou ameaça a direito será excluída da apreciação do Judiciário, assegurando a todos o acesso à justiça.

Esse princípio não assegura apenas o direito de estar em juízo pleiteado um direito, mas garante também o direito de acesso à justiça que, no dizer de **RODRIGUES**, para se concretizar, requer a existência de:

“(a) de um direito material legítimo e voltado à realização da justiça social; (b) de uma administração estatal preocupada com a solução de problemas sociais e com a

plena realização do Direito; (c) de instrumentos processuais que permitam a efetividade do direito material, o pleno exercício da ação e da defesa e a plenitude da concretização da atividade jurisdicional; e (d) de um Poder Judiciário axiologicamente em sintonia com a sociedade na qual está inserido e adequadamente estruturado para atender às demandas que se lhe apresentam”³⁶.

Considerando o direito do indivíduo de estar em juízo e considerando o direito que possui a uma decisão justa, equânime, que se traduza em resposta a seus anseios, ainda que não represente a procedência da demanda, pode-se dizer que o direito de estar em juízo está intimamente ligado também ao direito de acesso à justiça e traduz-se em garantia constitucional.

1.6 O Devido Processo Legal

O devido processo legal é outra das garantias asseguradas constitucionalmente. A Constituição Brasileira de 1988, artigo 5º, inciso LIV, possui a seguinte redação: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;”³⁷

A Constituição Brasileira de 1988 estabeleceu a obrigatoriedade do processo judicial para que o indivíduo perca sua liberdade ou seus bens, é chamado “**due process of law**” no direito norte-americano.

O devido processo legal impõe a obrigatoriedade de se instaurar um contencioso, que obedecerá a um procedimento (definido por lei) e, neste procedimento, a parte terá direito de expor sua versão, suas razões, seus motivos para a prática de determinado ato ou fato, aguardando então, a prestação jurisdicional, ou seja, o julgamento, a decisão do processo, decisão esta que, de modo exemplificativo, poderá ser uma condenação, uma absolvição, a aplicação de

³⁶ RODRIGUES, Horácio Vanderlei. *Acesso à Justiça no Direito Processual Brasileiro*. São Paulo: Acadêmica, 1994. p. 15.

³⁷ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Op. cit.

uma medida sócio-educativa, assim como a procedência ou improcedência de um pedido.

O devido processo legal é uma garantia, a segurança de que ao indivíduo está assegurado determinado modo e procedimento, facultando-lhe ser ouvido no processo, apresentar sua versão para os fatos, receber vista da manifestação da parte contrária e dos documentos juntados, manifestar-se sobre as argumentações e documentos juntados, etc.

O devido processo legal é um procedimento a ser observado que não poderá ser suprimido sob pena de cerceamento de defesa. Assim, exemplificativamente, se, na esfera penal, a parte tem direito de apresentar defesa prévia e ter as testemunhas por ela arroladas inquiridas pelo juiz presidente do processo, tal direito não poderá ser desconsiderado pelo julgador, sob pena de cerceamento de defesa e inobservância de regra processual indispensável à validade do processo, sendo a inobservância, supressão ou indeferimento motivo de nulidade que vicia todos os demais atos do processo.

Diz-se, então, que o “due process of law” não é apenas processo, mas também procedimento a ser observado tanto na esfera administrativa quanto na judiciária. O devido processo legal representa segurança jurídica, ou seja, garantia ao indivíduo que os atos inerentes à sua defesa serão cumpridos e, neste aspecto, o devido processo legal possui relação direta com o direito à amplitude de defesa, o qual será posteriormente abordado.

Sobre o devido processo legal **FREIRE** *apud* **TORON**³⁸:

“País em que é incipiente a formação de uma sociedade de estrutura democrática (37 e 64, antes de exceção, figuram apenas como momentos expressivos de um regime de arbítrio), não é fácil o ministério de julgar. Com o

³⁸ TORON, Alberto Zacharias. *O indevido processo legal, a ideologia da “law and order” e a falta de citação do réu preso para interrogatório*. In Revista dos Tribunais, vol. 685, ano 81, novembro de 1992. p. 277-285.

ouvido e a vista empanados de som e imagens (rádio e canal de televisão) pregando o extermínio indiscriminado do marginal, não sei com que armas meu Tribunal de Alçada Criminal (não só agora mas desde a geração de juizes que integram o Tribunal de Justiça) pôde e pode travar a luta pela consecução do devido processo legal.”

O devido processo legal não é de fácil consecução como acima asseverado, principalmente na esfera penal, onde a tendência é crer que quanto mais severa a punição menores serão os crimes cometidos. Ledo engano, eis que a história demonstra que, quanto mais severas as punições, mais cruéis as penas aplicadas, novos tipos de crimes surgiram.

Assim, não é a pena que impede a ocorrência do crime. A contenção da criminalidade somente poderá ocorrer através de um conjunto de ações que começam desde a promoção de educação, saúde, sistema previdenciário, segurança pública pelo Estado até condições mais dignas de vida para o ser humano. Por estas razões, e isto apenas na esfera criminal, é que o devido processo legal não pode ser olvidado, nem suprimido, nem desconsiderado, pois é nesta esfera em que a injustiça e a perda de um outro direito fundamental se faz mais sentir - a liberdade.

Na esfera cível, onde as condições sócio-econômicas exercem forte influência no desenrolar do processo, tampouco poderá ser desconsiderado tal direito, eis que o mesmo é a segurança de que a persecução do direito perante o Poder Judiciário será realizada, observando todos os procedimentos legais.

A supressão de qualquer desses procedimentos importará na nulidade do processo e de, uma maneira mais grave, poderá representar uma decisão injusta, contrária aos direitos fundamentais, à medida que os procedimentos não sejam assegurados e que esta violação cause prejuízo à parte, como, por exemplo, impedi-la de produzir a prova que demonstraria inequivocamente seu direito.

Assim, seja na esfera penal como na cível ou administrativa, este direito inserto entre os direitos fundamentais positivados na Constituição Brasileira de 1988 não poderá ser desconsiderado, sob pena de traduzir-se em insegurança jurídica, pela inobservância dos procedimentos que dão segurança jurídica ao processo.

Acerca do devido processo legal, CINTRA assim se manifestou:

“Entende-se, com essa fórmula, o conjunto de garantias constitucionais que, de um lado, asseguram às partes o exercício de suas faculdades e poderes processuais e, do outro, são indispensáveis ao correto exercício da jurisdição. Garantias que não servem apenas aos interesses das partes, como direitos públicos subjetivos (ou poderes e faculdades processuais) destas, mas que configuram, antes de mais nada, a salvaguarda do próprio processo, objetivamente considerado, como fator legitimamente do exercício da jurisdição.”³⁹

O devido processo legal materializa o direito ao contraditório e a ampla defesa.

1.7 O Contraditório e a Ampla Defesa

A ampla defesa vem consignada no artigo 5º, inciso LV da Constituição Brasileira de 1988 nos seguintes termos: “LV- aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;”⁴⁰

O contraditório é o direito que o indivíduo tem de ser ouvido em juízo e de manifestar-se a cada manifestação da outra parte, bem como sobre os documentos juntados, direito de todos os litigantes no processo (autor, réu,

³⁹ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 82.

⁴⁰ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Op. cit.

litisconsorte, denunciado, etc). No processo criminal, o contraditório significa o direito do réu dar sua versão sobre a prática dos atos ilícitos que lhe são imputados. O contraditório significa o direito de colocar-se contra uma versão apresentada, bem como manifestar contra manifestações, documentos ou provas juntados no decorrer do processo, seja ele judicial ou administrativo.

O contraditório se estabelece a partir da ciência inequívoca da parte contrária de que está sendo acionada. A ciência inequívoca é feita através da citação. Também nos processos administrativos é a citação necessária, para que não se traduza sua supressão em cerceamento de defesa.

Em se tratando de processo judicial ou administrativo, para que se exercite a ampla defesa e o contraditório, é necessário que a parte acionada ou acusada tenha inequívoca ciência de que está sendo processada. Essa ciência inequívoca se dá através da citação, notificação (notificação para os processos trabalhistas e administrativos), com o que a parte resta cientificada de que há uma controvérsia envolvendo sua pessoa e de que tem o direito de vir ao processo para promover sua defesa.

Nos processos cíveis, não sendo localizada a parte requerida, poderá ser feita a citação por edital (ou seja, a publicação no Diário de Justiça e no jornal local de que existe um processo contra a pessoa e que ela possui prazo para se defender). O ato de dar ciência do processo à parte é imprescindível para que o processo se desenvolva validamente. A citação por edital supre a citação pessoal. Nos processos criminais, entretanto, há grave discussão sobre a admissibilidade da citação por edital, eis que nesses processos as intimações ao acusado devem ser pessoais; entretanto, não será objeto de análise, por desimportar para o caso em tela.

Inocorrendo a citação, violado está o direito à ampla defesa, pois não apresentará defesa aquele que não tem ciência de que está sendo processado. Ao demais, se cientificado do processo (através da citação), deixar de

apresentar defesa, não há que falar-se em violação do direito do contraditório e ampla defesa, pois é faculdade defender-se ou não.

A ampla defesa é o direito do indivíduo de utilizar-se de todos os meios de provas permitidos em direito para apresentar sua versão, para comprová-la. Está intimamente ligada ao devido processo legal, pois este é a garantia de que aquela será exercitada.

Nos processos criminais, a pena aplicada deve decorrer de um tipo penal, ou seja, a lei deve descrever de modo claro que o ato praticado constitui crime e a pena a ser aplicada, pois contraria o princípio da ampla defesa a acusação de ato que não constitui crime ou que não dispõe de modo claro e preciso do que a pessoa está sendo acusada.

Também o duplo grau de jurisdição, isto é, a possibilidade de que a decisão lançada seja revista por órgão superior, reexaminada, modificada ou mantida tanto na esfera administrativa como na judicial, está intimamente ligado ao princípio do contraditório e à ampla defesa, através do direito do indivíduo utilizar-se de todos os recursos assegurados legalmente.

O direito ao contraditório e à ampla defesa autoriza que a parte acusada ou acionada contrate profissional do direito para promover sua defesa de forma mais acurada, técnica, que lhe permita defender-se de modo a desconstituir a alegação direcionada contra si, bem como determina ao julgador admitir a defesa técnica através de advogado.

Nos casos criminais principalmente, a ampla defesa poderá restar prejudicada caso o advogado contratado não ofereça uma resistência inequívoca à argumentação do órgão acusador. Não basta apenas que o acusado tenha um advogado, é necessário que este desempenhe seu mister de tal forma que consiga realmente se opor à acusação lançada, que pratique todos os atos para a defesa do cliente, arrolando testemunhas, comparecendo às audiências, inquirindo, fazendo os recursos inerentes, para que realmente a amplitude de defesa seja

exercida. A defesa meramente formal em que o advogado não atua de modo interessado, limitando-se a cumprir as formalidades legais sem interessar-se pela defesa do cliente, não representa amplitude de defesa, apesar da parte estar assistida por advogado, e tal assertiva não vale apenas para os processos criminais, mas também para os outros processos.

O juiz também exerce papel importante na promoção do contraditório e ampla defesa, pois cabe a ele dirigir o processo de modo que ambas as partes recebam tratamento isonômico (igualitário), tomando conhecimento do seu conteúdo, oportunizando vista do mesmo, das manifestações sempre que uma das partes trazer sua argumentação ou quaisquer documentos, evitando, assim, que o processo siga sem o conhecimento efetivo para uma das partes do que está sendo apurado.

Deverá o julgador determinar a intimação dos advogados constituídos de todos os atos do processo e, em não havendo advogado, a intimação da própria parte para que traga aos autos defensor. O julgador deve observar o cumprimento das normas processuais que fixam o procedimento a ser adotado no contencioso judicial, sem jamais olvidá-las, pois acaso deixe de promover qualquer medida disposta processualmente, estará cerceando a defesa de uma das partes envolvidas, o que é causa de decreto de nulidade do processo.

Deve-se ter cuidado para que a ansiedade em promover a prestação jurisdicional não sirva de justificativa para que atropelos sejam cometidos, para que a lei seja desconsiderada, para que os direitos fundamentais de acesso ao judiciário, devido processo legal, contraditório e ampla defesa sejam olvidados.

É de fundamental importância que todas as normas procedimentais sejam observadas, para que não se impeça a produção de provas ou argumentações que influirão na formação da convicção do julgador. Aliás, as regras procedimentais autorizam que o legislador aja de ofício para buscar averiguar e constatar a veracidade do que é alegado no decorrer do processo. Assim, a atenção

do julgador na condução e presidência do processo também contribui para que o contraditório e a amplitude de defesa sejam exercitados na plenitude.

CAPÍTULO 2

A PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

2.1 O Poder Judiciário e a Função Jurisdicional

O Estado Democrático de Direito encontra-se organizado de modo a observar a separação dos poderes em Executivo, Legislativo e Judiciário, protegendo a independência destes, sem submissão ou interferência de um sobre o outro, mas com obrigatoriedade de submissão de todos os poderes à lei maior, que é a Constituição Brasileira de 1988.

O Poder Judiciário, para realizar a prestação jurisdicional - resolver o conflito instaurado pacificando as relações e aplicando a lei -, organiza-se em Tribunais, os quais são compostos por juízes (estes, únicos com a função de julgar, decidir demandas), funcionários e aparelhagem, de modo a concretizar a prestação jurisdicional, tornando-a real.

A Constituição Portuguesa, desde 1911, atribuía aos Tribunais a denominação de “órgão de soberania nacional”. Os Tribunais podem existir tanto em uma democracia como em uma ditadura, mas o que os diferencia substancialmente são a atitude, a função que exercem em uma e em outra. Na primeira, são ativos e têm como objetivo preservar o Estado Democrático de Direito; na segunda, sua função não passa, quando existente, de mera função de concordância com o poder imposto.

A função do Poder Judiciário não se limita apenas a julgar, mas abrange também a organização, as funções e a atividade dos tribunais, segundo **CANOTILHO**⁴¹.

Importante ressaltar que os tribunais são órgãos constitucionais, ou seja, sua função está prevista e alicerçada na Constituição Brasileira de 1988 e possuem a função jurisdicional de decidir os conflitos submetidos à sua apreciação através dos juízes, sendo que os únicos órgãos do Poder Judiciário que possuem o poder de julgar são os tribunais.

Os demais órgãos que integram este poder contribuem na aplicação da justiça (Ministério Público, Defensoria Pública, Procuradoria); entretanto, não decidem os conflitos, não prolatam decisões. **CANOTILHO** acerca dos tribunais assim se manifestou:

“Em primeiro lugar, os tribunais estão “sujeitos à lei”, de onde deriva não propriamente uma relação de hierarquia órgãos legislativos - órgãos judiciais mas a especificidade da própria função judicial: garantia, concretização e desenvolvimento do direito, revelado, em via inicial, por actos legislativos ou por actos de valor idêntico ou superior (convenções internacionais, normas comunitárias).

“Em segundo lugar, a posição constitucional do juiz não é pautada pela relação de representação ou pelo *carácter de representatividade*, exigidos, em geral, para os restantes órgãos de soberania. Embora administrem formalmente a justiça “em nome do povo” (e, nesta medida, realizem os interesses de todo o povo), os juízes não desenvolvem, como os órgãos político-representativos, actividades de direito político. Exige-se, porém, que os tribunais, ao terem *acesso directo à constituição* (cfr. Art. 204), contribuam para a actuação e concretização das normas constitucionais.”⁴²

⁴¹ CANOTILHO, J. J. G. Op. cit., p. 612.

⁴² CANOTILHO, J. J. G. Op. cit., p. 613.

Na sua função de julgar, os juízes devem observar os princípios constitucionais de acesso ao judiciário, o devido processo legal e o contraditório e a ampla defesa, prolatando suas decisões de acordo com as leis, observando os princípios gerais do direito e os direitos fundamentais.

Pode-se afirmar, então, que a função primeira do Poder Judiciário é julgar, colocando fim ao litígio, mas tem também a função de preservar e resguardar direitos, de contribuir para a manutenção da ordem constitucional e social, compelindo ao cumprimento dos preceitos constitucionais e legais.

O Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito é o guardião da própria democracia, pois, ao forçar a observância da Constituição e o cumprimento dos preceitos legais, contribui para a manutenção da paz social e da concretização da democracia.

2.2 A Estruturação do Poder Judiciário.

Segundo **CANOTILHO**⁴³: “O poder jurisdicional pode estruturar-se com base em dois princípios opostos: o *princípio da unidade de jurisdição* e o *princípio da pluralidade*”.

O princípio da unidade significa que a aplicação do direito é feita por uma “única organização judiciária”⁴⁴. Seria o caso de um Tribunal Único. O princípio da pluralidade se caracteriza pela prestação jurisdicional através de diversos órgãos, vários tribunais.

Em nosso país, a prestação jurisdicional se dá através de vários tribunais atuando em várias áreas e matérias distintas e entre eles podemos citar: o Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça do Tribunal Regional Federal, o Tribunal Superior do Trabalho, os quais integram o mesmo

⁴³ CANOTILHO, J. J. G. Op. cit., p. 615.

⁴⁴ CANOTILO, J. J. G. Op. cit., p. 616.

poder e a mesma organização judiciária, mas possuem funções independentes da “magistratura ordinária”, dizer de **CANOTILHO**⁴⁵, juízes de primeiro grau que decidem os conflitos em primeira instância.

2.3 Os Princípios que Norteiam a Prestação Jurisdicional

O poder judiciário, através de seus tribunais e juízes, exerce a função jurisdicional através de uma prestação, um dever, que é denominado de prestação jurisdicional.

A prestação jurisdicional é a solução do conflito, é a decisão judicial que coloca fim ao conflito, que condena ou absolve o réu, que defere ou indefere a pretensão posta em juízo. O Poder Judiciário, através dos juízes, somente efetua a prestação jurisdicional quando provocado. Esta provocação se dá através do ajuizamento de uma ação, uma pretensão, um pedido dirigido ao Poder Judiciário.

Após a observância do devido processo legal e do contraditório e ampla defesa, obedecendo ao procedimento fixado na lei, o julgador aplicará o direito, julgando o caso e deferindo ou indeferindo a postulação submetida à sua apreciação. Com a prolação da sentença que julga a pretensão realizada, está a prestação jurisdicional de primeira instância.

Nessa função de aplicar o direito, devem ser observados determinados princípios que ordenam e coordenam a prestação jurisdicional, os quais, além de orientarem o trabalho do julgador, são modos e meios de assegurar e garantir a aplicabilidade do direito.

Entre esses princípios, conforme a divisão de **CANOTILHO**⁴⁶, podemos citar: o princípio da independência. Tal princípio

⁴⁵ CANOTILHO, J. J. G. Op. cit., p. 616.

⁴⁶ CANOTILHO, J. J. G. Op. cit., p. 617.

representa a liberdade do julgador de prolatar suas decisões sem sofrer qualquer tipo de pressão externa, seja em nível político, econômico ou social e sem vincular-se ao já decidido por outro colega ou tribunal.

O princípio da independência assegura ao julgador a liberdade de convicção para decidir, a qual não poderá estar a serviço de amizades, de grupos econômicos, de influências dos outros poderes, muito embora deva estar conforme com a lei e o direito.

O juiz é um ser social, sujeito às pressões da vida em sociedade, trazendo consigo princípios desde sua criação e educação, os quais se refletirão em suas decisões. Através do princípio da independência, o julgador possui a liberdade de não ceder às pressões externas, ao tráfico de influência, com total liberdade para decidir a partir da formação de sua convicção. Nisso consiste o princípio da independência, na liberdade de julgar.

Além do mais, a liberdade de decisão permite ao juiz não vincular-se à opinião de outro colega ou ao entendimento adotado pelos tribunais superiores (a menos que se trate de ação declaratória de constitucionalidade, ação direta de inconstitucionalidade e ação de descumprimento de preceito fundamental – decisões com efeito vinculante por força de lei). As decisões judiciais, com algumas exceções, não possuem efeito vinculante, razão pela qual, nos limites da lei, a liberdade do julgador é plena, total.

Outro princípio inerente ao Poder Judiciário é o da “exclusividade da função de julgar”, segundo denominação de **CANOTILHO**⁴⁷. Somente os juízes detêm esse poder. As decisões são prolatadas a partir da convicção pessoal do julgador, das provas carreadas aos autos, prolatando-se as decisões de modo fundamentado e de acordo com os preceitos legais.

⁴⁷ CANOTILHO, J. J. G. Op. cit., p. 618.

Por esse motivo, muito embora a exclusividade do poder de julgar e a independência de deliberar de acordo com a convicção, não possui o julgador autonomia plena, incontestável, ilimitada. As decisões judiciais devem ser prolatadas em conformidade com as normas constitucionais e infraconstitucionais, o que significa que as decisões judiciais submetem-se à lei.

Outro princípio que ordena as decisões judiciais é o princípio da imparcialidade dos juízes. Essa imparcialidade não passa de uma imparcialidade formal, uma vez que, durante o processo, os procedimentos se desenrolam com o objetivo de formar a convicção do julgador, forçando-o a uma tomada de posição. A decisão prolatada pelo julgador é um ato de parcialidade, pois à medida que acolhe ou rechaça um pleito, está a defender uma posição, um ponto de vista, formado não só a partir do que foi produzido no processo, mas também pelos princípios que o juiz traz no seu íntimo, formadores de sua personalidade.

Como cidadão do mundo que é, o juiz recebe influência do mundo que o rodeia, dos fatos que o cercam, razão pela qual a alegada imparcialidade é inexistente, pois também está sujeito às pressões, às opiniões, às informações do mundo externo, as quais podem gerar nele insatisfação, alegria, clamor, comoção, indignação, contentamento e que poderá refletir-se em sua decisão. Dizer-se que o julgador não sofre este tipo de influência, é subestimar a natureza humana.

Por isso, em se tratando da imparcialidade dos juízes, pode-se dizer, consoante assevera **CANOTILHO**⁴⁸ que esta imparcialidade se traduz na obrigação de não exercer seu poder jurisdicional quando tiver algum vínculo pessoal com algum dos envolvidos, pois isso, certamente maculará e viciará seu poder de decisão, uma vez que é natural a proteção e defesa dos interesses daqueles que nos são caros e o julgador não está acima dos sentimentos normais de amizade, simpatia, laços familiares que todos os homens trazem consigo.

⁴⁸ CANOTILHO, J. J. G. Op. Cit., p. 619.

Esse princípio é garantido também pelos impedimentos constitucionais dos juízes, que, segundo **CINTRA**, visam dar-lhes melhores condições de imparcialidade, representando, assim, uma garantia para os litigantes.”⁴⁹ Segundo tais impedimentos, o juiz não pode exercer outro cargo ou função, salvo o magistério; não pode receber custas ou participações em processo, nem tampouco pode dedicar-se à atividade político-partidária.

Outro princípio sobre o qual se assenta o Judiciário ou o poder de decisão dos juízes é o princípio da irresponsabilidade⁵⁰ Este princípio assegura que não poderão os juízes ser responsabilizados pessoalmente pelas decisões que proferem, uma vez que tais decisões são lançadas não em nome próprio, mas no exercício de seu poder de julgar, do qual estão investido pelo Estado.

É em nome do Estado que proferem suas decisões. Enquanto julgador, o Estado lhe autoriza a proferir uma decisão e, portanto, não poderá haver responsabilização pessoal pela decisão lançada, a menos que seja ela contrária ao direito e cause prejuízo à parte.

Ocorrendo excessos no seu poder de decidir ou excessos no decorrer da prestação jurisdicional, será responsabilizado tanto cível quanto criminalmente. A lei dispõe quais os casos em que o juiz, na qualidade de funcionário público, poderá sofrer punição, entretanto, o descontentamento com a decisão, por si só, não acarreta ao julgador qualquer responsabilidade.

Porém, em se tratando de falta ou de descaso no desempenhar de suas funções, que venha a acarretar prejuízo a quaisquer dos litigantes, poderá ser responsabilizado pessoalmente se sua atitude não decorrer de força maior, mas de desídia no desempenhar de suas funções, uma vez que o indivíduo que se socorre do Poder Judiciário tem direito à efetiva prestação jurisdicional e poderá buscar a

⁴⁹ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 165.

⁵⁰ CANOTILHO, J. J. G. Op. cit., p. 619.

reparação pelos danos que sofrer decorrentes da má-administração da justiça por algum juiz.

O princípio da auto-administração⁵¹ significa que o Poder Judiciário é livre e autônomo para conduzir seus órgãos e magistrados. Essa auto-administração permite que o Poder Judiciário se organize, por exemplo, em juízes com a atribuição de julgar e juízes com a atribuição de administrar a magistratura (exemplo disso em nosso país, são os Desembargadores nos Tribunais Estaduais e os Juízes Corregedores; os primeiros com a função precípua de julgar; os segundos com a de administrar e fiscalizar a atuação do judiciário num Estado da Federação). Nisso consiste a auto-administração.

Outro princípio que se deve considerar na prestação jurisdicional é o que assegura o duplo grau de jurisdição⁵², isto é, o direito do indivíduo de que a decisão proferida seja submetida à apreciação de um juiz que esteja em um grau de jurisdição superior àquele que julgou.

Nesse sentido **CINTRA**:

“A fim de que eventuais erros dos juízes possam ser corrigidos e também para atender à natural inconformidade da parte vencida diante de julgamento desfavoráveis, os ordenamentos jurídicos modernos consagram o princípio do duplo grau de jurisdição: o vencido tem, dentro de certos limites, a possibilidade de obter uma nova manifestação do Poder Judiciário. Para que isso possa ser feito é preciso que existam órgãos superiores e órgãos inferiores a exercer a jurisdição.”⁵³

Exemplificativamente, nos processos das Justiças Estaduais (denominados de Foros), o julgador de primeira instância (juiz do Foro onde tramita o processo) tem sua decisão apreciada com possibilidade de modificação ou manutenção pelo tribunal imediatamente superior, ou seja, os desembargadores do

⁵¹ CANOTILHO, J. J. G. Op. cit., p. 620.

⁵² CANOTILHO, J. J. G. Op. cit., p. 620.

⁵³ CINTRA, A. C. et alii. Op. cit., p. 171.

Tribunal de Justiça, os quais, por sua vez, poderão ter sua decisão revisada pelo Superior Tribunal de Justiça ou pelo Supremo Tribunal Federal.

O duplo grau de jurisdição obedece à hierarquia dos Tribunais, ou seja, a inconformidade com a decisão deve ser manifestada ao Tribunal imediatamente superior àquele que proferiu a decisão.

Ainda dentro dos princípios que norteiam o Poder Judiciário, importante lembrar o princípio da fundamentação das decisões judiciais⁵⁴. O julgador, ao prolatar sua decisão, deverá fazê-lo de modo fundamentado, indicando os motivos que formaram sua convicção, o direito no qual se funda a decisão, sempre em consonância com os dispositivos legais que amparam cada caso e sem olvidar ou violar os direitos fundamentais inseridos na Constituição.

Segundo **CANOTILHO**, a exigência desse princípio se assenta em três razões, segundo ele, fundamentais:

“(1) controlo da administração da justiça; (2) exclusão do caráter voluntarístico e subjetivo do exercício da atividade jurisdicional e abertura do conhecimento da racionalidade e coerência argumentativa dos juízes; (3) melhor estruturação dos eventuais recursos, permitindo às partes em juízo um recorte mais preciso e rigoroso dos vícios das decisões judiciais recorridas”.⁵⁵

As decisões judiciais devem vir acompanhadas de embasamento legal, deve indicar a lei na qual se funda o direito, demonstrar que as provas carreadas aos autos sofreram exame pelo julgador. Tal dever de fundamentar as decisões encontra-se na Constituição Brasileira de 1988, no artigo 5º, inciso LX e artigo 93, inciso IX, não podendo o julgador afastar de tal obrigação, sob pena de ser a sentença nulificada, em caso de recurso pela parte interessada.

⁵⁴ CANOTILHO, J. J. G. Op. cit., p. 621.

⁵⁵ CANOTILHO, J. J.G. Op. cit., p. 621.

Os princípios acima enumerados têm como objetivo auxiliar na prestação jurisdicional para que esta seja efetuada de maneira escoreita, livre de parcialidade, da ingerência da parte mais poderosa (política ou economicamente), e possa traduzir-se em justiça concreta, alcançando o bem comum.

Além do mais, a prestação jurisdicional e a concretização da justiça não significam a procedência da demanda ou a proteção deste ou daquele interesse, mas a observância dos direitos fundamentais, a aplicabilidade das normas constitucionais na plenitude, a efetivação dos interesses tutelados nos direitos fundamentais, assim como a impossibilidade de aplicar-se lei contrária aos dispositivos constitucionais e que violem os direitos fundamentais.

O Poder Judiciário deve trabalhar para que a justiça se implemente, torne-se real, entendida como justiça a pacificação do conflito, a busca do bem-estar comum. Justa é a decisão que beneficia o maior número de indivíduos (sem que isso represente privilégio ou proteção de interesses particulares) e que corresponde aos anseios que o indivíduo traz consigo de paz, bem estar, bem comum, fraternidade, humanidade. A decisão que viola os princípios inerentes ao homem trazendo comoção social, clamor público, insurgência e geração de novos conflitos, em vez de pacificação destes, não pode ser tida como uma decisão justa.

Sobre a realização da justiça como forma de atingir-se o bem comum, importante lembrar a lição de **CINTRA**:

“Afirma-se que o objetivo-síntese do Estado contemporâneo é o *bem comum* e, quando se passa ao estudo da jurisdição, é lícito dizer que a projeção particularizada do bem-comum nessa área é a *pacificação com justiça*. O Estado brasileiro *quer uma ordem social que tenha como base o primado do trabalho e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais* (art. 193) e considera-se responsável pela sua efetividade. Para o cumprimento desse desiderato, propõe-se a desenvolver a sua variada atividade em benefício da população, inclusive intervindo na ordem econômica e na social na medida em que isso seja necessário à consecução do desejado bem-comum, ou bem-estar social (*welfare state*).”⁵⁶

⁵⁶ CINTRA, A. C. et alii. Op. cit., p. 37.

Assim, vislumbra-se que o Poder Judiciário se conduz através de princípios que têm como objetivo orientar o julgador na prestação jurisdicional, assegurando que esta deverá se dar de maneira esmerada, sem privilégios e sem violações a direitos assegurados constitucionalmente.

2.4 O Princípio da Igualdade.

A prestação jurisdicional, para alcançar sua finalidade, deve observar alguns princípios, consoante já asseverado. Um deles é de fundamental importância para a realização da justiça: o princípio da igualdade.

O princípio da igualdade é também denominado princípio da isonomia, previsto na Constituição Brasileira de 1988 em seu artigo 5º, a qual dispõe que “(...) todos são iguais perante a lei”. É a igualdade formal.

A igualdade significa que não poderá haver discriminações, preterições, pois a lei deve ser aplicada de modo indistinto a todos. O poder de aplicar a lei cabe ao Poder Judiciário que exercitará uma igualdade não apenas formal, mas substancial, ao considerar o caso *sub judice*, as particularidades e peculiaridades que o envolvem.

Sobre a questão da igualdade formal, cumpre lembrar a lição de **CANOTILHO**, o qual, com acerto, lembra que a universalização do princípio traz, antes de justiça, apenas *a prevalência da lei*, consoante a seguir transcrito:

“O princípio da igualdade é aqui um postulado de racionalidade prática: para todos os indivíduos com as mesmas características devem prever-se, através da lei, iguais situações ou resultados jurídicos.”⁵⁷

⁵⁷ CANOTILHO, J. J. G. Op. cit., p. 399.

Acerca da igualdade formal, muito bem lembrado por **CANOTILHO**⁵⁸, que “(...) a lei tratava igualmente todos os judeus e todos os pretos mesmo que criasse para eles uma disciplina intrinsecamente discriminatória”, por exemplo, impedindo que negros e brancos frequentassem as mesmas escolas.

Por essa razão o princípio da igualdade deve ser visto e aplicado com um sentido material, justo, aproveitável, concreto. Isto ocorre quando a lei possibilita tratar igualmente os iguais e desigualmente aos desiguais.

Exemplo de tratar desigualmente aos desiguais podemos citar a capacidade contributiva em matéria tributária, através da qual o pagamento do Imposto de Renda das Pessoas Físicas dá-se acordo com a renda. A partir de determinada faixa de rendimento todos são obrigados a contribuir, entretanto, a contribuição é maior para aqueles com maior rendimento e menor para as pessoas de menor renda. Essa é a igualdade concreta, que atenta para as diferenças das pessoas com relação à sua capacidade de pagar impostos. A igualdade substancial ocorre no caso concreto, onde a aplicabilidade da lei deve considerar as particularidades do caso.

O princípio da igualdade visa impedir que o indivíduo sofra discriminação em razão de raça, religião, poder aquisitivo, entre outros, e deve ser considerado tanto quando da elaboração da lei, quanto em sua aplicação pelo Poder Judiciário através de seus juízes.

A igualdade real ou substancial volta-se para a proteção dos direitos fundamentais, de modo a assegurar que o homem não tenha sua dignidade comprometida com a supressão dos direitos de igualdade, de acesso ao judiciário, ao devido processo legal, ao contraditório e ampla defesa, liberdade de ir e vir entre outros. O princípio da igualdade impede até mesmo a aplicação de leis que visem à supressão de qualquer direito fundamental, uma vez que se traduz no exercício efetivo de cidadania, de fruição de direitos.

⁵⁸ CANOTILHO, J.J. G. Op. cit., p. 399.

O princípio da igualdade assegura que aplicação da lei se dará voltada para a realidade, para o caso concreto, possibilitando-se assim tratar os iguais de modo igualitário e os desiguais, desigualmente. Por esta razão, é um princípio informador do direito e da justiça, pois permite o acesso à justiça daqueles que não tenham condições de efetuar pagamento de custas ou caução, por exemplo, bem como ameniza o exagerado formalismo e rigorismo processual, possibilitando assim que a justiça se concretize. Segundo **RAMOS**, a igualdade é “sinônimo de justiça social.”⁵⁹

A sociedade democrática é regida por leis. Essas leis deverão ser elaboradas de modo a observar a igualdade, considerando o bem comum e não o de um pequeno número de pessoas ou grupos.

ROUSSEAU⁶⁰, já tratava do objetivo da lei, a qual deveria decorrer da vontade geral, ou seja, estar de acordo com os anseios de todas as pessoas e não de alguns poucos.

Quanto a esse particular, **SANTO TOMÁS** *apud* **COMPARATO**⁶¹ disse que: “sendo a lei, em sua essência, uma norma editada em função do bem comum, isto é, do interesse da comunidade como um todo, não deve ser tida como lei a norma que visa realizar, unicamente, a vantagem particular de alguns.”

Aliás, sobre a igualdade formal, cumpre trazer à colação a posição defendida por **SILVA**:

“Já a igualdade formal, por sua vez, impõe leitura diversa, determinando tratamento uniforme perante a lei e vedando tratamento desigual ao iguais.

⁵⁹ RAMOS, Elival da Silva. *O Direito à Igualdade Formal e Real*. In Revista dos Tribunais, ano 79, vol. 651, jan. 1990. p. 52-54.

⁶⁰ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O Contrato Social e outros escritos*. São Paulo: Cultrix, 1989.

⁶¹ COMPARATO, Fábio Konder. *Precisões Sobre os Conceitos de Lei e de Igualdade Jurídica*. In Revista dos Tribunais, ano 87, vol. 750, abr. 1998. p. 11-19.

“Para Celso Ribeiro Bastos (1996:166), a isonomia formal consiste no *direito de todo o cidadão não ser desigualado pela lei senão em consonância com os critérios albergados ou ao menos não vedados pelo ordenamento constitucional*”⁶².

Sobre a igualdade material, a mesma autora assim se manifestou:

“Com efeito, por exemplo, nas democracias ocidentais, com contornos de Estado do Bem-Estar Social, o princípio da igualdade material tem assento nas Cartas Constitucionais. É justamente na disciplina da ordem social, cristalizando aqueles direitos chamados de segunda geração, eis que buscam assegurar o acesso de todo o povo a determinados bens – como a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a previdência e a assistência sociais – que se vislumbra a clara iniciativa de trazer entre as pessoas maior igualdade material. Ainda que a eficácia social de tais normas seja passível de críticas, já que os respectivos direitos consagrados tenham previsão nas chamadas normas de princípio programático, persiste a finalidade de construir-se, mediante a ordem estatal, vias de maior acesso à igualdade material.”⁶³

Também sobre o princípio da igualdade **SUNDFELD** *apud* **GERALDO ATALIBA** *apud* **SILVA**, esclarece:

“Princípio constitucional fundamental, imediatamente decorrente do republicano, é o da isonomia ou igualdade diante da lei, diante dos atos infralegais, diante de todas as manifestações do poder, quer traduzidas em normas, quer expressas em atos concretos. Firmou-se a isonomia, no direito constitucional moderno, como direito público subjetivo a tratamento igual, de todos os cidadãos, pelo Estado.

“Como essencialmente, a ação do Estado reduz-se a editar a lei ou dar-lhe aplicação, o fulcro da questão jurídica postulada pela isonomia substancia-se na necessidade de que as leis sejam isônomas e que sua interpretação (pelo

⁶² SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas. *Princípio Constitucional da Igualdade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 37.

⁶³ SILVA, F. D. L. L. Op. cit., p. 37.

Executivo ou pelo Judiciário) levem tais postulados até suas últimas conseqüências, no plano concreto de aplicação...

“Igualdade diante do Estado, em todas as suas manifestações. Igualdade perante a Constituição, perante a lei e perante todos os demais atos estatais. A isonomia, como quase todos os princípios constitucionais, é implicação lógica do magno princípio republicano, que o fecunda e lhe dá substância. Embora tenha larguíssima fundamentação histórica e provectas raízes culturais, o princípio da isonomia só pode ser compreendido em toda sua dimensão e significado, juntamente com o princípio da legalidade. É que a teleologia do direito constitucional – tal como plasmado ao longo da evolução do mundo ocidental – foi expressando-se por esses princípios, guardando porém, essencialmente a mesma substância. Esta tem inúmeras dimensões, as quais, por isso que partícipes da mesma raiz, são harmônicas, coerentes entre si e solidárias.”⁶⁴

Assim, o princípio da igualdade assegura tratamentos igual para os iguais e tratamento desigual aos desiguais, mas também, direito a uma vida digna, o acesso à justiça, o direito à educação, saúde, lazer, segurança, para todas as pessoas, e esse princípio, a exemplo dos demais, deve ser concretizado por ações do Estado. O princípio da igualdade é um ordenador do ações: a) do legislador ao realizar a lei; b) do julgador ao aplicá-la; c) do governo para concretizá-lo.

2.5 O Princípio da Proporcionalidade.

Outro princípio que auxilia o julgador na aplicação da lei, muito embora não esteja erigido à categoria de dogma constitucional, é o princípio da proporcionalidade.

O princípio da proporcionalidade auxilia o julgador no momento de escolher a norma legal a ser aplicada, uma vez que o ordenamento jurídico brasileiro é composto por uma diversidade de leis, as quais tratam de formas

⁶⁴ SILVA, F. D. L. L. Op. cit., p. 53.

diferentes o mesmo tema, o que leva o julgador a titubear na hora de indicar o embasamento legal de sua decisão.

Ao tratarmos do princípio da proporcionalidade, que auxilia o julgador no momento de escolher a lei a ser aplicada ao caso concreto, deve-se esclarecer que, quando se fala em lei e de sua aplicação, o julgador deve considerar duas situações: a) se a lei colocada à disposição do julgador é legítima e passível de aplicação; b) se a lei é ilegítima, o que lhe retira qualquer poder de vincular o julgador à sua aplicação.

Sobre a legitimidade da lei, impende se colacionar o ensinamento de **COMPARATO**:

“Em regime democrático, lei é somente a norma geral emanada, direta ou indiretamente, da vontade popular e editada no interesse do povo. Temos aí, portanto, duas notas essenciais do conceito de lei numa democracia: a fonte, que é a vontade do povo, efetiva ou presumida, e a finalidade, que é o interesse popular ou bem comum do povo coletivamente considerado. Ausente qualquer desses elementos essenciais, o ato legislativo, embora votado pelo órgão constitucionalmente competente e segundo o processo regular, pode ser havido como lei, no sentido formal e no substancial, mas não será nunca uma lei legítima.

“Como consequência lógica do que acaba de ser exposto, dá-se o desvio de poder legislativo, numa democracia, toda vez que a norma editada como lei, posto que geral em sua forma de expressão normativa, não atende ao bem comum de todo o povo, mas ao interesse privado de pessoas determinadas”.⁶⁵

Por tais razões, o julgador, ao aplicar a lei, poderá atentar para a questão da legitimidade da mesma, ficando ao seu alvedrio decidir se a aplica ou não. Entretanto, nos casos de lei ilegítima, o ideal seria que fosse considerada inexistente, pois, se ao elaborar a lei não considerou a vontade geral, nem o bem comum, mas apenas se viciada a vontade do legislador, o qual ao elaborar a lei não

⁶⁵ COMPARATO, F. K. Op. cit., p. 12-13.

considerou a vontade geral, nem for ela em favor do bem comum, mas apenas de pequenos grupos ou facções, beneficiando interesses particulares, não estará de acordo com o que **ROUSSEAU**⁶⁶ chamou de vontade geral e não protegerá então o bem-estar da comunidade.

Não sendo a lei reflexo da vontade geral não está o julgador adstrito à aplicação dessa lei e quem lhe concede a autonomia de examinar se aplica ou não a lei é o princípio da proporcionalidade denominado também de princípio da razoabilidade.

ROUSSEAU *apud* **COMPARATO** sobre a vontade geral:

“(...) a vontade geral é sempre reta e tende constantemente à utilidade pública. Adverte logo em seguida, porém, que as deliberações do povo nem sempre apresentam a mesma retidão. ‘Há ali uma grande diferença entre a vontade de todos e a vontade geral; esta última visa unicamente ao interesse comum, a outra ao interesse privado e nada mais é do que uma soma de vontades particulares’. Para que exista a vontade geral, ‘ela deve sê-lo assim no seu objeto, como em sua essência; deve partir de todos para se aplicar a todos, e perde sua retidão natural quando tende a algum objeto individual e determinado, porque então, julgando o que nos é estranho, nós não temos nenhum princípio de equidade a nos guiar.’ E conclui: ‘Deve-se conceber, por isso mesmo, que o que generaliza a vontade é menos o número de votos que o interesse comum a uni-los; pois, nessa instituição, cada qual se submete, necessariamente, às condições que impõe aos outros: acordo admirável de interesse e de justiça, que dá às deliberações comuns um caráter de equidade que se vê desaparecer na discussão de todos os assuntos particulares, pela falta de um interesse comum que una e identifique a regra do juiz como a da parte’⁶⁷.

⁶⁶ ROUSSEAU, J.J. Op. cit.

⁶⁷ COMPARATO, F. K. Op. cit., p. 16-17.

Com relação à lei arbitrária, **DANTAS** *apud* **BARROS** assim se manifestou:

“O problema da lei arbitrária, que reúne formalmente todos os elementos da lei, mas fere a consciência jurídica pelo tratamento absurdo ou caprichoso que impõe a certos casos, determinadas em gênero e espécie, tem constituído, em todos os sistemas de direito constitucional, um problema de grande dificuldades teórica e de relevante interesse prático.”⁶⁸

Assim, na aplicação da lei, o princípio da proporcionalidade possibilita que o julgador atente para a justiça da lei, evitando a produção de lei arbitrária, casuística e desarrazoada, no dizer de **BARROS**⁶⁹.

Também possibilita ao julgador aferir se a lei elaborada pelo Legislativo está de acordo com a Constituição ou é contrária a ela, autorizando-o a aplicar somente as que estiverem de acordo com as normas constitucionais.

O princípio da proporcionalidade tem relação direta com os direitos fundamentais, logo, lei contrária a eles pode ter sua aplicação dispensada pelo julgador.

Nesse sentido, **BARROS** se manifesta:

“Nesse contexto, o *princípio da proporcionalidade*, como se pretende demonstrar, tem fundamental importância na aferição da constitucionalidade de leis interventivas na esfera de liberdade humana, porque o legislador, mesmo perseguindo fins estabelecidos na Constituição e agindo por autorização desta, poderá editar leis consideradas inconstitucionais, bastando para tanto que intervenha no âmbito dos direitos com a adoção de cargas coativas maiores do que as exigíveis à sua efetividade.

⁶⁸ BARROS, Suzana de Toledo. *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*. 2 ed. Brasília. Brasília Jurídica, 2000. p. 23.

⁶⁹ BARROS, S. T. Op. cit. p. 26.

Adotando-se este norte, o controle de medidas legislativas com impacto na esfera de liberdade, como aqueles que intervêm abruptamente na economia ou que se propõem a regulamentar limitações a direitos, pode-se dar com maior profundidade. Da mesma forma, a compatibilidade de normas ao princípio da igualdade, exigência básica para a consecução da justiça material, levará em conta uma *igualdade proporcional*, exigindo-se do legislador uma maior ponderação de resultados.”⁷⁰

Através desse princípio, é facultado ao julgador efetuar um exame sobre a justiça da lei e aplicá-la ao caso concreto de modo a não violar os direitos fundamentais, uma vez que a Constituição Brasileira de 1988 não poderá ter suas normas violadas ou os direitos nela assegurados restringidos por norma infraconstitucional. O princípio da proporcionalidade funciona como um sistema de controle de constitucionalidade.

A esfera de atuação do princípio da proporcionalidade é principalmente os direitos fundamentais, razão pela qual o legislador, ao editar as leis, deve considerar o disposto na Constituição Brasileira de 1988 acerca dos direitos fundamentais, tendo o cuidado de conformar a lei com o disposto na lei maior. Na informação de **BARROS**,

“(...) o *princípio da proporcionalidade* até chegar à modelagem atual, acompanha a história da defesa dos direitos humanos e vai surgir como decorrência da passagem do Estado de Polícia para o Estado de Direito, quando é formulado com o intuito de controlar o poder de coação do monarca, chamado de *poder de polícia*, porque ilimitado quanto aos fins que poderia perseguir e quanto aos meios que poderia empregar.

“O germe do *princípio da proporcionalidade*, pois, foi a idéia de dar garantia à liberdade individual em face dos interesses da administração. E essa consciência de que existiam direitos oponíveis ao próprio Estado e que este, por sua vez, deveria propiciar fossem tais direitos respeitados

⁷⁰ BARROS, S. T. Op. cit., p. 25.

decorreu das teorias jusnaturalistas formuladas na Inglaterra dos séculos XVII e XVIII.”⁷¹

Vê-se, pois, que o princípio da proporcionalidade ou da proibição do excesso, é meio que possibilita ao julgador efetuar o controle de constitucionalidade da leis de modo a preservar os direitos fundamentais, de forma incidental, ao examinar o caso concreto.

2.6 Os Limites ao Poder do Juiz

A função do Estado é, através do órgão competente, o Poder Judiciário, efetuar a prestação jurisdicional, aplicando o direito, solvendo o conflito e pacificando as relações sociais de modo a manter a paz social.

Entretanto essa função também abrange o dever do julgador de emitir uma decisão justa e que corresponda aos anseios de justiça da quase totalidade das pessoas, pois só assim se alcançará a paz social; quando as decisões do Poder Judiciário forem emitidas de modo a realizar o bem comum.

A tarefa de aplicar o direito, é dada, primeiramente, aos juízes de primeiro grau, que estão diretamente ligados e em contato direto com as partes e acompanham de perto o conflito. É dos juízes de primeiro grau que parte a decisão do processo, a qual, pelo princípio do duplo grau de jurisdição, poderá ser objeto de inconformidade através do recurso competente ao tribunal superior, o qual poderá modificá-la ou mantê-la.

O julgador possui total autonomia para aplicar o direito e decidir o conflito, sempre observando os regramentos processuais e os princípios constitucionais que asseguram a igualdade, o acesso ao judiciário, o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa entre outros.

⁷¹ BARROS, S.T. Op. cit., p 35.

Entretanto, nessa sua função de aplicar o direito, não possui o julgador (seja na primeira instância ou na segunda) poder ilimitado para decidir, sofrendo restrições em tal poder.

As restrições que o julgador sofre em seu poder de decisão emanam da Constituição Brasileira de 1988, a qual delinea os princípios que regem o país, assentado no princípio do Estado Democrático de Direito, o que significa dizer que o Estado tem como objetivo e função precípua respeitar, cumprir e concretizar os direitos fundamentais inseridos na Constituição Brasileira de 1988.

Assim, não está o juiz autorizado a conduzir o processo da maneira e modo que melhor lhe aprouver, devendo conduzi-lo de modo a cumprir os prazos e procedimentos legais, atentando para as normas constitucionais e infraconstitucionais. Nem mesmo sua convicção no momento de julgar é livre, eis que está adstrito a formar sua convicção de acordo com a lei e principalmente com a Constituição Brasileira de 1988 e os direitos fundamentais nela inseridos.

Isso não significa dizer que o julgador está obrigado a simplesmente aplicar a lei tal e qual o legislador a elaborou, mas que possui meios de adequá-la ao caso concreto ou mesmo deixar de aplicá-la, consoante lhe faculta o princípio da proporcionalidade, sem, entretanto, interferir na autonomia do legislador e sem precisar aguardar o decreto de inconstitucionalidade ou constitucionalidade das leis pelo órgão competente. O juiz possui discricionariedade que lhe permite essa análise ao aplicar a lei quando da prestação jurisdicional, relegando aquelas que forem contrárias aos dispositivos constitucionais, sem que isso represente violação. É assim que a justiça poderá ser concretizada.

Aliás, sobre a função de julgar é importante lembrar a lição de **NALINI**:

“Imbuir-se do espírito de juiz que se propõe a ampliar o ingresso das pessoas à proteção da Justiça é resultado de desforço meramente pessoal. É o íntimo de suas convicções,

a cena de batalha em que se contrapõem argumentos propendentes à visão clássica do julgador passivo e neutro e a assunção de um compromisso real com a concretização da justiça.”⁷²

Assim, na função de aplicar o direito, o julgador deverá ter sempre presente os direitos fundamentais inseridos na Constituição Brasileira de 1988, considerando o poder normativo da mesma e que as leis infraconstitucionais não poderão estipular regramentos contrários ao disposto constitucionalmente, o que autoriza ao julgador desconsiderar a lei contrária aos dispositivos constitucionais ao efetuar a prestação jurisdicional, sem que seja preciso a declaração expressa de inconstitucionalidade pelo órgão competente. Poderá fazer isso com base no sistema de controle difuso, servindo-se do princípio da proporcionalidade.

Quanto aos poderes de juiz, cumpre citarmos **CAMPOS SALLES** *apud* **CUNHA**:

“A magistratura que ora se instala no país, graças ao Regime Republicano, não é um instrumento cego ou mero intérprete dos atos do poder Legislativo. Antes de aplicar a lei, cabe-lhe o direito de exame, podendo dar-lhe ou recusar-lhe sanção se ela aparecer conforme ou contrária à lei orgânica.

“O poder de interpretar as leis, disse o honesto e sábio juiz americano [Tocqueville], envolve necessariamente o direito de verificar se elas são ou não conformes à Constituição, e neste último caso cabe-lhe declarar que elas são nulas e sem efeito. Por esse engenhoso mecanismo consegue-se evitar que o legislador, reservando-se a faculdade da interpretação, venha a colocar-se na absurda situação de juiz em sua própria causa. É a vontade absoluta das assembléias legislativas que se extingue, nas sociedades modernas, como se não extinguido as doutrinas do arbítrio soberano do poder executivo. A função do liberalismo no passado, diz um eminente pensador inglês, foi opor um limite ao poder violento dos reis; o dever do liberalismo na época atual é opor um limite ao poder ilimitado dos parlamentos. Essa missão histórica incumbe sem dúvida ao poder judiciário, tal como o arquitetam poucos povos

⁷² NALINI, José Renato. *O Juiz e o Acesso à Justiça*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 53.

contemporâneos e se acha consagrado no presente decreto. Aí está posta a profunda diversidade de índole, que existe entre o Poder Judiciário no regime decaído e aquele que agora se instaura calcado sobre os modelos democráticos do sistema federal. De poder subordinado, qual era, transforma-se em poder soberano, apto na elevada esfera de sua atividade para interpor a benéfica influência de seu critério decisivo, a fim de manter o equilíbrio, a regularidade e a própria independência dos outros poderes, assegurando, ao mesmo tempo, o livre exercício dos direitos do cidadão. É por isso que na grande União Americana com razão se considera o poder judiciário como a pedra angular do edifício federal e o único capaz de defender com eficácia a liberdade, a autonomia individual. Ao influxo da sua real soberania se desfazem os erros legislativos, e são entregues à severidade da lei os crimes dos depositários do Poder Executivo”.⁷³

Assim, o julgador possui liberdade de convicção, de convencimento; entretanto, os limites em seu poder de julgar não poderão jamais exceder aos dispositivos fixados constitucionalmente, sendo que, inclusive, lhe é dada a discricionariedade de deixar de aplicar uma lei contrária à Constituição Brasileira de 1988, mesmo antes do decreto de sua inconstitucionalidade, bem como está autorizado, pelo princípio da proporcionalidade (ou razoabilidade) a afastar leis injustas, abusivas, elaboradas sem o sentido do bem comum e em desacordo com a “vontade geral”.

Também o julgador, ao efetuar a prestação jurisdicional, deverá observar os direitos fundamentais do indivíduo consagrados constitucionalmente, bem como observar a constitucionalidade das normas que aplica na sua função e poder de decidir, seja em questões envolvendo o Estado, seja em questões envolvendo apenas os particulares.

Quanto à inconstitucionalidade das leis, cumpre lembrar que é necessário que esta seja reconhecida pelo órgão competente (STF- Supremo Tribunal Federal). Entretanto, poderá o julgador deixar de aplicar a lei que considerar injusta, descabida ou contrária ao direito, escolhendo outra que melhor se coadune

⁷³ CUNHA, Sérgio Sérulo. *O Efeito Vinculante e os Poderes do Juiz*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 165-166.

com o caso concreto por ele apreciado, porém, seu poder de decisão está igualmente vinculado à observância dos direitos fundamentais.

Acerca da vinculação do Poder Judiciário aos direitos fundamentais, muito bem abordou MENDES:

“Também indiscutível se afigura a vinculação da jurisdição aos direitos fundamentais. Dessa vinculação resulta para o Judiciário não só o dever de guardar estrita obediência aos chamados direitos fundamentais de caráter judicial, mas também o de assegurar a efetiva aplicação do direito, especialmente dos direitos fundamentais seja nas relações entre os particulares e o Poder Público, seja nas relações tecidas exclusivamente entre particulares.

“Da vinculação do Judiciário aos direitos fundamentais decorre, ainda, a necessidade de se aferir a legitimidade das decisões judiciais, tendo em vista sobretudo a correta aplicação desses direitos aos casos concretos.

“Isso significa que até mesmo a simples aplicação do direito ordinário pelos Tribunais pode ocasionar lesão aos direitos fundamentais, tanto no caso de inobservância completa de determinada regra do direito fundamental (*Defizit; Fehleinschätzung*), quanto na hipótese de a decisão assentar-se em considerações insustentáveis e arbitrárias do prisma objetivo (*unhaltbare und deshalb willkürliche Entscheidung*) ou em construção que ultrapassa os limites constitucionais do direito jurisprudencial (*Überschreitung der verfassungsrechtlichen Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung*).”⁷⁴

São, pois, os direitos fundamentais que limitam os poderes do julgador ao efetuar a prestação jurisdicional, como, aliás, limitam também os demais poderes do Estado que estão vinculados e se submetem a tais direitos..

⁷⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos, 1999. p. 215-216.

2.7 A Finalidade do Processo.

A ação é o meio através do qual a parte interessada na solução do conflito busca a tutela jurisdicional, obtendo uma decisão do juiz. A ação é o meio através do qual a parte busca obter a prestação jurisdicional que se dá através de uma decisão judicial.

A ação é direcionada contra o Estado, pois é dele que se pretende obter a prestação jurisdicional. É através da ação que a parte exercita o direito de buscar o provimento judicial. Muito embora sua pretensão seja de obter determinado obrigação ou declaração contra uma pessoa, com reflexos na esfera particular dos envolvidos no processo, a doutrina dominante entende que a ação não é direcionada contra uma pessoa em si, mas contra o Estado, já que ele é que terá a obrigação de dar a prestação jurisdicional, aplicando o direito.

Para que a prestação jurisdicional ocorra, é necessário que se percorra um caminho, no qual deverá ser observado o direito de acesso ao judiciário, o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, bem como os demais princípios de imparcialidade o julgador, duplo grau de jurisdição, independência da decisões, igualdade e proporcionalidade, entre outros.

Entretanto, o processo mais do que a busca e acalanto de um direito individual é utilizado como um meio de concretizar a justiça e para esta finalidade se utiliza de um instrumental que engloba leis processuais, normas constitucionais, intervenção do julgador e das partes através de seus advogados, Ministério Público e demais pessoas que intervêm no processo e contribuem para a prestação jurisdicional. É o chamado instrumental do processo.

Sobre a instrumentalidade do processo, importante lembrar a lição de **DINAMARCO**:

“Aprimorar o serviço jurisdicional prestado através do processo, dando efetividade aos seus princípios formativos

(lógico, jurídico, político, econômico), é uma tendência universal, hoje. E é justamente a instrumentalidade que vale de suficiente justificação lógico-jurídica para essa indispensável dinâmica do sistema e permeabilidade às pressões axiológicas exteriores: tivesse ele seus próprios objetivos e justificação auto-suficiente, razão inexistiria, ou fundamento, para pô-lo à mercê das mutações políticas, constitucionais, sociais, econômicas e jurídico-substanciais da sociedade.”⁷⁵

A prestação jurisdicional surge a partir de uma insatisfação do indivíduo com uma situação posta, ou o cometimento de uma ação que também gera o conflito (por exemplo, um homicídio) e o direito do Estado através do Poder Judiciário aplicar a sanção. No caso de interesse privado, a instauração do conflito se dará através do ajuizamento da ação pelo particular. Em se tratando de ato que fira, que prejudique os interesses da coletividade, como no caso de um homicídio, em que o ato de matar implica violação da ordem jurídica estabelecida, o Estado tem o direito de punir o criminoso, entretanto, é o Ministério Público que instaura a ação para que o fato seja apurado e para que o julgador possa dar a sentença. Em ambos os casos, o objetivo do processo será dar uma solução ao conflito.

CINTRA apresenta a insatisfação como o fator que leva ao conflito judicial:

“(...) a experiência mostra que a insatisfação é sempre um fator anti-social, independentemente de a pessoa ter ou não direito ao bem pretendido. A indefinição de situações das pessoas perante outras, perante os bens pretendidos e perante o próprio direito é sempre motivo de angústia e tensão individual e social. Inclusive quando se trata de indefinição quanto ao próprio *jus punitiois* do Estado em determinada situação concretamente considerada: sendo o valor **liberdade** uma inerência da própria pessoa humana, a que todos almejam e que não pode ser objeto de disposição da parte de ninguém, a pendência de situações assim é inegável fator de sofrimento e infelicidade, que precisa ser debelado.”⁷⁶

⁷⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 9. ed. São Paulo:Malheiros, 1992. p. 24.

⁷⁶ CINTRA, A. C. A. et alii. Op. cit., p. 20.

Assim, além do objetivo justiça, o Estado, através do Poder Judiciário e por meio do processo, busca a pacificação das relações sociais, o alcance do bem comum, a manutenção da ordem, funcionando também como aparelho repressivo do Estado à medida que impõe sanção para aqueles que descumprem as regras preestabelecidas.

Pode-se dizer que a finalidade do processo é apresentar os mecanismos para a persecução da justiça, a qual, enfim, é a mesma do direito, qual seja, dar um resposta ao conflito, solvê-lo.

Ao demais, a decisão lançada para ser justa deverá observar o cumprimento da Constituição Brasileira de 1988, os direitos fundamentais e a lei conforme com estes, bem como abranger a quase totalidade das pessoas, de modo que uma decisão será considerada justa no momento em que corresponder aos anseios do justo da universalidade das pessoas.

Quanto maior o alcance da decisão, quanto mais pessoas beneficiar, mais próxima estará do significado da palavra justiça, entendida esta também como bem comum do maior número possível de indivíduos.

Além do mais, as decisões prolatadas pelo judiciário impõem obediência entre os envolvidos, isto é, a parte vencida deve respeitar e cumprir o decidido. Assim, pode-se dizer que, além da finalidade justiça, a finalidade da prestação jurisdicional é também pacificar o conflito⁷⁷, tornando obrigatória e passível de obediência a decisão lançada. Nesse sentido, importante a lição de **CINTRA**:

“E hoje, prevalecendo as idéias do *Estado social*, em que ao Estado se reconhece a função fundamental de promover a plena realização dos valores humanos, isso deve servir, de um lado, para pôr em destaque a função jurisdicional pacificadora como fator de eliminação dos

⁷⁷ CINTRA, A. C. A et alii. Op. cit., p. 24.

conflitos que afligem as pessoas e lhes trazem angústia; de outro, para advertir os encarregados do sistema, quanto à necessidade de fazer do processo um meio efetivo para a *realização da justiça*. Afirma-se que o objetivo-síntese do Estado contemporâneo é o **bem-comum** e, quando se passa ao estudo da jurisdição, é lícito dizer que a projeção particularizada do bem comum nessa área é a *pacificação da justiça*.⁷⁸

Assim, a prestação jurisdicional à medida que pacifica o conflito, cumpre outra função, qual seja, atingir o bem comum.

⁷⁸ CINTRA, A. C. A. et alii. Op. cit., p. 25.

CAPÍTULO 3

O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

3.1 Controle de Constitucionalidade. Conceito.

A Constituição Brasileira de 1988 contempla uma série de direitos denominados de fundamentais, os quais são de impossível supressão face ao disposto nas chamadas cláusulas pétreas. Além dos direitos fundamentais, a Constituição Brasileira de 1988 contempla uma série de normas que não podem ser contrariadas pelo legislador ao editar as leis infraconstitucionais sob pena de, ao contrariar a Constituição, serem consideradas inconstitucionais.

Nisto consiste o controle de constitucionalidade, na verificação se as leis estão conformes com a Constituição Brasileira de 1988 ou não.

O controle de constitucionalidade serve para proteger a norma maior que é a Constituição Brasileira de 1988, mas, principalmente, para proteger os direitos fundamentais nela inseridos.

O controle de constitucionalidade visa verificar a ação do legislador seja ao declarar a inconstitucionalidade das leis, seja impingindo ao legislador o dever de editar normas que venham a complementar os direitos assegurados na Constituição Brasileira de 1988.

Quando o legislador deixa de editar norma reguladora do direito assegurado constitucionalmente, como o que o direito se torna passível de fruição, diz-se que houve omissão legislativa.

Nos casos em que o legislador deixa de cumprir seu papel e não edita as normas ou as faz de modo incompleto, não é possível declarar-se a inconstitucionalidade da lei, havendo outros mecanismos para compeli-lo à sua tarefa, como, por exemplo, na Constituição Brasileira de 1988, o mandado de injunção.

A declaração de inconstitucionalidade é então a declaração de nulidade ou anulabilidade de leis contrárias à Constituição ou que ferem os direitos fundamentais, mas não serve para resolver os problemas da omissão do legislador, denominada por **MENDES**⁷⁹ como omissão inconstitucional. No Brasil, o controle de constitucionalidade se dá de duas formas: através do controle difuso e concentrado.

3.2 O Sistema Brasileiro de Controle de Constitucionalidade.

A Constituição Brasileira de 1988 adota o sistema de controle de constitucionalidade através da declaração da inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade, o que determina ao legislador suprir a omissão editando a lei para regular ou normatizar direito já assegurado constitucionalmente, como permite que seja feita a supressão da lei ou de parte dela que seja declarada inconstitucional, sem ferir todo o seu conteúdo.

Como já afirmado, o controle de constitucionalidade no Brasil se dá de duas maneiras: a) difuso e b) concentrado. É o denominado sistema misto de controle de constitucionalidade.

⁷⁹ MENDES, G. F. Op. cit., p. 50.

O controle difuso ocorre no julgamento de caso concreto, quando o julgador, ao examinar um caso concreto, nega a aplicação de normas, alegando que são inconstitucionais. O controle difuso também é conhecido como controle *incidental* ou por *via de exceção* porque ocorre incidentalmente no processo.

O controle concentrado ocorre através da ação declaratória de constitucionalidade e da ação direta de inconstitucionalidade. É feita pelo STF (Supremo Tribunal Federal) ao apreciar esses dois tipos de ações. Não há um fato concreto a ser examinado, apenas a lei *in abstracto*, decidindo-se, então, se esta é constitucional ou não. Assim há diferença inegável entre ambos os sistemas de controle de constitucionalidade.

A ação direta de inconstitucionalidade (controle concentrado), examina a norma *in abstracto* e traz como consequência a suspensão da execução da lei, entretanto, não afeta sua vigência enquanto não existir outra lei para substituí-la. O Supremo Tribunal Federal limita-se, na ação direta, a dizer que a lei é inconstitucional, o Senado exerce função diferente, qual seja, dizer que a execução da lei declarada inconstitucional está suspensa. Assim, o reconhecimento da inconstitucionalidade, por si só, não tem o condão de suspender a executoriedade da lei, o que é feito pelo Senado Federal.

Entretanto, essa posição cria o paradoxo, uma vez que, se é inconstitucional, não é passível de aplicação, independentemente de o Senado suspender ou não sua executoriedade. A preocupação que se deve ter é como solver as situações concretas que a lei inconstitucional vinha regulando.

Segundo **FERRARI**,

“Consideramos que a melhor posição, mister se faz repisar, é aquela que defende a participação do Senado no processo de arguição de inconstitucionalidade em tese, pois só após sua intervenção é que podemos considerar expelida do ordenamento jurídico a lei ou ato normativo declarado inconstitucional pelo órgão máximo do Poder Judiciário, já

que, conforme nos ensina Lúcio Bittencourt, ‘o tribunal não anula, rescinde, cassa, destrói ou revoga a lei, senão apenas lhe recusa força formal’⁸⁰.

A Constituição Brasileira de 1988 prevê para os casos de omissão do legislador o mandado de injunção e para os casos de procedência da ação direta de inconstitucionalidade o dever de informar-se o órgão legislativo da decisão para que tome as providências necessárias (Ação Direta de Inconstitucionalidade Por Omissão). Entretanto, é pacífico na doutrina e na jurisprudência que “é desnecessária a comunicação ao Senado Federal, para fins de suspensão, quando a inconstitucionalidade normativa for reconhecida em processo de apreciação em tese, dissociada de um caso concreto”⁸¹.

De qualquer maneira, havendo a comunicação, está o legislador obrigado a editar normas que regulamentem o dispositivo inconstitucional, permitindo o exercício pleno do direito assegurado; ou a tomar as providências no sentido de suprimir do texto da lei a parte considerada inconstitucional.

No primeiro caso, pode-se dizer que o legislador foi omissivo; no segundo, a edição da lei ou parte dela é inconstitucional ou parte dela, o que também dá ensejo à declaração de inconstitucionalidade e determina a supressão do todo ou da parte inconstitucional.

Questão que deve ser considerada é se a declaração de inconstitucionalidade permite que a lei declarada inconstitucional seja aplicada até que outra venha a substituí-la. Nesse aspecto, vale lembrar a lição de **MENDES**:

“A concepção que advoga a tese de que, não obstante a declaração de inconstitucionalidade, a lei haveria de preservar sua validade até a promulgação das novas regras, porque o Supremo Tribunal Federal, nos processos de

⁸⁰ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade*. 4. ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 193-194.

⁸¹ FERRARI, R. M. M. N. Op. cit., p. 191.

controle de omissão, limita-se a declarar a inconstitucionalidade de determinadas situações jurídicas, não se compatibiliza com a idéia assente no direito brasileiro, que considera nula a lei inconstitucional. A Constituição de 1988 não parece fornecer qualquer fundamento para a aplicação indiscriminada da lei inconstitucional. O princípio do Estado de Direito e a vinculação dos poderes estatais aos direitos fundamentais, estabelecida no art. 5º, § 1º, da Constituição, estão a indicar que não basta a promulgação de uma lei. A lei exigida pela Constituição, tal como ocorre no direito alemão, não pode ser qualquer lei, mas *lei compatível com a Constituição*.⁸²

A Constituição é a *norma das normas*, e no direito brasileiro, tal assertiva não é olvidada. Portanto, toda a lei editada (decreto, medida provisória, súmula) deverá estar conforme a Constituição Brasileira de 1988, não podendo estabelecer direitos contrários a esta nem tampouco suprimi-los. A Constituição Brasileira de 1988 possui supremacia sobre toda e qualquer norma infraconstitucional, devendo sempre o legislador atentar para o que dispõe a norma constitucional antes de editar suas leis. É por isso que a lei deve atentar para a *vontade geral*, para o interesse de todos, para que não venha a privilegiar grupos determinados ou poucas pessoas em detrimento da grande maioria.

A lei deve ser legítima (matéria já discutida anteriormente) e deve estar conforme os dispositivos constitucionais, impondo-se ao legislador a observância à hierarquia das leis, lembrando sempre que a norma constitucional está em primeiro plano e as demais devem com ela se conformar, sob pena de ser-lhe reconhecida a inconstitucionalidade.

A ação declaratórias de constitucionalidade possuía eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, este último estendido à ação direta de inconstitucionalidade e à ação de descumprimento de preceito fundamental, por força das Leis 8.862/99 e 8.882/99, respectivamente.

⁸² MENDES, G. F. Op. cit., p. 61.

O efeito vinculante dessas ações impõe a observância do decidido para todos os Tribunais e para todos os juízes (Tribunais Superiores e Inferiores), os quais não poderão decidir de modo contrário um caso concreto, quando o STF, através de uma dessas ações tiver decretada a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma lei. Tal decisão se estende também ao Poder Executivo.

O decreto de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade, realizado através do controle de constitucionalidade concentrado, vincula a todos e não apenas as partes envolvidas no litígio. Nesse sentido, **MENDES**:

“O Supremo Tribunal Federal, ao equiparar os efeitos da decisão proferida no controle abstrato da omissão e no processo de mandado de injunção, esforçou-se para fundamentar efeito vinculante que transcendesse as partes propriamente envolvidas.

“A decisão proferida no processo de controle abstrato da omissão, típico *processo objetivo*, destinado, precipuamente, à preservação da Constituição, deveria ter, por sua própria natureza, eficácia *erga omnes*.

“A posição do Supremo Tribunal Federal que reconhece ter a decisão proferida no controle abstrato da omissão eficácia *erga omnes* merece ser acolhida. É de excluir-se, de plano, a idéia de que a decisão proferida no controle abstrato da omissão deve ter eficácia vinculante *inter partes*, porque tais processos de garantia da Constituição, enquanto *processo objetivos*, não conhecem partes. As decisões proferidas nesses processos, tal como admitido pelo Tribunal, devem ser dotadas, necessariamente, de eficácia geral. Se o Tribunal constata, nesse processo, a *omissão parcial* do legislador em virtude da satisfação defeituosa ou incompleta do dever constitucional de legislar, reconhece ele também a inconstitucionalidade de todo o complexo normativo impugnado com eficácia *erga omnes*. Definida a inconstitucionalidade, estão todos os órgãos estatais impedidos de praticar atos com base na regra considerada inconstitucional (CF, arts. 1º e 5º, § 1º).”⁸³

⁸³ MENDES, G. F. Op. cit., p. 63.

Assim tanto a declaração de constitucionalidade como a de inconstitucionalidade traz como consequência a impossibilidade de aplicabilidade da norma para qualquer pessoa, eis que o efeito dessa declaração é vinculante. Segundo **MENDES**:“(...) fica o cidadão desobrigado de prestar obediência à norma, estando, por outro lado, impedido de reivindicar a sua aplicação em proveito próprio”⁸⁴. Esta situação vale também para os órgãos da Administração Pública.

São os direitos fundamentais inseridos na Constituição Brasileira de 1988 que asseguram ao indivíduo o direito de buscar junto ao Estado sua implementação, vinculando todos os poderes do Estado. É em função desses direitos que o controle de constitucionalidade assume fundamental importância, permitindo que os mesmos se concretizem e impedindo que normas contrárias a estes venham a integrar o ordenamento jurídico.

Aliás, consoante já anteriormente afirmado, poderá ser possível ao julgador inclusive, mesmo antes da arguição de inconstitucionalidade, deixar de aplicar a lei infraconstitucional quando esta violar os direitos fundamentais ou quando estiver em desacordo com norma constitucional – haja vista que, no controle difuso, aquele que se dá no caso concreto e incidentalmente no processo, o julgador possui essa liberdade, desde que não se trate de norma que teve sua constitucionalidade ou inconstitucionalidade decretada pelo STF.

Assim, o controle de constitucionalidade nada mais é do que o Poder do Judiciário de dizer se determinada lei está conforme a Constituição ou contrária a ela, quando, então, se reconhecerá a inconstitucionalidade, o que implica dizer, salvo a exceção do vácuo jurídico, que o juízes não estão obrigados à sua aplicação. Tratando-se de omissão legislativa, o legislador deverá suprir a lacuna.

⁸⁴MENDES, G. F. Op. cit., p.64.

3.4 Meios de Exercer o Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro.

Como já asseverado, o controle de constitucionalidade é o meio pelo qual se poderá constatar a conformidade das normas infraconstitucionais com a Constituição Brasileira de 1988, sejam elas anteriores ou posteriores a esta.

O controle de constitucionalidade surgiu com a Constituição Brasileira de 1891, recepcionando o Decreto nº. 848, de 11 de outubro de 1890, o qual estabelecia que a guarda da Constituição caberia à magistratura federal, desde que houvesse provocação da parte.. Em 1891, a Constituição Brasileira reconheceu o Supremo Tribunal Federal competente para:

“(…) rever as sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, quando se questionasse a validade ou a aplicação de tratados e leis federais e a decisão do Tribunal fosse contra ela, ou quando se contestasse 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 impugnados (art. 59, § 1º, *a e b*).”⁸⁵

A Constituição Brasileira de 1934 manteve o controle de constitucionalidade, entretanto, inseriu alterações dispondo que a “declaração de inconstitucionalidade somente poderia ser realizada pela maioria da totalidade dos membros dos tribunais.”⁸⁶

A Constituição Brasileira de 1937, embora mantendo a sistemática anterior, introduziu uma forma de revisão da lei, dispondo, em seu artigo 96, parágrafo único, que

“(…)no caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja

⁸⁵ MENDES, G. F. Op. cit., p. 235.

⁸⁶ MENDES, G. F. Op. cit., p 237.

necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa do interesse nacional de alta monta, poderia o Chefe do Executivo submetê-la novamente ao Parlamento. Confirmada a validade da lei por dois terços de votos em cada uma das Câmaras tornava-se insubsistente a decisão do Tribunal.”⁸⁷

A Constituição Brasileira de 1946 trouxe de volta a forma anterior de controle de constitucionalidade, e instituiu ainda os recursos extraordinários, os quais poderiam ser interpostos:

“a) quando a decisão for contrária a dispositivo desta Constituição ou à letra de tratado ou lei federal; b) quando se questionar sobre a validade de lei federal em face desta Constituição, e a decisão recorrida negar a aplicação da lei impugnada; e c) quando se contestar a validade de lei ou ato do governo local em face desta Constituição ou de lei federal, e a decisão recorrida julgar válida a lei ou o ato.”⁸⁸

A Constituição Brasileira de 1946 concedeu ao Procurador-Geral da República a titularidade para propor ação direta de inconstitucionalidade quando houvesse violação da

“(…) a) forma republicana representativa; b) independência e harmonia entre os poderes; c) temporaneidade das funções eletivas, limitada a duração destas à das funções federais correspondentes; d) proibição de reeleição de governadores e prefeitos para o período imediato; e) autonomia municipal; f) prestação de contas da administração; g) garantias do Poder Judiciário (art. 8º, parágrafo único, cc o art. 7º, VII)”⁸⁹

A Constituição Brasileira de 1967/1969 manteve a mesma linha da Constituição de 1946, apenas ampliando os poderes do Procurador-Geral da República para propor ação direta de inconstitucionalidade e manteve o controle de constitucionalidade abstrato de normas federais e estaduais instituído pela Emenda n. 16.

⁸⁷ MENDES, G. F. Op. cit., p.240.

⁸⁸ MENDES, G. F. Op. cit., p 242.

⁸⁹ MENDES, G. F. Op. cit., p. 243.

A Constituição Brasileira de 1988 alargou a lista daqueles que estavam autorizados a interpor ação direta de inconstitucionalidade, sendo que os autorizados são: o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa da Assembléia Legislativa, o Governador do Estado, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional, as confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional. Desta forma, suprimiu-se o monopólio anteriormente exercitado pelo Procurador-Geral da República anteriormente. A Constituição Brasileira de 1988 deu ênfase ao controle concentrado de constitucionalidade feito pelo Supremo Tribunal Federal.

No ano de 1993, foi publicada a Emenda Constitucional n. 03⁹⁰, que reconheceu a competência do Supremo Tribunal Federal para conhecer e julgar a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, sendo que esta decisão terá efeito vinculante contra todos e não apenas entre os envolvidos no processo. A ação declaratória de constitucionalidade visa justamente uma decisão judicial acerca da conformação da norma com a constituição, que é exatamente o contrário do que prevê a ação direta de inconstitucionalidade, que pretende ver a inconstitucionalidade da norma decretada.

Tanto a ação de constitucionalidade quanto a de inconstitucionalidade, uma vez acolhidas, possuem efeito vinculante para todos e não apenas para os envolvidos no processo, por força do disposto nas Leis 9.868/99 e 9.882/99.

3.5 Ação Declaratória de Constitucionalidade.

A ação declaratória de constitucionalidade é um dos modos de se exercer o controle de constitucionalidade. Ela é proposta perante o Supremo Tribunal Federal e tem como objetivo ver decretada a conformidade de uma norma

⁹⁰ Íntegra da Emenda Constitucional n. 03/93; ver Anexo.

infraconstitucional com a Constituição Brasileira de 1988. Segundo **FERRARI**: “O autor de uma ação declaratória pretende, com a sentença, ter apenas a certeza jurídica, saber se seu direito existe, excluindo sobre isso toda dúvida. O fim visado é, então, a declaração considerada em si mesma”.⁹¹

A ação declaratória de constitucionalidade, por sua vez, não é a defesa de um interesse particular, de um caso concreto, mas a defesa da lei *in abstracto*. Os legitimados para figurar no polo ativo da ação declaratória de constitucionalidade são: o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados e o Procurador-Geral da República.

Para **FERRARI**:

“Na ação declaratória de constitucionalidade, não se cogita de defesa de um interesse subjetivo do requerente, o que pressupõe a defesa de situações concretas, mas, como processo objetivo normalmente unilateral e não contraditório, ‘deve-se ressaltar que o que acaba por distingui-lo de outras formas processuais é, exatamente, a não exigência ou a dispensabilidade de um interesse jurídico específico ou, se se quiser, de um interesse de agir (*Rechtsschutzbedürfnis*) de qualquer dos eventuais requerentes na questão submetida à jurisdição constitucional. Em verdade, a própria definição dos órgãos legitimados a provocar o tribunal já está a indicar que este direito – o direito de instaurar o processo de controle abstrato – não lhes foi outorgado tendo em vista a defesa de eventuais interesses ou situações subjetivas. Cuida-se de faculdade vinculada, tão-somente, a um interesse público de controle”.⁹²

A ação declaratória de constitucionalidade visa ao controle de constitucionalidade de leis ou atos normativos federais, única e exclusivamente, sendo que o controle de inconstitucionalidade das leis e do atos normativos estaduais é feito através de ação direta de inconstitucionalidade.

⁹¹ FERRARI, R. M. M. N. Op. cit., p. 244.

⁹² FERRARI, R. M. M. N. Op. cit., p. 245.

A decisão proferida na ação declaratória de constitucionalidade possui eficácia *erga omnes* e efeito vinculante; dirige-se e obriga a todos. **MOREIRA ALVES** *apud* **FERRARI**, sobre o efeito vinculante nas ações declaratórias de constitucionalidade, assim dispôs:

“Segundo o Min. Moreira Alves, da força vinculante própria da ação declaratória de constitucionalidade resultam as seguintes conseqüências:

‘a) se os demais órgãos do Poder Judiciário, nos casos concretos sob seu julgamento, não respeitarem a decisão prolatada nessa ação, a parte prejudicada poderá valer-se do instituto da reclamação para o Supremo Tribunal Federal, a fim de que este garanta a autoridade dessa decisão; e

b)essa decisão (e isso se restringe ao dispositivo dela, não abrangendo, como sucede na Alemanha – os seus fundamentos determinantes, até porque a Emenda Constitucional 3 só atribui efeito vinculante à própria decisão definitiva de mérito) alcança os atos normativos de igual conteúdo daquele que deu origem a ela, mas que não foi objeto, para o fim de, independente de sua nova ação, serem tidos como constitucionais ou inconstitucionais, adstrita essa eficácia aos atos normativos emanados dos demais órgãos do Poder Judiciário e do Poder Executivo, uma vez que ela não alcança os atos editados pelo Poder Legislativo.”⁹³

Sobre a ação declaratória de constitucionalidade vale lembrar a posição do Ministro Moreira Alves em seu voto condutor proferido em Questão de Ordem levantada na Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 1., a seguir transcrito:

“(…) é também inteiramente improcedente a alegação de que essa ação converteria o Poder Judiciário em legislador, tornando-o como que órgão consultivo dos Poderes Executivo e Legislativo. Essa alegação não atenta para a circunstância de que, visando a ação declaratória de constitucionalidade à preservação da presunção de constitucionalidade do ato normativo, é ínsito a essa ação, para caracterizar-se o interesse objetivo de agir por parte dos legitimados para propô-la, que preexistia controvérsia que ponha em risco essa presunção, e, portanto, controvérsia

⁹³ FERRARI, R. M. M. N. Op. cit., p. 253.

judicial no exercício do controle difuso de constitucionalidade, por ser esta que caracteriza inequivocamente esse risco. Dessa controvérsia, que deverá ser demonstrada na inicial, afluem, inclusive, os argumentos pró e contra a constitucionalidade, ou não, do ato normativo em causa, possibilitando a esta Corte o conhecimento deles e de como têm sido eles apreciados judicialmente. Portanto, por meio dessa ação, o Supremo Tribunal Federal uniformizará o entedimento judicial sobre a constitucionalidade, ou não, de um ato normativo federal em face da Carta Magna, sem qualquer caráter, pois, de órgão consultivo de outro Poder, e sem que, portanto, atue, de qualquer modo, como órgão de certa forma participante do processo legislativo. Não há assim, evidentemente, qualquer violação ao princípio da separação de Poderes”.⁹⁴

Os requisitos para a interposição da ação declaratória de constitucionalidade é que venha comprovada na inicial a controvérsia judicial sobre lei ou ato normativo sobre o qual se pretende a declaração de constitucionalidade, sendo que o Supremo Tribunal Federal deverá decidir por maioria absoluta de votos, observando o mesmo *quorum* necessário para a declaração de inconstitucionalidade.

Outra questão importante é que, acaso não reste reconhecida a constitucionalidade da norma ou ato normativo na ação, o Tribunal deverá declarar a inconstitucionalidade da norma, evitando-se o manuseio de ação direta de inconstitucionalidade.

Ainda, em se tratando de ação declaratória de constitucionalidade, a confirmação da validade da lei ou do ato normativo traz efeitos retroativos (*ex tunc*), uma vez que a procedência implica o reconhecimento da conformação da lei com a constituição.

Entretanto, acaso venha a ser julgada improcedente, esta improcedência implica o reconhecimento da inconstitucionalidade que deverá ser declarada pelo Tribunal, o que implica a discussão acerca dos efeitos retroativos (*ex*

⁹⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. *Moreira Alves e o Controle de Constitucionalidade no Brasil*. São Paulo: Celso Bastos, 2000. p. 139.

tunc) ou futuros (*ex nunc*), ou seja, a partir da declaração de inconstitucionalidade. A Lei n. 9.868/99, ao dispor sobre Ação Direta de Inconstitucionalidade, dispôs que a eficácia contra todos será concedida com efeito *ex nunc* (a partir da declaração de inconstitucionalidade; sem efeito retroativo).

O descumprimento de decisão proferida em ação declaratória de constitucionalidade pelos Tribunais inferiores enseja reclamação do prejudicado pelo descumprimento, a qual será feita perante o Supremo Tribunal Federal.

3.6 A Ação Direta de Inconstitucionalidade.

A ação de direta inconstitucionalidade tem por objetivo declarar a inconstitucionalidade de determinada norma ou ato federal, decretando sua desconformidade com a norma constitucional. É intentada perante o Supremo Tribunal Federal e, uma vez proposta, eventual pedido de desistência não vincula o Tribunal a aceitá-lo, uma vez que a decisão sobre a inconstitucionalidade de uma lei interessa não apenas aos envolvidos na ação mas, também, a todas as pessoas.

A Corte não está nem mesmo obrigada a acolher o parecer do Procurador-Geral da República pela declaração ou não da inconstitucionalidade, apesar deste funcionar como “*custos legis*”, pois, uma vez submetida a questão ao Tribunal, este proferirá decisão acerca da inconstitucionalidade ou não, independente do parecer dado pelo Procurador-Geral da República.

Nesse sentido **MENDES** se posicionou:

“(…) Nas representações 95 e 96, de 1947, esboçou-se controvérsia quanto à possibilidade de o Supremo Tribunal Federal apreciar a arguição de inconstitucionalidade, não obstante o pronunciamento do Procurador-Geral da República pela improcedência do pedido. A Excelsa Corte, por maioria, afirmou, inicialmente, orientação no sentido afirmativo, entendendo bastante o encaminhamento do pedido pelo órgão constitucionalmente legitimado.

“Assentou-se, igualmente, que o fundamento da inconstitucionalidade, atribuído pelo Procurador-Geral da República, não se afigurava relevante para a resolução do Tribunal. ‘O que importa – dizia o *Ministro Hahnemann Guimarães* – é que seja apresentado ao Tribunal fato que possa caracterizar a arguição de inconstitucionalidade’, não sendo necessário que ‘o Sr. Dr. Procurador-Geral da República haja dado uma classificação à arguida inconstitucionalidade’.

“No tocante à possibilidade de desistência, o Tribunal considerou-a, inicialmente, incabível. Na Rp. 466, colocou-se novamente a indagação, tendo o relator, Ministro Ari Franco, asseverado que ‘ao Ministério Público não é lícito, em regra, a desistência do que pleiteia’. Esse entendimento foi incorporado ao Regimento Interno do Supremo Tribunal, que consagra, desde 1970, vedação expressa à desistência da representação.”⁹⁵

A ação direta de inconstitucionalidade funciona como controle abstrato de normas que se destina a defender a Constituição Brasileira de 1988. **MOREIRA ALVES** *apud* **MENDES**, assim se manifestou:

“A meu ver, a ação direta de declaração de inconstitucionalidade é um meio de controle político da Constituição, que é deferido, em caráter excepcionalíssimo, a esta Suprema Corte.

“O eminente Procurador-Geral da República é o titular dessa representação, apenas para o efeito de provocar, ou não, o Tribunal, porque ele, como órgão político – já que se trata de ação de natureza política pois o que se decide são os limites da atuação de dois Poderes conjugados ao elaborar uma lei -, pode encaminhar, ou não, o pedido. Mas, uma vez encaminhado, nem mesmo ele pode mais retirá-lo. E mais. Ainda que seja contrário ao próprio pedido que encaminha, o Regimento só lhe defere a possibilidade de dar parecer contrário.

“Essas peculiaridades e o fato de que o próprio Supremo pode dispensar as informações do Congresso ou da Assembléia estão a demonstrar, a meu ver, o caráter excepcional dessa ação.

⁹⁵ MENDES, G. F. *Moreira Alves e o Controle de Constitucionalidade no Brasil*. Op. cit., p. 18-19.

“E por ser ela instrumento de controle político da constitucionalidade da lei em tese, e não estritamente meio de prestação jurisdicional, não se me afigura possível sujeitá-la à ação rescisória prevista no Código de Processo Civil.”⁹⁶

A questão da inconstitucionalidade pode ser examinada também em um processo comum, num caso concreto (controle difuso), oportunidade então que, reconhecida a inconstitucionalidade, a eficácia *erga omnes* somente ocorrerá após o pronunciamento do Senado Federal, o qual suspende a execução da lei ou ato declarado inconstitucional.

Assim, são duas as possibilidades de declaração de inconstitucionalidade, por via da ação direta (controle concentrado, examina a lei *in abstracto*) e através de processo comum (controle difuso, examina a norma *in concreto*). A primeira tem eficácia *erga omnes* tão logo reconhecida a inconstitucionalidade, entretanto, a segunda somente passa a ter tal eficácia após o pronunciamento do Senado Federal.

Sobre a ação direta de inconstitucionalidade **CLEMERSON CLÈVE** *apud* **FERRARI** afirmou que:

“Não se trata, pois, de mera representação, embora as Constituições anteriores, inclusive a Emenda 16/65, tivessem utilizado essa expressão... Trata-se, porém, de ação que inaugura um ‘processo objetivo’. Cuida-se de um ‘processo’, que constitui, como outro qualquer, instrumento da jurisdição (no caso constitucional concentrada); através dele será solucionada uma questão constitucional. Não pode ser tomado, todavia, como meio para a composição da lide. É que, sendo ‘objetivo’, inexistente lide no processo inaugurado pela ação direta genérica de inconstitucionalidade. Não há, afinal, pretensão resistida. A idéia de Carnelutti, segundo a qual o processo é contingente de que a lide é conteúdo, não se aplica ao processo através do qual atua a jurisdição constitucional concentrada. Em vista disso, os legitimados ativos da ação direta não buscam, com a provocação do órgão exercente da jurisdição constitucional concentrada, a tutela de um direito subjetivo, mas sim a defesa da ordem

⁹⁶ MENDES. G. F. *Moreira Alves e o Controle de Constitucionalidade no Brasil*. Op. cit., p. 25-26.

constitucional objetiva (interesse genérico de toda a coletividade).

“A finalidade da ação direta de inconstitucionalidade não é a defesa de um direito subjetivo, ou seja, de um interesse juridicamente protegido lesado ou na iminência de sê-lo. Ao contrário, a ação direta de inconstitucionalidade presta-se para a defesa da Constituição. A coerência da ordem constitucional, e não a defesa de situações subjetivas, consubstancia a finalidade da apontada ação. Por isso consiste em instrumento da fiscalização abstrata de normas, inaugurando ‘processo objetivo’ de defesa da Constituição.”⁹⁷

Os legitimados para propor a ação direta de inconstitucionalidade dividem-se em duas classes na definição de **FERRARI**:

“(...) partindo das posições assumidas pelo Supremo Tribunal Federal, pode-se identificar duas classes de legitimados: aqueles que, em virtude de suas atribuições institucionais, têm interesse em preservar a supremacia constitucional e, portanto, não necessitam demonstrar um interesse específico, 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 os partidos políticos com representação no Congresso Nacional, e aqueles que, não tendo tal interesse como atribuição institucional, devem indicar a relação de pertinência entre o ato impugnado e as funções exercitadas pelo órgão ou entidade, isto é, a adequação entre o objeto da ação e a atividade da entidade de classe ou confederação sindical.”⁹⁸

A decisão proferida em ação direta de inconstitucionalidade a exemplo do que ocorre na declaratória de constitucionalidade, tem efeito *erga omnes* e vinculante. Nesse sentido:

“(...) dizer que a decisão tem efeitos *erga omnes* significa que seus efeitos aproveitam a todos, se fazem sentir em face de todos, e que sua eficácia se exaure na declaração de que o ato normativo é inconstitucional ou constitucional, o que implica a possibilidade de o Poder Judiciário, por suas instâncias inferiores, poder continuar julgar em contrário,

⁹⁷ FERRARI, R. M. M. N. Op. cit., p. 165-166.

⁹⁸ FERRARI, R. M. M. N. Op. cit., p. 169.

hipótese em que, às partes prejudicadas nos casos concretos, só resta, em recurso extraordinário, ver respeitada pelo Supremo Tribunal Federal, sua decisão na ação direta de inconstitucionalidade sobre o ato normativo que dele foi objeto. Porém, quando se fala que as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo, admite-se um *plus* em relação aos efeitos *erga omnes* acima referidos, o que decorre de seu efeito vinculante, de tal modo que, `se os demais órgãos do Judiciário, nos casos concretos sob seu julgamento, não respeitarem a decisão prolatada nessa ação, a parte prejudicada pode valer-se do instituto da reclamação para o Supremo Tribunal Federal, a fim de que este garanta a autoridade dessa decisão”⁹⁹.

Em se tratando de ação direta de inconstitucionalidade, o descumprimento da decisão prolatada pelo Supremo Tribunal Federal poderá ensejar recurso extraordinário - meio correto de atacar seu descumprimento – em vez da reclamação prevista para as ações declaratórias de constitucionalidade.

Tanto a ação declaratória de constitucionalidade quanto a ação direta de inconstitucionalidade possuem eficácia *erga omnes* e efeito vinculante (os demais poderes devem observar o decidido) por força no disposto nas Leis 9.868/99 e 9.882/99.

O efeito vinculante, antes das leis supramencionadas, era previsto apenas para a ação declaratória de constitucionalidade. Com o advento das leis acima, foi estendido para a ação direta de inconstitucionalidade e para a ação de descumprimento de preceito fundamental. Saliente-se que, se o objetivo dessas ações é controlar a constitucionalidade da lei *in abstracto* (controle concentrado), a decisão proferida não poderá ser contrariada por outro Tribunal, pois, se ocorresse, estar-se-ia diante do paradoxo, prejudicando a todos que poderiam ser beneficiados com a decisão.

⁹⁹ FERRARI, R.M. M. N. Op. cit., p.178.

Acaso, entretanto, ocorra de a decisão na ação declaratória de constitucionalidade ou na direta de inconstitucionalidade importar em violação ao caso concreto, perfeitamente possível será a instauração do contencioso, operando-se então o controle difuso da constitucionalidade. Nesse sentido, **MOREIRA ALVES** *apud* **FERRARI**:

“(...) `A questão da repercussão jurídica das conseqüências decorrentes da aplicação da lei inquinada de inconstitucional mostra-se irrelevante em face da natureza da mesa do processo de fiscalização normativa abstrata, que, por fazer instaurar relações eminentemente objetivas, desconsidera, por isso mesmo, as situações concretas e indivíduos eventualmente emergentes do ato normativo questionado objeto de revogação superveniente’. E mais: `A discussão sobre os efeitos remanescentes verificados *in concreto*, sob a égide da espécie normativa impugnada, deve efetivar-se no âmbito dos processo de índole subjetiva... a questão referente à validade das relações jurídicas que se estabeleceram à luz do ato normativo argüido de inconstitucional há de ser analisada e resolvida mediante a instauração do controle difuso de constitucionalidade, acessível a qualquer pessoa que disponha de interesse e legitimidade.”¹⁰⁰ :

A improcedência da ação declaratória de constitucionalidade, acarreta o efeito inverso, qual seja, o reconhecimento da inconstitucionalidade.

Quanto aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade a doutrina se divide entre posições que defendem que os efeitos da lei declarada inconstitucional são *ex tunc* (retroativos) e aqueles que afirmam que os efeitos são *ex nunc* (atingem apenas os atos futuros). A Lei 9.868¹⁰¹, de 10 de novembro de 1999, pôs fim a essa discussão ao dispor que a Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade será concedida com efeito *ex nunc*, salvo se o Tribunal conceder-lhe eficácia retroativa.

¹⁰⁰ FERRARI, R. M. M.N. Op. cit., p.183.184

¹⁰¹ verificar a íntegra da Lei no Anexo

A declaração de inconstitucionalidade permite que o julgador deixe de aplicar a lei inconstitucional, mesmo que o Senado não tenha afastado sua executoriedade.

Declarada a inconstitucionalidade da norma, esta possui efeito vinculante, entretanto, no exame do caso concreto, o julgador poderá decidir se os efeitos são retroativos ou não; entretanto, não poderá deixar de observar a inconstitucionalidade decretada quando se tratar de declaração de inconstitucionalidade da lei *in abstracto*, feita pelo STF.

O julgador poderá, examinando o caso concreto, decidir se os efeitos são retroativos ou não, pois, a partir do caso concreto, as condições de avaliar os benefícios e os prejuízos que a aplicação de lei inconstitucional trará ou não são muito mais claras. Não há como defender vinculação absoluta e retroativa de declaração de inconstitucionalidade quando se examinar o caso concreto, sendo que a vinculação tem validade e vigência para as decisões e exame da norma *in abstracto*.

3.7 Outros Meios de Controle de Constitucionalidade

Além da ação declaratória de constitucionalidade e da ação direta de inconstitucionalidade, a Constituição Brasileira de 1988 possibilita que o controle da constitucionalidade previsto no artigo 97, 102, inciso III, letras *a*, *b*, e *c*, e artigo 105, inciso II, letras *a*, *b* e *c*, ou seja, através do artigo 97, os tribunais pela maioria de seus membros ou dos membros do órgão especial podem declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público; o artigo 102, inciso III, permite que o Supremo Tribunal Federal julgue, em sede dos recursos extraordinários, as causas que contrariarem dispositivo da Constituição, a causa que declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, e a que julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição. Também o artigo 105, inciso II, permite que o Superior Tribunal de Justiça julgue, em recurso ordinário, *habeas corpus* decididos em única ou última instância pelos Tribunais Regionais

Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a ordem for denegada; bem como julgue os mandados de segurança decididos em única instância pelos Tribunais Regionais Federais, pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão for denegada. Este é o chamado controle difuso de constitucionalidade, que possibilita que outros órgãos examinem a questão da constitucionalidade ou inconstitucionalidade das leis, a partir do exame de um caso concreto.

O controle concentrado de constitucionalidade é exercitado perante Supremo Tribunal Federal por pessoas específicas nominadas na Constituição Brasileira de 1988, e tem como objetivo examinar a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma ou ato normativo *in abstracto*.

O controle difuso examina a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma *in concreto* e pode ser exercitado pela parte envolvida no litígio ou de ofício.

Além do controle difuso exercitado perante o Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça e Tribunais Estaduais, e do controle concentrado exercitado perante o Supremo Tribunal Federal exclusivamente, a Constituição Brasileira de 1988 previu também o mandado de injunção, a representação interventiva, a arguição de descumprimento de preceito fundamental, a declaração de inconstitucionalidade por omissão; a representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição estadual, os quais podem ser feitos incidentalmente no processo que examina um caso concreto.

O controle difuso também é conhecido como incidental, porque, segundo RAMOS “(...) consiste na possibilidade de se efetuar o controle de

onstitucionalidade das leis diante de um caso concreto, ou seja, diante de um processo instaurado em virtude de um conflito de interesses”.¹⁰²

O controle incidental ou difuso de constitucionalidade segundo **RAMOS**:

“(…)pode ser efetuado por qualquer juiz ou tribunal, tendo-se em vista um caso concreto, um processo submetido a seu julgamento, daí seu caráter difuso, qual seja, o de todo e qualquer juiz ou tribunal ter a possibilidade de efetuar o controle de constitucionalidade diante de um caso concreto”.¹⁰³

Entre outros meios de controle de constitucionalidade previu o legislador constituinte a ação de inconstitucionalidade por omissão, com o objetivo de compelir o legislador a suprir eventuais lacunas e omissões que impeçam a plena fruição de direitos assegurados constitucionalmente. Antevendo o constituinte que poderia o legislador olvidar sua tarefa de regulamentar direitos constitucionais que dependam de regulamentação, previu o legislador constituinte tal ação visando determinar ao legislador que realize sua tarefa – legislar - concretizando assim os direitos assegurados constitucionalmente. Entretanto, esse tipo de ação declara a omissão, mas não possui o poder de compelir, de obrigar o legislador a cumprir sua tarefa e sanar a omissão.

Por esta razão, a de inconstitucionalidade por omissão não se mostrou eficiente em sua tarefa de compelir o legislador à sua tarefa, uma vez que, quando o omissor é o Poder Legislativo, o Supremo Tribunal Federal não possui mecanismos para obrigá-lo a editar a lei, limitando-se ao reconhecimento da omissão, ficando a critério do legislador editar a norma ou não.

Entretanto, quando se tratar de omissão por parte de órgão da administração pública que deixa de concretizar direito assegurado

¹⁰² RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. *O Controle Concentrado de Constitucionalidade das Leis no Brasil: filosofia e dimensões jurídico-políticas*. São Paulo: Celso Bastos, 2000. p.85.

¹⁰³ RAMOS, P. R. B. Op. cit., p. 85.

constitucionalmente, possui o Supremo Tribunal Federal mecanismos para compelir a administração pública a concretizar o direito, suprindo a omissão.

A ação interventiva também é um meio de controle difuso de constitucionalidade. Através dessa ação, a União poderá intervir no caso concreto para preservar direitos assegurados constitucionalmente, quando sua intervenção for necessária para manter a integridade nacional; repelir invasão estrangeira ou de uma unidade da Federação em outra; pôr termo a grave comprometimento da ordem pública; garantir o livre exercício de qualquer dos Poderes nas unidades da Federação, entre outros, prevista a possibilidade de intervenção no artigo 34 da Constituição Brasileira de 1988.

Tem-se ainda a ação para arguição de descumprimento de preceito fundamental decorrente da Constituição Brasileira de 1988, que possibilita a incorporação ao ordenamento jurídico brasileiro de “direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição, ou pelos tratados internacionais dos quais o Brasil seja ratificado”¹⁰⁴. Assim, acaso o Brasil venha integrar algum tratado que tenha por objetivo garantir ou assegurar direito fundamental e tal direito vier a ser violado pelo legislador ou pelo aplicador do direito, a parte lesada poderá aduzir ação de descumprimento do preceito violado, forçando um e outro à sua observância. A Lei 9.882, de 03 de dezembro de 1999 dispõe também sobre o processo de julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental¹⁰⁵.

Outro meio de controle de constitucionalidade difuso é o mandado de injunção. O mandado de injunção possibilita que, na falta de norma regulamentadora, por omissão parcial ou total do legislativo, o indivíduo possa usufruir de um direito assegurado constitucionalmente, mas que depende de regulamentação por edição de norma infraconstitucional. O Supremo Tribunal Federal tem posição conservadora acerca do mandado de injunção, aduzindo que tal

¹⁰⁴ RAMOS, P. R. B. Op. cit., p. 93.

¹⁰⁵ Íntegra da lei ver Anexo.

ação não tem caráter mandamental mas apenas determina a edição da lei, aduz que não pode substituir-se ao legislador e deferir o direito que depende de norma regulamentadora.

Provavelmente essa postura decorre do conservadorismo dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, ligados ao exagerado formalismo, uma vez que, assegurado pela Constituição Brasileira de 1988 determinado direito, não poderá o indivíduo ser sacrificado com o afastamento do direito pela inércia do legislador. Se a norma constitucional prevê e os demais órgãos não possuem meios de compelir o Legislativo a realizar sua função, poderá o Judiciário deferir o direito, pois não estará usurpando a função do legislativo, uma vez que o direito que se busca está previsto na Constituição Brasileira de 1988, apenas esperando a regulamentação.

No mesmo sentido, a Lei 9.882, de 03 de dezembro de 1999, ao tratar da ação de descumprimento de preceito fundamental, dispôs no artigo 10, § 3º, dispôs que a decisão prolatada nessas ações terá eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Público.

Nesse quadro, a questão sobre o efeito vinculante apenas para ações declaratórias de constitucionalidade resta solvida, eis que, por força dos dispositivos de leis acima, o efeito vinculante compreende tanto a ação direta de inconstitucionalidade quanto a ação declaratória de constitucionalidade e a ação de arguição de preceito fundamental.

CAPÍTULO 4

AS DECISÕES JUDICIAIS COM EFEITO VINCULANTE

4.1 A *common law* e o *stare decisis*.

Após o exame dos direitos fundamentais e das garantias constitucionais inseridas na Constituição Brasileira de 1988 que asseguram ao indivíduo, entre outros, o acesso ao judiciário, o devido processo e o contraditório e a ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes, e, após o exame acerca da prestação jurisdicional bem como do efeito vinculante previsto para decisões do Supremo Tribunal Federal em ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade e ação de descumprimento de preceito fundamental, tratar-se-á agora sobre a possibilidade de o efeito vinculante alcançar as demais decisões judiciais que não apenas nos casos acima especificados.

Quando falamos em efeito vinculante, temos que considerá-lo como uma decisão lançada por um Tribunal Superior que vincula as instâncias inferiores à sua observância. É uma norma.

Nos países de que adotam o sistema da *common law* o efeito vinculante ocorre através da adoção do precedente. **NELSON DE SOUZA SAMPAIO** *apud* **SOUZA** assim definiu o valor do precedente:

“Um primeiro julgado assemelha-se à trilha aberta em selva inexplorada. É a única clareira que convida à passagem. Se os que por ela seguirem chegarem à meta procurada, o caminho tornar-se-á freqüentado e converter-se-á, com o tempo, em segura estrada real. Sob o ponto de vista ético, o próprio ideal de ‘justiça igual para todos’ inclinaria o julgador a seguir o precedente”.¹⁰⁶

Sobre a *common law* SOARES fez as seguintes considerações:

“A primeira acepção de *Common Law*, é de “direito comum, ou seja, aquele nascido das sentenças judiciais dos Tribunais de Westminster, cortes essas constituídas pelo Rei e a ele subordinadas diretamente, e que acabaria por suplantar os direitos costumeiros e particulares de cada tribo dos primitivos povos da Inglaterra (este, portanto, antes da conquista normanda de 1066, denominado direito anglo-saxônico), enquanto oposta a *Equity*, direito aplicado pelos Tribunais do Chanceler do Rei, originado de uma necessidade de temperar o rigor daquele sistema e de atender a questões de equidade”.¹⁰⁷

Os países da *common law* utilizam-se do *stare decisis* (precedente com efeito vinculante). Tais países privilegiam a jurisprudência, as decisões tomadas pela Suprema Corte, as quais passam a vincular as demais decisões, através do precedente. O precedente é uma decisão da Suprema Corte que vincula a decisão dos demais Tribunais.

O Brasil filia-se à corrente romanista (*civil law*), muito embora tenha adotado o precedente com efeito vinculante (*stare decisis*) - característica da *common law* - para as decisões em ação declaratória de constitucionalidade, ação direta de inconstitucionalidade e ação de descumprimento de preceito fundamental. Tal situação causa uma certa confusão jurídica, haja vista que não são para todas as decisões da Suprema Corte que se atribui efeito vinculante,

¹⁰⁶ SOUZA, Carlos Aureliano Motta. *O Papel Constitucional do STF: uma nova aproximação sobre o efeito vinculante*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p 98.

¹⁰⁷ SOARES, Guido Fernando Silva. *Common Law: introdução ao direito dos EUA*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p.32.

muito embora, através do controle incidental (difuso) haja uma tendência de estender sua adoção para todas as decisões judiciais. No sistema romanista, a fonte do direito é a lei. No sistema da *common law*, a fonte do direito é a jurisprudência. A adoção do precedente, sem filiar-se à doutrina do *stare decisis* (efeito vinculante) no controle de constitucionalidade difuso, não empresta às decisões a necessária segurança jurídica, haja vista que, sem o efeito vinculante, permite que sua adoção fique ao alvedrio do julgador.

CAPELLETTI *apud* SOUZA, traz luzes para aclarar essa questão:

“CAPELLETTI percebeu, e registrou com aguda perspicácia, os inconvenientes na concretização do método *difuso* de controle, por um ordenamento jurídico que não acolhe o princípio do *stare decisis*. E exemplificava:

‘São os (inconvenientes) que derivam da necessidade de que, mesmo depois de uma primeira não aplicação ou de uma séria de não aplicações de uma determinada lei por parte das Cortes, qualquer sujeito interessado na não aplicação da mesma lei proponha, por sua vez, um novo caso em juízo.’

“Em seguida, apresentava uma das possíveis soluções para minimizar tais dificuldades:

‘Tão graves inconvenientes práticos, com sérias consequências de conflito e de incerteza, poderiam ser evitados [...] atribuindo-se ao órgão supremo da justiça ordinária um poder de decisão que é susceptível de se estender, também, além do caso concreto e de anular, com eficácia erga omnes, a lei considerada inconstitucional mas se cria, então, um sistema que está, no mínimo, a meio caminho entre o “difuso” e o “concentrado” de controle.’¹⁰⁸

A solução seria então atribuir o efeito vinculante para as decisões prolatadas nos casos concretos, em que a Suprema Corte tivesse sobre eles se manifestado. O efeito vinculante abarcaria também o controle difuso de constitucionalidade.

¹⁰⁸ SOUZA, C. A. M. Op. cit., p. 55-56.

4.2 O precedente

Não há como falar-se em efeito vinculante (termo utilizado no Brasil) sem falar-se em precedente. O precedente é a decisão prolatada pela Suprema Corte que, por força da doutrina do *stare decisis*, passa a ser norma, impondo sua obrigatoriedade e observância para todos. Nos Estados Unidos, as decisões prolatadas pela Suprema Corte devem ser observadas e cumpridas pelas instâncias inferiores, não podendo sofrer modificações em sua essência. Entretanto, para que se entenda a força vinculante dessas decisões, é imperioso o exame do precedente, eis que é com base neste que os tribunais inferiores decidirão. Outros países, como a França, muito embora adotem o precedente, não atribuem a este a vinculação que lhe é dada nos Estados Unidos.

Sobre a doutrina do *stare decisis* **BENJAMIN CARDOZO** *apud* **SOUZA** diz que sua adoção não passa de “um processo de pesquisa, comparação e pouco mais”¹⁰⁹. Nesse sentido, **CARDOSO** *apud* **SOARES** afirma:

“Alguns juízes raramente vão além dele [do precedente], seja qual for o caso. Sua noção limita-se à idéia de casar as cores do caso concreto, que tem em mãos, com as cores de muitos modelos de casos, espalhados sobre a sua mesa de trabalho. Aquele que mais se aproxima do seu, nos meios tons, fornece a norma aplicável”.¹¹⁰

O precedente é composto de duas partes, a parte fulcral e fundamental, que é o ponto relevante da decisão (chamados de *ratio decidendi*), e os pontos periféricos, os quais têm como objetivo conformar a decisão, alinhando o raciocínio do juiz. Os pontos periféricos da decisão recebem o nome de *obter dicta*. Por essa razão, nos países da *common law* que se filiam ao efeito vinculante (*stare decisis*), o juiz possui grande dificuldade em constatar qual o argumento do precedente corresponde a *ratio decidendi* e qual corresponde a *obter dicta*.

Segundo **SOUZA**:

¹⁰⁹ SOUZA, C. A. M. Op. cit., p. 99.

¹¹⁰ SOUZA, C. A. M. Op. cit., p. 99.

“De acordo com a regra adotada pelo *common law*, somente a parte central da sentença constitui-se em precedente, ou seja, somente o princípio legal indispensável e absolutamente necessário para decidir a questão no caso *sub examen* é que tem força vinculante, e deve ser aplicada em um caso subsequente que contenha a correlação de identidade com o que lhe serviu de precedente. Tudo o mais que constar no corpo da sentença é considerado *dicta* e não vincula nenhum órgão judicial, embora possa ter uma força persuasiva. Cumpre notar, todavia, que um determinado princípio, que se constitui em um *dictum* para uma dada questão, poderá ser o núcleo de decisão de um outro caso e, portanto, constitui-se em precedente para outros casos semelhantes”.¹¹¹

Questão que merece atenção é o fato de que o efeito vinculante representaria a segurança jurídica, acaso adotado para todas as decisões judiciais, enquanto que a não vinculação poderia representar a renovação do direito, através de novas decisões, novos pontos de vista.

Entretanto, não há como negar que muitos benefícios poderia trazer o efeito vinculante acaso fosse estendido para outras ações, além daquelas já previstas em Lei, como por exemplo, as decisões do STF que decretassem a inconstitucionalidade por omissão, deferindo a fruição de determinado direito fundamental pelos indivíduos independente da regulamentação. Muito embora não seja possível o efeito vinculante para todas as decisões judiciais indistintamente, seria de se cogitar a possibilidade de estendê-lo para aquelas matérias sobre as quais o STF já firmou e reafirmou sua posição, desde que não seja posição contrária aos dispositivos constitucionais. Além do mais, se evitaria a disparidade de decisões para casos semelhantes, amainando o sentimento de injustiça.

Além do mais, o precedente admite recusa, desde que através de decisão fundamentada, permitindo então que o julgador prolate decisão de acordo com sua convicção.

¹¹¹ SOUZA, C. A. M. Op. cit., p. 101.

Sobre a força vinculativa do precedente, vale lembrar a lição de **SOUZA**:

“A idéia de que a teoria do *stare decisis* é de tal forma rígida, leva à crença de que a aplicação do precedente é compulsório, no estrito sentido do termo. Entretanto, aplica-se menos o precedente, nos países de *common law* do que se imagina. Segundo PETER J. MESSITE, podem ser identificadas duas doutrinas para o precedente. Uma, chamada de *teoria estrita do precedente*, empregada na Grã-Bretanha, pela qual a vinculação é rígida, só não sendo aplicada se for demonstrada que, na situação de fato subsequente, a lógica da decisão anterior não se aplica. Ao contrário, pela *teoria liberal*, ou regra americana, a aplicação da doutrina do *stare decisis* é mais refinada, obedecendo uma técnica que, embora encorajando a obediência aos precedentes, admite, com mais freqüência, que instâncias inferiores recusem o precedente, fundamentadamente”.¹¹²

Assim, a adoção do efeito vinculante permite ao julgador a autonomia de examinar entre os casos já decididos (precedente), qual se aplica ao caso concreto em suas mãos, tendo como faculdade recusar a aplicação do precedente, mediante decisão fundamentada, nos países que adotam a teoria liberal. Os defensores do efeito vinculante alegam que sua adoção importaria em: a) igualdade jurídica; b) segurança jurídica; c) economia processual; e d) contribuição da sabedoria, adotando-se a decisão dos mais antigos e mais experientes, ou seja, os julgadores das cortes superiores.

Esses defensores afirmam que o precedente é flexível, o que permite o progresso do direito em vez de sua estagnação. Nesse sentido, **SOUZA** aborda três aspectos que autorizariam a adoção do precedente:

“O primeiro é um tema que foi abordado anteriormente. Trata-se de definir a *ratio* de um precedente, de forma que ele sirva para a questão subsequente. Pela liberdade que tem o juiz de decidir pela aplicabilidade, ou não, de um precedente no caso *sub examen*, em função da *ratio* utilizada no precedente, tem-se

¹¹² SOUZA, C. A. M. Op. cit., p. 103.

que não há uma linha demarcatória rígida para vinculá-lo ao precedente.

“O segundo é a possibilidade de que um determinado precedente não seja aplicado, ao fundamento da dessemelhança dos casos, embora a *ratio* de um possa aproveitar ao outro. É o que se denomina de *distinguish*, na doutrina do *stare decisis*. Essa liberdade que tem o juiz de recusar um precedente, por julgar que não existe semelhança entre os casos, é um forte componente de flexibilização da doutrina do *stare decisis*...

“O terceiro aspecto, no que se refere à flexibilidade da doutrina do *stare decisis*, diz respeito à hipótese da **autoridade do precedente**. EDWARD D. RE é novamente referido. Segundo ele, na aplicação de um precedente o juiz precisa determinar o grau de sua autoridade. É óbvio que derivando as questões suscitadas num processo dos fatos apresentados, a matéria fática trazida aos autos reveste-se da maior importância: *ex facto oritur jus*. Eis porque, nas palavras de RE a autoridade do precedente depende e é limitada aos ‘*fatos e condições particulares do caso*’ que o processo anterior ‘*pretendeu adjudicar*’”.¹¹³

As hipóteses acima informam que não há um rigorismo exacerbado na aplicação do precedente, eis que é facultado o exame de questões que, poderiam, então, dar ao julgador a possibilidade de não aplicá-lo.

4.2 O Efeito Vinculante para as Decisões Judiciais no Brasil.

O efeito vinculante nada mais é do que a obrigatoriedade do tribunal inferior observar o que já fora decidido anteriormente pela Suprema Corte do País, em relação à determinada lei (controle da lei *in abstracto*) ou no caso concreto.

Entretanto, questão que merece atenção diz respeito à adoção do efeito vinculante para todas as decisões do Poder Judiciário. No intuito de melhor

¹¹³ SOUZA, C. A. M. Op. cit., p. 113.

esclarecer o efeito vinculante, **LARENTZ** *apud* **CUNHA**, tratou do efeito vinculante da seguinte forma:

“O juiz está na nossa ordem jurídica vinculado às leis e ao direito constitucional, mas é livre na interpretação da lei e no desenvolvimento do Direito conforme ao seu sentido. Nessa tarefa só tem de seguir a sua própria convicção, formada conscienciosamente. Daí resulta que o que pode ‘vinculá-lo’ não é o precedente enquanto tal, mas sim só a interpretação ou concretização ‘correta’ da norma, que nele porventura se exprimam. Se a interpretação ou concretização da lei contida no precedente é correcta, porém, é ponto que cada juiz há de, em princípio, decidir por si próprio e em cada novo caso, visto que o precedente não lhe pode tirar a responsabilidade pela correcção da sua decisão. O juiz não tem pois apenas o direito, está até obrigado a divergir de um precedente, sempre que chegue à convicção de que ele traduz uma incorrecta interpretação ou desenvolvimento da lei, ou de que a questão, então correctamente resolvida, deve hoje – mercê de uma mudança de significado da norma ou de uma alteração fundamental das circunstâncias relevantes para a sua interpretação – ser resolvida de outro modo”.¹¹⁴

Considerando a exposição acima, o efeito vinculante não obrigaria o julgador a segui-lo acaso entendesse estar desconforme com o caso lhe submetido à apreciação, e, acaso correto, este seria o mesmo entendimento do julgador em relação ao precedente, assim, a adoção do precedente não seria nada mais que a emissão de sua própria opinião e convicção, eis que o que estaria acolhendo não seria o precedente em si e sim a norma aplicada corretamente.

Não se pode negar que o efeito vinculante é parte de nossa realidade jurídica e representa avanços na medida em que decisões que beneficiam a todos passarão a ser vinculativas e evitarão discussões estéreis e o tramitar moroso de processos que poderiam ser resolvidos rapidamente. Entretanto, é preciso cuidado em sua adoção, evitando-se a banalização das matérias e o prejuízo às garantias de acesso à justiça, devido processo legal e contraditório e ampla defesa. Tais garantias devem ser preservadas e observadas sempre pelos julgadores, mesmo com a adoção

¹¹⁴ CUNHA, Sérgio Sérulo. *O Efeito Vinculante e os Poderes do Juiz*. São Paulo: Saraiva, 1999. p/ 134.

do efeito vinculante. O efeito vinculante somente funcionaria como precedente após a matéria ter sido decidida pelo Supremo Tribunal Federal.

Impende asseverar que a decisão com efeito vinculante não poderá ser modificada nem mesmo através de recurso. Assim, em havendo decisão contrária ao direito ou à Constituição, não poderá ser modificada devendo ser observada pelos demais tribunais, gerando o direito injusto e injurídico, razão pela qual deve se ter cautela quando se fala em estender o efeito vinculante para todas as decisões judiciais.

Antes mesmo de as Leis 9.868/99 e 9.882/99 instituírem o efeito vinculante modo expreso era situação já constatada no controle difuso de constitucionalidade, mormente quando os tribunais estaduais passaram a utilizar-se das súmulas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, para obstaculizar a admissão dos Recursos Especiais e Extraordinários e impedir sua remessa àqueles tribunais.

As súmulas que impedem a remessa dos recursos ao STF e STJ, quando na verdade deveriam servir como orientadoras das tendências dos tribunais. Da maneira como vêm sendo aplicadas estão servindo como obstaculizadora da prestação jurisdicional, impedindo aos indivíduos o duplo grau de jurisdição. Deveriam, em se tratando de Recurso Especial e Extraordinária, servir como orientadoras do processamento dos recursos e não decisão prévia sobre a matéria nele abordada.

Outra questão de efeito vinculante no controle difuso está previsto na Lei 9.756/98¹¹⁵, a qual alterou o Código de Processo Civil na matéria referente aos recursos, permitindo que o relator negue liminarmente seguimento a recurso contrário à jurisprudência dominante ou súmula do tribunal recorrido, permitindo também o provimento liminar do recurso quando o acórdão recorrido for

¹¹⁵ Lei nº 9.756, de 17 de dezembro de 1998 (DOU 18.12.1998, ret. DOU 05.01.1999). Dispõe sobre o processamento de recursos no âmbito dos tribunais. Integra da lei ver Anexo.

contrário à jurisprudência dominante ou à súmula do tribunal recorrido. Ora, nesse aspecto pode-se afirmar que o disposto na lei é contrário à Constituição Brasileira de 1988, uma vez que o artigo 105, inciso III, alínea “c” permite a interposição do Recurso Especial em caso de divergência jurisprudencial com outro Tribunal.

Assim, estendido o efeito vinculante indistintamente para todas as matérias, os recursos especiais pela alínea “c” ficaram prejudicados. Por essa razão é que se argumenta que o efeito vinculante somente poderia ser utilizado como precedente se o STF já tivesse pacificado a questão, caso contrário perfeitamente possível o exame do recurso pela divergência jurisprudencial. Na verdade, o disposto na Lei 9.756/98 fere o disposto no artigo 105, inciso III, alínea “c” da Constituição Brasileira de 1988.

4.3 As Súmulas no Direito Brasileiro

A discussão sobre a adoção do efeito vinculante em nosso ordenamento jurídico não é atual e se estende ao longo dos anos, tanto que para casos determinados, conforme já asseverado, a vinculação se tornou obrigatória. Resta então examinar a adoção do efeito vinculante para as demais decisões do judiciário, as conseqüências e efeitos que trariam.

Não há como negar que a morosidade na prolação das decisões judiciais tem provocado prestação jurisdicional tardia, gerando insatisfação para aqueles que batem às portas do Poder Judiciário. Entretanto, deve-se atentar para o fato de que não é o efeito vinculante a solução para todos os males que afetam o Poder Judiciário.

É necessário que o Poder Judiciário esteja aparelhado de modo adequado a dar uma prestação jurisdicional célere, através de máquinas, computadores, estenógrafos, enfim, todos os aparelhos mecânicos que impõem uma maior celeridade no trabalho realizado diariamente dentro dos Tribunais. As questões

relativas aos servidores também são importantes. Inegável é a falta de servidores para auxiliar na prestação jurisdicional dispostos a efetivamente contribuir para a prestação jurisdicional, deixando de lado o ranço do funcionário público – aquele que atende com má-vontade -, que não atenta para as urgências do processo e gosta de acumular pilhas de processo para cumprimento em vez de realizar seu trabalho sem deixar para mais tarde.

Também com relação aos juízes das instâncias inferiores se faz necessário um maior número para que atendam com rapidez e celeridade as demandas, prolatando as decisões no menor espaço de tempo de modo fundamentado que desencoraje as medidas protelatórias utilizadas por muitos advogados. Além do mais, quando mais atentarem e preservarem os direitos constitucionais, menos ensejarão o manejo de recursos.

Há de se considerar, também, que a Constituição Brasileira de 1988 contemplou inúmeros direitos e matérias preservando direitos individuais e coletivos, como, por exemplo, os do consumidor, o que representou uma enxurrada de demandas nessa área, móbil também do excesso de demanda que se vê nos tribunais. Por isso, o melhor reaparelhamento do Poder Judiciário contribuirá para que as demandas sejam decididas em curto espaço de tempo, mas é necessária uma mudança de consciência por todos os envolvidos na lida judiciária.

O atravancamento do Poder Judiciário também está intimamente ligada à situação do país. Uma preocupação maior do Estado com saúde, educação, previdência, segurança e uma concreta realização e concretização dos direitos fundamentais, principalmente nessas áreas, contribuiria para o escasseamento de demandas dessa natureza. Quanto mais o Estado contribuir para concretizar os direitos fundamentais, além da contribuição inegável para os indivíduos, contribuirá também, para o desatravancamento dos tribunais.

Os defensores da adoção do efeito vinculante empunham a bandeira da celeridade na prestação jurisdicional, igualdade, segurança jurídica,

alegando que o efeito vinculante permitirá decisões mais céleres e que casos semelhantes não venham a ser tratados de forma desigual, com decisões distintas.

É de se observar, porém, que, muito embora seja possível estender-se o efeito vinculante para o caso concreto, não será todo e qualquer tipo de ação que comportará esse efeito. Deverá haver um estudo sobre quais as matérias que poderiam ser objeto de decisões judiciais com efeito vinculante, tais como: constitucional, tributária, previdenciária, comercial, direitos do consumidor, sem que isto venha a impedir ao indivíduo o acesso ao poder judiciário. O efeito vinculante em determinadas matérias protegeria o indivíduo, assegurando-lhe que não terá decisão diferente daquela já prolatada, preservando assim a segurança jurídica. Só poderia ser vinculativa a matéria sobre a qual o STF já tivesse posição pacificada.

É o efeito vinculante benéfico para a prestação jurisdicional, conforme os motivos já elencados, muito embora não seja possível estendê-lo para todas as decisões judiciais indiscriminadamente. O julgador deverá atentar para não aplicar como precedente decisão que viola ou suprime os direitos e garantias fundamentais inseridos constitucionalmente, sendo que a possibilidade de o julgador recursar o precedente que viola os direitos e garantias fundamentais ou é contrário à Constituição Brasileira de 1988 deve ser perfeitamente possível e admissível.

Também, tem-se que considerar que os tribunais não estão subordinados uns aos outros; entretanto, o efeito vinculante obrigaria os tribunais inferiores a decidirem de acordo com a decisão prolatada pela STF e STJ, extinguindo a independência entre eles.

Na adoção do precedente, cuidado que se deve ter é com a não reprodução de decisões contrárias à Constituição Brasileira de 1988 e que violem os direitos e garantias fundamentais, uma vez que a função do Poder Judiciário é justamente resguardá-los e restabelecê-los. Inegável é que a tendência dos tribunais é ampliar o raio de extensão do efeito vinculante, o que vem sendo feito através das súmulas.

ALCIDES DE MENDONÇA *apud* **MUSCARI** conceitua súmula como sendo:

“(...) o resultado do julgamento tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o tribunal, condensado em enunciado que constituirá precedente na uniformização da jurisprudência do próprio órgão.”¹¹⁶

O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal dispõe que o relator poderá negar seguimento ao recurso que contrariar a jurisprudência predominante do Tribunal sobre aquele assunto. Do mesmo modo, o Superior Tribunal de Justiça dispõe que o relator pode negar seguimento a recurso que contrariar súmula do tribunal. Em ambos os pretórios, verifica-se a adoção de súmulas com efeito vinculante. A súmula passa a ser o precedente, ou seja, norma.

Em 1998, com o advento da Lei 9.576, houve a alteração de dispositivos do Código de Processo Civil que permitiu: a) o relator pode decidir de plano conflito de competência, no caso de existir jurisprudência dominante do tribunal sobre a questão suscitada; b) o relator pode conhecer do agravo para dar provimento ao recurso especial, se o acórdão recorrido for contrário à súmula ou à jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça; c) o relator pode negar seguimento a recurso que estiver em confronto com súmula ou jurisprudência do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou de qualquer tribunal superior; d) o relator poderá dar provimento a recurso se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do STF ou de tribunal superior.

A Lei 9.756/98 institui o efeito vinculante para os casos *in concreto*, ou seja, àqueles em que parte aduz sua inconformidade através recurso (duplo grau de jurisdição).

¹¹⁶ MUSCARI, Marco Antonio Botto. *Súmula Vinculante*. São Paulo: Juarez Oliveira, 1999. p. 35.

Quanto a essa lei, cumpre ressaltar que obstaculiza o Recurso Especial, uma vez que uma das hipóteses de sua permissão é que outro tribunal tenha dado entendimento diverso daquele que prolatou a decisão recorrida. Ora, se o recurso é interposto com base neste fundamento (divergência jurisprudencial) e o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de acordo com aquele prolatado pela decisão recorrida, de nada adiantará trazer à colação posição contrária que não será aceita. Nesse caso, o recurso especial não passaria de direito morto assegurado na Constituição Brasileira de 1988.

Melhor examinando os dispositivos da Lei 9.756/98, poder-se-ia dizer que os mesmos são inconstitucionais, pois contrários ao que dispõe a Constituição Brasileira de 1988, ao assegurar as hipóteses de cabimento de Recurso Especial, dentre elas, a divergência da decisão recorrida com a decisão prolatada por outro tribunal.

Quanto às súmulas, **MUSCARI** divide-as em : a) súmula persuasiva; e, b) súmula obstativa ou impeditiva de recurso. Nesse aspecto cumpre trazer à baila sua conceituação:

“Persuasivas são as súmulas que não têm força obrigatória, nem para o tribunal que as emite, nem para os juízes e cortes inferiores; podem exercer (e freqüentemente) exercem grande influência no espírito de todos os operadores do Direito, mas a sua inobservância não é algo que afronte o ordenamento jurídico.

“São vinculantes as súmulas dotadas de força obrigatória, se não para o órgão jurisdicional que as emitiu (ao qual sempre restaria a possibilidade de alterá-las por maioria simples ou qualificada), ao menos para os juízos monocráticos e colegiados que lhe são inferiores).”¹¹⁷

Ainda, **MUSCARI**¹¹⁸ aduz sobre súmula obstativa ou impeditiva de recurso, a qual visa impedir a interposição ou remessa do recurso

¹¹⁷ MUSCARI, M. A. B. Op. cit., p. 39-40.

¹¹⁸ MUSCARI, M. A. B. Op. cit., p. 40

para o tribunal superior. Sobre assunto já aduzimos a atitude dos Tribunais Estaduais utilizando-se das súmulas para obstaculizar o duplo grau de jurisdição. Esta súmula, todavia, não possui efeito vinculante, entretanto, vem sendo adotada pelos tribunais em larga escala para obstaculizar a remessa dos recursos especial e extraordinário para o juízo *ad quem*.

Segundo MUSCARI:

“A súmula vinculante é mais do que a jurisprudência e menos do que a lei; situa-se a meio-caminho entre uma e outra. Com a jurisprudência guarda similitude pelo fato de provir do Judiciário e de estar sempre relacionada a casos concretos que lhe dão origem, Assemelha-se à lei pelos traços da obrigatoriedade e da destinação geral, a tantos quantos subordinados ao ordenamento jurídico pátrio. É um *tertium genus, portanto*”¹¹⁹

Considerando, pela conceituação acima, que, a súmula não se equipara à lei mas, antes, é um meio termo entre a jurisprudência e aquela, vislumbra-se que não poderá ser vinculativa à medida que for contrária aos dispositivos constitucionais e negar aplicação aos direitos fundamentais. Logo, se utilizada como impeditiva ou obstaculizadora de recurso como negativa de direito assegurado constitucionalmente, não poderá ser cumprida por nenhum julgador ou tribunal, pois não é dado ao aplicador decidir de modo contrário à Constituição Brasileira de 1988, suprimindo ou negando vigência aos seus dispositivos.

4.4 O Efeito Vinculante

No Brasil, há defensores e opositores do efeito vinculante. Entre defensores de renome podem ser citados: ELLEN GRACIE NORTHFLEET, ARNOLDO WALD, IVES GANDRA, SAULO RAMOS. Entre os opositores, podem ser citados: LINS e SILVA, FLÁVIO GOMES, MIRANDA ROSA.

¹¹⁹ MUSCARI, M. A. B. Op. cit., p.53.

Para os opositores, o efeito vinculante representaria a estagnação do direito, eis que as decisões seriam meramente reproduzidas, sem a possibilidade de modificação através de recurso ou de teses novas, eis que a posição da Suprema Corte prevaleceria.

Para seus defensores, representaria além de celeridade processual, segurança jurídica, evitando decisões díspares para casos assemelhados. Entretanto, nem mesmo os defensores ousam afirmar que a vinculação poderia ser total e completa para todas as decisões. **ARNOLDO WALD** e **IVES GANDRA** *apud* **SOUZA** defendem o efeito vinculante em que o julgador teria liberdade para afastá-lo quando lhe fosse trazida tese nova sobre assunto já sumulado:

“Temos para nós que, se o efeito vinculante ficasse à margem de uma nova interpretação, a conseqüência natural seria o não esclerosamento do Direito na medida em que estariam sempre abertas as portas do Judiciário para uma outra vertente hermenêutica da lei. Uma nova interpretação é o que enriquece a prática legal no seu conflito maior: o debate jurídico. [...] Tempera-se, assim, a pura lógica jurídica pela equidade, atendendo às necessidades sociais e às inovações tecnológicas e considerando os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, já consagrados pela Corte Suprema. É, aliás, o que tem acontecido com as súmulas dos tribunais, que sedimentam a jurisprudência sem estancar a evolução do Direito. O Direito continuaria a evoluir de modo construtivo.”¹²⁰

Quanto à discussão de que a vinculação interviria no princípio da independência dos juízes, **NORTHFLEET** *apud* **SOUZA**, se manifestou:

“São ademais infundados os temores de que a adoção do efeito vinculante pudesse coarctar de alguma forma a independência dos juízes, essa garantia constitucional que não se erige em privilégio para uma categoria, mas em garantia para o cidadão.”¹²¹

¹²⁰ SOUZA, C. A. M. Op. cit., p. 127-128.

¹²¹ SOUZA, C. A. M. Op. cit., p. 128.

Muito embora os cuidados que se devam ter com a vinculação; muito embora não seja possível sua adoção de modo completo e para todas as matérias, inegáveis são os benefícios que representarão para aqueles que batem às portas da justiça.

Em sua defesa, **SOUZA** aduziu o seguinte:

“A vinculação não deve ser entendida como um fim em si mesma, mas como um instrumento de otimização da prestação jurisdicional. Ela só poderá ser admitida se, e quando, atingir os fins colimados pelo direito justo: **o bem comum**. Não deve ser usada como uma vergasta contra as partes, ou como uma mordaza para os juízes. Porém, não pode, por outro lado, ser execrada como um mal irreparável.

“Igualmente, não deve ser vista como uma forma de fossilizar o Direito. Ao contrário, deve-se ter em conta que a jurisprudência, na verdade, é dinamizada não pela quantidade de julgados, mas pela qualidade dos julgamentos sobre questões novas. Este deve ser o correto entendimento de como a força obrigatória da súmula deverá operar.

“Há que se liquidar a quantidade, para salvar a qualidade, esta sim, vivificadora do Direito. Sumulada uma tese, sempre deverá haver a possibilidade de se defender a tese contrária, até que esta se torne vencedora. A discussão de teses de Direito é objeto da Ciência do Direito e missão específica da magistratura e dos operadores do direito.

“A vinculação é para os casos em que as ‘cores’ de CARDOZO se casam perfeitamente, em que não há dúvida, liberando juiz para tratar dos casos em que as diferenças de ‘cores’ obriguem-no a usar de seu saber e da sua prudência para dirimir as questões com alto grau de dificuldade.”¹²²

Inegável é que há casos que poderiam comportar a adoção da súmula vinculante, desde que não represente supressão dos direitos fundamentais ou violação constitucional. Dentre esses casos, poderíamos citar aqueles relativos à omissão do legislador ao deixar de regulamentar norma constitucional, quando, então, é reconhecida a omissão e fixado prazo para o legislador suprir a omissão.

¹²² SOUZA, C. A. M. Op. cit., p. 178.

Em não o fazendo no prazo concedido, estará o julgador autorizado a conceder o direito que depende de regulamentação, passando esta decisão a estender-se a casos similares.

Entretanto, tão logo o legislador viesse a complementar ou a editar a lei, a utilização do precedente restaria prejudicada. Registre-se que, nos casos de omissão parcial ou total do legislador, é admissível a utilização de decisão como precedente justamente para evitar que a inoperância do legislador torne o direito assegurado na Constituição Brasileira de 1988 inútil, sem concretude.

Exemplo do efeito vinculante em caso de omissão do legislador poder-se-ia citar a limitação constitucional dos juros, eis que, muito embora realizada a limitação, a falta de regulamentação tem gerado inúmeras discussões e desculpas para a não observância do limite de 12% fixado na norma constitucional. Assim, na falta de regulamentação, a decisão que fixasse o patamar máximo de 12% ao ano para os juros (seja através do controle difuso ou concentrado) se estenderia a todos os demais litígios que abordassem a mesma matéria e postulassem essa mesma fixação.

Saliente-se que a Constituição data de 1988, logo, medeiam mais de 10 anos sem que o legislador efetivasse a regulamentação. Nesse sentido, firmado o entendimento que o limite constitucional não poderá ser superado por lei infraconstitucional sob pena de revestido do manto da inconstitucionalidade, seria possível sumular essa decisão, para que os tribunais passassem a adotar o limite constitucional de juros de 12% ao ano.

Outro exemplo que se pode citar é o caso da cobrança de tributos, na qual a notificação do contribuinte do auto de lançamento é indispensável, muito embora a administração pública, não raras vezes, se olvide-se de tomar essa providência. Nesse sentido, poder-se-ia sumular as decisões judiciais que apontam como requisito para o acionamento judicial à notificação do contribuinte.

4.5 O Substitutivo à Proposta de Emenda à Constituição n. 96, de 1992

Não é novidade a adoção do efeito vinculante, para matéria de ordem constitucional, com tendência a espalhar-se para outras matérias. O Substitutivo à Proposta de Emenda à Constituição n. 96, de 1992, poderá efetivamente tornar concreta essa pretensão, acaso aprovada.

Especificamente quanto ao efeito vinculante, o substitutivo propõe o seguinte:

“Art. 98. O Supremo Tribunal Federal, sem prejuízo do disposto no artigo 107, § 2º, e os Tribunais Superiores, após decisões reiteradas da questão mediante o voto de três quintos dos seus membros, poderá editar súmula com efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário submetidos a sua jurisdição e à administração pública direta e indireta, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como proceder a sua revisão ou cancelamento.

“§ 1º A súmula vinculante terá por objeto a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

“§ 2º A aprovação, alteração ou cancelamento da súmula poderão ocorrer de ofício ou por proposta de qualquer tribunal competente na matéria; pelo Ministério Público da União ou dos Estados; pela União, os Estados ou o Distrito Federal; pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e pela entidade máxima representativa da magistratura nacional, reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal.

“§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula vinculante aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação para o Tribunal que a houver editado, o qual, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

“§ 4º O reiterado descumprimento de súmula com efeito vinculante, ou a desobediência às decisões que tratam o parágrafo anterior e o § 2º do artigo 106, configurará crime de responsabilidade para o agente político e acarretará a perda do cargo para o agente da Administração, sem prejuízo de outras sanções.

“Art. 106.....

“§ 2º As decisões definitivas de mérito do Supremo Tribunal Federal nos casos previstos nas alíneas a e 1 do inciso I, a partir de sua publicação oficial, serão oponíveis a todos e terão efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios.

“Art. 107.....

“§ 5º Suscitada, em determinado processo, questão relevante sobre a constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição, e concorrendo os pressupostos do artigo 98, § 1º, o Supremo Tribunal Federal, a requerimento dos órgãos ou entes referidos no caput deste artigo, poderá processar o incidente e determinar a suspensão do processo a fim de proferir decisão com efeito vinculante exclusivamente sobre a matéria constitucional.”

O substitutivo propõe a adoção do efeito vinculante não apenas para os casos de controle de constitucionalidade da lei *in abstracto* como para os casos *in concreto*. Muito embora as discussões contra e a favor, questão que merece atenção é fixar limites para a incidência do efeito vinculante, bem como estabelecê-lo de modo que não venha a suprimir os direitos fundamentais e as garantias constitucionais estabelecidas para os indivíduos. No Estado Democrático de Direito, todas as normas e as decisões judiciais devem se conformar com os ditames da Constituição Brasileira de 1988, esta é o limite para que a vinculação venha a ser aplicada ou não. Adotando-se a teoria liberal sobre a doutrina do precedente, o julgador poderia deixar de aplicar a súmula vinculante, mediante decisão fundamentada, quando comprovasse a violação aos regramentos constitucionais e legais

Não há imposição de que a vinculação seja absoluta e para todas as áreas. Poderiam ser estabelecidas áreas de atuação, matérias de incidência da súmula vinculante.

4.6 A Vinculação do Julgador à Constituição e aos Direitos Fundamentais.

O julgador possui a difícil tarefa de conformar os interesses dos indivíduos (privados ou coletivos) a uma infinidade de leis, examinando, quando da prestação jurisdicional, se as leis que dão sustentação ou fundamentação ao seu decidir estão conformes com a Constituição Brasileira de 1988 e de acordo com os princípios que a norteiam, ou seja, os direitos e garantias fundamentais.

A função do Poder Judiciário é solver o conflito, com o objetivo de alcançar a paz social, mas, para isso, não basta celeridade no decidir; é preciso que, além da observância dos requisitos acima, a decisão prolatada seja justa; de acordo com o que a quase totalidade das pessoas considera justo, correto, o que significa então a preservação dos direitos de todos.

A lei deve estar conforme com a vontade geral, mas a sentença judicial deve conformar a lei ao caso concreto, de forma que também a sentença seja considerada justa.

Acerca da justiça da norma, vale lembrar o que ensina

MELO:

“(...) a validade material há que ser buscada racionalmente na conformidade possível entre a prescrição e respectiva sanção e os sentimentos e idéias do justo e do socialmente útil.”¹²³

¹²³ MELO, Osvaldo Ferreira. *Fundamentos da Política Jurídica*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1994. p. 88.

Ao tratar da norma, **MELO** trabalha com critérios racionais e objetivos no sentido de arbitrar os valores que garantiriam legitimidade ética para que a norma tivesse validade material. Nesse sentido, ele passa a examinar o critério justiça para fixar o valor da norma. A norma, perante a sociedade, desperta o sentimento de justiça ou injustiça, dependendo de quão violadora é da Constituição e dos direitos fundamentais.

Examinando os critérios para o arbitramento axiológico da norma, cumpre lembrar a lição de **MELO**:

“(...) A norma será considerada injusta por manifestação da consciência jurídica social, sempre que ocorram, isolada ou concomitantemente, as seguintes circunstâncias: a) impedimento às aspirações de compartilhamento e co-participação que são decorrentes dos ideais de liberdade e igualdade; b) inadequação na desejada simetria entre reivindicações sociais e respostas normativas de *lex ferenda* ou *sententia ferenda*; c) dessintonia entre a verdade (conhecimento empírico da realidade) e os mandamentos ou impedimentos ocasionados por disposições normativas; d) conflito entre norma jurídica e norma moral, o que provoca forte sentimento de ilegitimidade ética; e) flagrante inutilidade de disposições legais que venha a gerar perturbações em práticas sociais consagradas.”¹²⁴

Do acima esposado vislumbra-se que a norma traz consigo uma carga valorativa que está ligada à justiça ou injustiça, o que também poderá ser aplicado ao efeito vinculante, uma vez que a decisão com efeito vinculante passa a ter o caráter de norma. Por isso, o julgador deve considerar ao prolatar sua decisão se a norma aplicada, ou mesmo a decisão com efeito vinculante aplicada está de acordo com a Constituição e com os direitos e garantias fundamentais, pois, do contrário, nem mesmo o efeito vinculante o obrigará a aplicá-la, por se tratar de uma decisão inconstitucional. O limite de todos no Estado Democrático de Direito é a lei e, sendo a Constituição Brasileira de 1988 a lei maior, nenhuma outra norma ou

¹²⁴ MELO. Osvaldo Ferreira. *Temas Atuais de Política do Direito*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998. p. 35.

decisão poderá ser contrária aos seus preceitos, nem mesmo uma decisão com efeito vinculante.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao tratar de direitos fundamentais, não se pode deixar de examinar o significado dos princípios sobre os quais eles se assentam. Os princípios são a célula-mater dos direitos fundamentais e são adotados pelos juristas quando pretendem referir-se a normas que possuem um alto grau de indeterminação e abstração, ou para referir-se a normas programáticas, ou ainda, para referir-se a normas que se encontram em um grau elevado no ordenamento jurídico. São normas que se revestem de grande generalidade, regulando situações gerais e abstratas, estendendo-se a todos, mas a ninguém em particular.

Os princípios, uma vez escritos no texto constitucional, passam a ser denominados de direitos fundamentais, transformando-se nas normas supremas do ordenamento jurídico, impondo a obrigatoriedade de cumpri-los, vinculando todas as pessoas e os poderes do Estado.

São conhecidos como direitos “de defesa” quando proíbem ao poder público intervir na vida dos indivíduos (liberdade de ir e vir, direito à vida, à privacidade) e são chamados de direitos “a prestações” quando ao Estado cabe a obrigação de torná-los concretos, como por, exemplo, o direito à saúde, educação, segurança. Os direitos à prestações concretizam-se a partir da ação do Estado no sentido de implementá-los, concretizá-los.

Os direitos de defesa são também denominados de direitos de primeira geração ou direitos da liberdade (exemplo destes são os direitos civis e políticos), enquanto que os direitos fundamentais a prestações são conhecidos como

direitos de segunda geração (direitos sociais, culturais, econômicos e coletivos). Existem ainda os direitos de terceira geração, relacionados ao desenvolvimento, ao meio ambiente, à comunicação, bem como os direitos de quarta geração, inerentes ao exercício da democracia, cidadania, o direito à informação. Existem autores que falam em direitos de quinta e sexta geração, relacionados à cibernética e à biogenética.

É no Estado Democrático de Direito que tais direitos se concretizam a partir do exercício pleno da democracia, que nada mais é do que um governo em benefício do povo, com o objetivo de alcançar e concretizar o bem comum. A democracia tem assento no princípio da igualdade (todos são iguais perante a lei), na qual o homem participa do governo de forma livre, através de leis, as quais devem ser fruto da vontade geral, o que impede que o Estado aja ao arrepio da lei ou do direito, contrariando a Constituição. O Estado Democrático de Direito é limitado pela norma; todos se submetem ao que dispõe a lei e esta deverá estar sempre de acordo com os direitos e garantias fundamentais inseridos na Constituição, que é a lei maior de um país – a norma das normas.

Por ser a norma fundamental, a Constituição possui grande poder de vinculação e obrigatoriedade, o que significa que deve ser observada e cumprida por todos. Por isso os direitos fundamentais são de grande importância no Estado Democrático de Direito, pois devem ser respeitados e concretizados pelo Estado, e quando suprimidos, não se poderá denominar de regime democrático o governo.

Entre os direitos fundamentais inseridos na Constituição Brasileira de 1988, alguns merecem destaque neste trabalho. A Constituição Brasileira de 1988 assegurou em seu artigo 5^o, inciso XXXV que: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Da redação do inciso, constata-se que não serão admitidas no ordenamento jurídico, leis que visem impedir as pessoas de terem acesso ao Poder Judiciário para solver seus conflitos. Este acesso, não se limita apenas ao ajuizamento de uma demanda ou à instauração de um

processo penal, mas assegura o direito a um processo justo, que observe outras garantias, possibilitando a citação inicial da parte, com ampla produção de provas e uma decisão fundada no direito e em normas que estejam de acordo com a Constituição Brasileira de 1988 e os direitos fundamentais nela inseridos.

O direito de acesso ao Poder Judiciário importa, também, na obrigação deste em colocar à disposição dos indivíduos mecanismos para que a prestação jurisdicional ocorra na plenitude.

Também consagrou a Constituição Brasileira de 1988 como preceito fundamental, o devido processo legal, o qual impõe a obrigatoriedade de que seja instaurado um contencioso que obedecerá a um procedimento definido em lei e neste procedimento as partes envolvidas terão a oportunidade de trazer suas alegações através de advogado com conhecimento técnico a tanto, produzir as provas, expor sua versão dos fatos, aguardando então, que o julgador, após assegurar o devido processo legal, prolate uma decisão fundamentada e em observância às normas constitucionais. Essa garantia implica a segurança de que um procedimento deve ser observado e não poderá ser suprimido sob pena de instaurar-se a insegurança jurídica.

Juntamente com o devido processo legal, não se pode olvidar outro dispositivo constitucional: o contraditório e a ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes. O contraditório é o direito de ser ouvido em juízo, de contrapor-se à manifestação da outra parte, bem como sobre os documentos juntados, direito de todos os litigantes no processo.

A ampla defesa, por sua vez, é o direito de o indivíduo produzir todas as provas em direito admitidas, o direito de apresentar sua versão dos fatos e os documentos com o fito de comprová-la, bem como de ter acesso, vista e ser intimado de todos os atos praticados no processo, seja ele judicial ou administrativo, sob pena de, assim não fazendo, caracterizar-se o cerceamento de defesa. Aliás, questão importante para a instalação do contraditório e a ampla defesa

é a citação inicial do processo, pois, através dela, a parte tem a ciência de que está sendo processada, que há um interesse, um conflito em que ela figura e, a partir de então, forma-se o contraditório, tendo início a produção de sua defesa, a menos que ela não queira, quando, então, o processo seguirá à revelia. Também a ampla defesa assegura aos envolvidos no litígio o direito de recorrer das decisões com as quais não se conforma (duplo grau de jurisdição), utilizando-se, para tanto, de todos os recursos previstos em lei.

A prestação jurisdicional está diretamente ligada aos direitos acima, pois representa a função do Poder Judiciário de aplicar o direito através de seus juízes. Para que a prestação jurisdicional ocorra, o Poder Judiciário se organiza de modo a observar o duplo grau de jurisdição, organizando-se através de Tribunais (Foros, Tribunais Estaduais, Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça, Justiça Federal, Tribunal Regional Federal, Justiça do Trabalho, Tribunal Regional do Trabalho, juízos arbitrais, juizados especiais cíveis e criminais, etc.). Os Tribunais são independentes entre si e os juízes possuem total autonomia para realizar seus julgamentos sem considerar decisões de outros colegas ou dos Tribunais Superiores. A função do julgador é julgar, aplicando o direito de acordo com as normas constitucionais e visando à preservação dos direitos e garantias fundamentais.

Quando da prestação jurisdicional, o Poder Judiciário deve atentar para alguns princípios, entre eles: o princípio da igualdade (todos são iguais perante a lei); o princípio da independência (liberdade do julgador de prolatar suas decisões sem qualquer pressão externa); o princípio da exclusividade da função de julgar (não existe vinculação entre o que os juízes decidem, com a total liberdade das decisões); o princípio da imparcialidade dos juízes (que se traduz na obrigação de não exercer seu poder jurisdicional quando tiver vínculo pessoal com algum dos envolvidos); o princípio da irresponsabilidade (os juízes não podem ser responsabilizados por suas decisões); o princípio da auto-administração (liberdade e autonomia na condução de seus órgãos e magistrados); o princípio do duplo grau de jurisdição (direito ao reexame da decisão por um Tribunal Superior); o princípio da fundamentação das decisões judiciais (o juiz deve fundamentar as decisões que

prolata e os motivos formadores de sua convicção). São esses os princípios que auxiliam na prestação jurisdicional.

Princípio de fundamental importância para a persecução da justiça é o princípio da igualdade, pois tem como objetivo impedir discriminações, preterições, determinando que a lei deve ser aplicada a todos de modo indistinto, entretanto, é ao efetuar a prestação jurisdicional que o julgador concretiza o princípio da igualdade, oportunidade em que não apenas examinará os dispositivos legais mas também o caso concreto, a situação fática que envolve as partes, podendo assim, proferir uma decisão justa. Aliás, o que contribui grandemente para a prestação jurisdicional é o fato de o julgador de primeiro grau ter contato com as partes, possibilitada através do devido processo legal, o que já não ocorre no duplo grau de jurisdição em que as alegações se limitam ao papel. O princípio da igualdade prescreve ao julgador a obrigação de tratar iguais de modo igualitário e aos desiguais, desigualmente.

Para a implementação da prestação jurisdicional, primeiro é necessária a invocação do Poder Judiciário, constituindo-se assim o processo. O processo é o meio do qual se serve o julgador para efetuar a prestação jurisdicional. O processo não é um fim em si mesmo, possui uma finalidade, qual seja, solucionar o conflito através da decisão judicial, com o fito de instaurar a paz social e alcançar a justiça. Mas não é só esta a finalidade do processo; através dele o Poder Judiciário funciona como aparelho ideológico do Estado, pois, além da função social de solucionar o litígio, propaga uma ideologia, pois ajuda a manter um certo número de regras que devem ser por todos respeitadas e a sanção para o caso de descumprimento.

Quanto ao limite no poder de decidir, apesar de não estar vinculado a decisões anteriores, ou ao maior poder aquisitivo, ou a amizades, o julgador sofre limitações em seu poder. Essa limitação decorre do disposto na Constituição Brasileira de 1988 e nos direitos fundamentais, o que implica dizer que o julgador não poderá desconsiderar os dispositivos constitucionais, sendo que, em se

tratando de direitos fundamentais, possuem aplicabilidade direta e independem de regulamentação, não podendo sequer escusar-se alegando a omissão do legislador.

Assim, é a Constituição Federal de 1988 o limite do julgador em seu poder-dever de aplicar o direito e a ela não poderá furtar-se, nem tampouco olvidar os preceitos constitucionais. E nessa tarefa de dizer o direito sem olvidar os preceitos constitucionais o julgador poderá ser auxiliado pelo princípio da proporcionalidade, que permite ao julgador adequar a lei de modo a atingir a justiça. O princípio da proporcionalidade permite que o julgador deixe de aplicar a lei antes mesmo de sua inconstitucionalidade ser decretada, devendo sempre atentar para a legitimidade das leis, se estão de acordo com a Constituição Brasileira de 1988 e considerar a vontade geral, ou seja, se a lei corresponde aos anseios de todos, da universalidade e não beneficia apenas uns poucos protegidos ou grupos determinados, sendo maléfica ou inaproveitável à grande maioria. O princípio da proporcionalidade permite ao julgador esse tipo de incursão ao efetuar a prestação jurisdicional.

Ainda, no intuito de auxiliar o julgador na tarefa de aferir se as leis infraconstitucionais estão de acordo com a Constituição, o legislador constituinte previu o controle de constitucionalidade das normas, através do controle de constitucionalidade concentrado e difuso (sistema adotado no Brasil).

O controle de constitucionalidade auxilia também nos casos em que o legislador é omissor e também naqueles que edita leis desconformes com o texto constitucional. A Constituição Brasileira de 1988 adota o controle de constitucionalidade da lei *in abstracto* (ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade e ação de descumprimento de preceito legal) com efeito vinculante atribuídos pelas Leis 9.868/99 e 9.882/99. O controle de constitucionalidade para os casos *in concreto* é feito através dos recursos Especial e Extraordinário, mandado de injunção, *habeas corpus* e não possuem efeito vinculante. É o chamado controle de constitucionalidade difuso.

Questão que tem merecido especial atenção dos lidadores do direito diz respeito à adoção do efeito vinculante para todas as decisões judiciais, o que já vem sendo feito informalmente através das súmulas e através das Lei 9.868/99, 9.882/99 e 9.756/98.

Questão de relevo é examinar se a adoção do efeito vinculante que se assenta no precedente (decisão anterior prolatada pela Suprema Corte) poderá ser adotada em nosso país como solução para a crise atravessada pelo Poder Judiciário, com a acumulação de processos que se arrastam por anos e anos sem decisão. Para aqueles que empunham a bandeira da adoção do efeito vinculante parece vir este solucionar todos os problemas do Poder Judiciário. Não há como negar que o efeito vinculante traz benefícios, como por exemplo, nos casos de omissão do legislador e para solver questões extrajudiciais (como, por exemplo, a necessidade de notificação do contribuinte quando do lançamento do tributo como requisito para a execução da certidão de dívida ativa), entretanto, o efeito vinculante não pode ser adotado para todas as decisões judiciais indistintamente, devendo o efeito vinculante cingir-se a determinadas questões e matérias e desde que não represente a violação aos direitos e garantias fundamentais ou descumprimento da Constituição Brasileira de 1988.

Ao discutir se o efeito vinculante (através das súmulas ou de decisões judiciais) não se pode deixar de atentar para o fato de que não se pode regular tudo previamente, é preciso que as situações fáticas ocorram, para posterior regulação.

O julgador brasileiro possui vários mecanismos que lhe permitem decidir de maneira ampla, sem ferir os direitos e garantias fundamentais, sem aplicar lei inconstitucional, razão pela qual o efeito vinculante, muito embora os benefícios que traz, deve ser aplicado com cuidado, com parcimônia, evitando-se que uma decisão contrária aos direitos e garantias fundamentais seja aplicada através do efeito vinculante. Além do mais, o sistema de controle de constitucionalidade adotado no Brasil permite ao julgador ampla liberdade no momento de decidir qual a

lei a ser aplicada, razão pela qual, em se tratando do efeito vinculante em casos de controle difuso, deverá ser considerada e mantida a mesma liberdade, uma vez que a teoria liberal do precedente permite sua recusa mediante decisão fundamentada. Não há como negar que a tendência é estender o efeito vinculante para os casos concretos, entretanto, o limite para a adoção da súmula vinculante que passa a ter o caráter de norma será sempre os dispositivos constitucionais e a preocupação do aplicador do direito deverá ser sempre preservá-los.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR, Roberto A. R. *Direito, Poder e Opressão*. São Paulo: Alfa-Ômega, 1990. 184 p.

ALTHUSSER, Louis. *Aparelhos Ideológicos do Estado: notas sobre os Aparelhos Ideológicos do Estado*. 6. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1992.

ALVARENGA, Amália de F. Pereira; ROSA, Maria Virgínia de F. P. de Couto. *Apontamentos de Metodologia para a Ciência e Técnicas de Redação Científica: monografia, dissertações e teses de acordo com a ABNT 2000*. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2001. 181 p.

ARISTÓTELES. *A Política*. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo. Martins Fontes, 1998. 120 p.

AZAMB UJA, Carmem Luíza Dias; LIMA, José Jerônimo de Menezes. *Judiciário: qualidade total*. Canoas: Ulbra, 1999. 199 p.

BARBOSA, Ruy Pereira. *Assistência Jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. 143 p.

BARROS, Suzana de Toledo. *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. 224 p.

BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 5 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. 363 p.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Trad.: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. 217 p.

_____. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 8. ed. Brasília: UnB, 1996. 184 p.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. 793 p.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988. 168 p.

CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de Direito e Legitimidade: uma abordagem garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. 188 p.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999. 1414 p.

CINTRA, Antonio Carlos; GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. 359 p.

COLTRO, Antonio Carlos Mathias; TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo, et al. *Constituição Federal de 1988: dez anos (1988-1998)*. Rio de Janeiro: Juarez Oliveira, 1999. 549 p.

COMPARATO, Fábio Konder. *Precisões Sobre os Conceitos de Lei e de Igualdade Jurídica*. In Revista dos Tribunais, ano 87, vol. 750, abr. 1998. p. 11-19.

CUNHA, Sérgio Sérulo. *O Efeito Vinculante e os Poderes do Juiz*. São Paulo: Saraiva, 1999. 275 p.

DANTAS, Ivo. *Direito Adquirido, Emendas Constitucionais e Controle de Constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997. 87 p.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. 341 p.

DINIZ, Maria Helena. *Norma Constitucional e Seus Efeitos*. São Paulo: Saraiva, 1998. 178 p.

DOBROWOLSKI, Sílvio (org.); ROCHA, Alexandre de Almeida; PARDO David Wilson de Abreu et al. *A Constituição no Mundo Globalizado*. Florianópolis: Diploma Legal, 2000. 316 p.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceitos de Princípios Constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. 274 p.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*. Madrid: Trotta, 1995.

_____. *La Ley Del Más Débil*. Madrid: Trotta, 1999. 180 p.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Teoria da Norma Jurídica*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. 181 p.

FERRARI, Maria Macedo Nery. *Efeitos da Declaração de Constitucionalidade*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. 286 p.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986, 1838 p.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O Processo Legislativo*. São Paulo: Saraiva, 2001. 299 p.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin; NUZZI NETO, José (orgs.) et al. *Temas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Esplanada, 2000. 358 p.

FURASTÉ, Pedro Augusto. *Normas Técnicas para o Trabalho Científico*. 9. ed. ampl. e atual. Porto Alegre: s.n., 2001. 118 p.

GIORGI, Raffaele. *Direito, Democracia e Risco: vínculos com o futuro*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998. 263 p.

IHERING, Rudolf von. *A Luta pelo Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 1998. 128 p.

FOUCAULT, Michel. *A Verdade e as Formas Jurídicas*. Rio de Janeiro: Nau, 1999. 158 p.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade: o direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. 444 p.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991. 34 p.

KELSEN, Hans. *O Problema da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1993. 149 p.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *A Monografia Jurídica*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. 438 p.

LIPPMANN, Ernesto. *Os Direitos Fundamentais da Constituição de 1988 com Anotações e Jurisprudência dos Tribunais*. São Paulo: LTR, 1999. 511 p.

LOPES, Mônica Sette. *A Equidade e os Poderes do Juiz*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. 254 p.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos, 1999. 518 p.

_____. *Moreira Alves e o Controle de Constitucionalidade no Brasil*. São Paulo: Celso Bastos, 2000. 872 p.

MELO, Osvaldo Ferreira. *Fundamentos da Política Jurídica*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1994. 136 p.

_____. *Temas Atuais de Política do Direito*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998. 88 p.

MUSCARI, Marco Antonio Botto. *Súmula Vinculante*. São Paulo: Juarez Oliveira, 1999. 108 p.

NALINI, José Renato. *O Juiz e o Acesso à Justiça*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. 104 p.

OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebiades. *O Novo em Direito e Política*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. 200 p.

OLIVEIRA, Olga Maria B. Aguiar. *Monografia Jurídica: orientação metodológica para o Trabalho de Conclusão de Curso*. Porto Alegre: Síntese, 1999. 127 p.

PRADE, Péricles. *Fundamentos Jusfilosóficos da Constituição: introdução crítica à concepção de Kelsen*. Florianópolis: Obra Jurídica, 2000. 133 p.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, 12 ed. São Paulo: Atlas, 2000. 674 p.

QUEIROZ, Raphael Augusto Sofiati. *Os Princípios da Razoabilidade e Proporcionalidade das Normas e sua Repercussão no Processo Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. 188 p.

RAMOS, Elival da Silva. *O Direito à Igualdade Formal e Real*. In Revista dos Tribunais, ano 79, vol. 651, jan. 1990. p. 52-54.

RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. *O Controle Concentrado de Constitucionalidade no Brasil: filosofia e dimensões jurídicos-políticas*. São Paulo: Celso Bastos, 2000. 127 p.

RODRIGUES, Horácio Vanderlei. *Acesso à Justiça no Direito Processual Brasileiro*. São Paulo: Acadêmica, 1994. 146 p.

ROSAS, Roberto. *Direito Sumular: comentários às súmulas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. 413 p.

ROTHEMBURG, Walter Claudius. *Princípios Constitucionais*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999. 88 p.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O Contrato Social e Outros Escritos*. São Paulo: Cultrix, 1989. 235 p.

SÁ, Djanira Maria Radamés. *Súmula Vinculante: análise crítica de sua adoção*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. 128 p.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Pela Mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 3 ed. São Paulo: Cortez Editora, 1997. 348 p.

SANTOS, Antonio Raimundo. *Metodologia Científica: a construção do conhecimento*. Rio de Janeiro: DPA, 1999. 141 p.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. 392 p.

SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas. *Princípio Constitucional de Igualdade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. 143 p.

SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. 270 p.

_____. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. 767 p.

SILVA, José Anchieta. *A Súmula de Efeito Vinculante Amplo no Direito Brasileiro*. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. 140 p.

SOARES, Guido Fernando Silva. *Common Law: introdução ao direito dos EUA*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. 197 p.

SOUZA, Carlos Aureliano Motta de Souza. *O Papel Constitucional do STF: uma nova aproximação sobre o efeito vinculante*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. 216 p.

STEINER, Sylvia Helena de Figueiredo. *A Convenção Americana sobre Direitos Humanos e sua Integração ao Processo Penal Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. 142 p.

STRECK, Lênio Luiz. *Súmulas no Direito Brasileiro: eficácia, poder e função*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995. 305 p.

TORELLY, Paulo Peretti. *Democracia e Poder Judiciário*. Porto Alegre: Escola Superior de Advocacia, 1998. 48 p.

TORON, Alberto Zacharias. *O indevido processo legal, a ideologia da "law and order" e a falta de citação do réu preso para o interrogatório*. In Revista dos Tribunais, vol. 685, ano 81, novembro de 1992. p. 277-285.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Constitucionalismo e Direitos Sociais no Brasil*. São Paulo: Acadêmica, 1989. 152 p.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Poder Judiciário*. Trad. Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. 216 p.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. 166 p.

ANEXO

LEI Nº 9.868, DE 10 DE NOVEMBRO DE 1999
(DOU 11.11.1999)

Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

O Presidente da República

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

CAPÍTULO I

**DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE E DA AÇÃO
DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE**

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

CAPÍTULO II
DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Seção I

Da Admissibilidade e do Procedimento da Ação Direta de Inconstitucionalidade

Art. 2º Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade:

I - o Presidente da República;

II - a Mesa do Senado Federal;

III - a Mesa da Câmara dos Deputados;

IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou a Mesa da Câmara Legislativa do Distrito Federal;

V - o Governador de Estado ou o Governador do Distrito Federal;

VI - o Procurador-Geral da República;

VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;

IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Parágrafo único. (VETADO)

Art. 3º A petição indicará:

I - o dispositivo da lei ou do ato normativo impugnado e os fundamentos jurídicos do pedido em relação a cada uma das impugnações;

II - o pedido, com suas especificações.

Parágrafo único. A petição inicial, acompanhada de instrumento de procuração, quando subscrita por advogado, será apresentada em duas vias, devendo conter cópias da lei ou do ato normativo impugnado e dos documentos necessários para comprovar a impugnação.

Art. 4º A petição inicial inepta, não fundamentada e a manifestamente improcedente serão liminarmente indeferidas pelo relator.

Parágrafo único. Cabe agravo da decisão que indeferir a petição inicial.

Art. 5º Proposta a ação direta, não se admitirá desistência.

Parágrafo único. (VETADO)

Art. 6º O relator pedirá informações aos órgãos ou às autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado.

Parágrafo único. As informações serão prestadas no prazo de trinta dias contado do recebimento do pedido.

Art. 7º Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade.

§ 1º (VETADO)

§ 2º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades.

Art. 8º Decorrido o prazo das informações, serão ouvidos, sucessivamente, o Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República, que deverão manifestar-se, cada qual, no prazo de quinze dias.

Art. 9º Vencidos os prazos do artigo anterior, o relator lançará o relatório, com cópia a todos os Ministros, e pedirá dia para julgamento.

§ 1º Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

§ 2º O relator poderá, ainda, solicitar informações aos Tribunais Superiores, aos Tribunais federais e aos Tribunais estaduais acerca da aplicação da norma impugnada no âmbito de sua jurisdição.

§ 3º As informações, perícias e audiências a que se referem os parágrafos anteriores serão realizadas no prazo de trinta dias, contado da solicitação do relator.

Seção II Da Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade

Art. 10. Salvo no período de recesso, a medida cautelar na ação direta será concedida por decisão da maioria absoluta dos membros do Tribunal, observado o disposto no artigo 22, após a audiência dos órgãos ou autoridades dos quais emanou a lei ou ato normativo impugnado, que deverão pronunciar-se no prazo de cinco dias.

§ 1º O relator, julgando indispensável, ouvirá o Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República, no prazo de três dias.

§ 2º No julgamento do pedido de medida cautelar, será facultada sustentação oral aos representantes judiciais do requerente e das autoridades ou órgãos responsáveis pela expedição do ato, na forma estabelecida no Regimento do Tribunal.

§ 3º Em caso de excepcional urgência, o Tribunal poderá deferir a medida cautelar sem a audiência dos órgãos ou das autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado.

Art. 11. Concedida a medida cautelar, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário Oficial da União e do Diário da Justiça da União a parte dispositiva da decisão, no prazo de dez dias, devendo solicitar as informações à autoridade da qual tiver emanado o ato, observando-se, no que couber, o procedimento estabelecido na Seção I deste Capítulo.

§ 1º A medida cautelar, dotada de eficácia contra todos, será concedida com efeito *ex nunc*, salvo se o Tribunal entender que deva conceder-lhe eficácia retroativa.

§ 2º A concessão da medida cautelar torna aplicável a legislação anterior acaso existente, salvo expressa manifestação em sentido contrário.

Art. 12. Havendo pedido de medida cautelar, o relator, em face da relevância da matéria e de seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica, poderá, após a prestação das informações, no prazo de dez dias, e a manifestação do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República, sucessivamente, no prazo de cinco dias, submeter o processo diretamente ao Tribunal, que terá a faculdade de julgar definitivamente a ação.

CAPÍTULO III DA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE

Seção I

Da Admissibilidade e do Procedimento da Ação Declaratória de Constitucionalidade

Art. 13. Podem propor a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal:

I - o Presidente da República;

II - a Mesa da Câmara dos Deputados;

III - a Mesa do Senado Federal;

IV - o Procurador-Geral da República.

Art. 14. A petição inicial indicará:

I - o dispositivo da lei ou do ato normativo questionado e os fundamentos jurídicos do pedido;

II - o pedido, com suas especificações;

III - a existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação da disposição objeto da ação declaratória.

Parágrafo único. A petição inicial, acompanhada de instrumento de procuração, quando subscrita por advogado, será apresentada em duas vias, devendo conter cópias do ato normativo questionado e dos documentos necessários para comprovar a procedência do pedido de declaração de constitucionalidade.

Art. 15. A petição inicial inepta, não fundamentada e a manifestamente improcedente serão liminarmente indeferidas pelo relator.

Parágrafo único. Cabe agravo da decisão que indeferir a petição inicial.

Art. 16. Proposta a ação declaratória, não se admitirá desistência.

Art. 17. (VETADO)

Art. 18. Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação declaratória de constitucionalidade.

§ 1º (VETADO)

§ 2º (VETADO)

Art. 19. Decorrido o prazo do artigo anterior, será aberta vista ao Procurador-Geral da República, que deverá pronunciar-se no prazo de quinze dias.

Art. 20. Vencido o prazo do artigo anterior, o relator lançará o relatório, com cópia a todos os Ministros, e pedirá dia para julgamento.

§ 1º Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

§ 2º O relator poderá solicitar, ainda, informações aos Tribunais Superiores, aos Tribunais federais e aos Tribunais estaduais acerca da aplicação da norma questionada no âmbito de sua jurisdição.

§ 3º As informações, perícias e audiências a que se referem os parágrafos anteriores serão realizadas no prazo de trinta dias, contado da solicitação do relator.

Seção II

Da Medida Cautelar em Ação Declaratória de Constitucionalidade

Art. 21. O Supremo Tribunal Federal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, poderá deferir pedido de medida cautelar na ação declaratória de constitucionalidade, consistente na determinação de que os juízes e os Tribunais suspendam o julgamento dos processos que envolvam a aplicação da lei ou do ato normativo objeto da ação até seu julgamento definitivo.

Parágrafo único. Concedida a medida cautelar, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário Oficial da União a parte dispositiva da decisão, no prazo de dez dias, devendo o Tribunal proceder ao julgamento da ação no prazo de cento e oitenta dias, sob pena de perda de sua eficácia.

CAPÍTULO IV

DA DECISÃO NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE E NA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE

Art. 22. A decisão sobre a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo somente será tomada se presentes na sessão pelo menos oito Ministros.

Art. 23. Efetuado o julgamento, proclamar-se-á a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da disposição ou da norma impugnada se num ou noutro sentido se tiverem manifestado pelo menos seis Ministros, quer se trate de ação direta de inconstitucionalidade ou de ação declaratória de constitucionalidade.

Parágrafo único. Se não for alcançada a maioria necessária à declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, estando ausentes Ministros em número que possa influir no julgamento, este será suspenso a fim de aguardar-se o comparecimento dos Ministros ausentes, até que se atinja o número necessário para prolação da decisão num ou noutro sentido.

Art. 24. Proclamada a constitucionalidade, julgar-se-á improcedente a ação direta ou procedente eventual ação declaratória; e, proclamada a inconstitucionalidade, julgar-se-á procedente a ação direta ou improcedente eventual ação declaratória.

Art. 25. Julgada a ação, far-se-á a comunicação à autoridade ou ao órgão responsável pela expedição do ato.

Art. 26. A decisão que declara a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo em ação direta ou em ação declaratória é irrecorrível, ressalvada a interposição de embargos declaratórios, não podendo, igualmente, ser objeto de ação rescisória.

Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Art. 28. Dentro do prazo de dez dias após o trânsito em julgado da decisão, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União a parte dispositiva do acórdão.

Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.

CAPÍTULO V

DAS DISPOSIÇÕES GERAIS E FINAIS

Art. 29. O artigo 482 do Código de Processo Civil fica acrescido dos seguintes parágrafos:

"Art. 482. ...

§ 1º O Ministério Público e as pessoas jurídicas de direito público responsáveis pela edição do ato questionado, se assim o requererem, poderão manifestar-se no

incidente de inconstitucionalidade, observados os prazos e condições fixados no Regimento Interno do Tribunal.

§ 2º Os titulares do direito de propositura referidos no artigo 103 da Constituição poderão manifestar-se, por escrito, sobre a questão constitucional objeto de apreciação pelo órgão especial ou pelo Pleno do Tribunal, no prazo fixado em Regimento, sendo-lhes assegurado o direito de apresentar memoriais ou de pedir a juntada de documentos.

§ 3º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá admitir, por despacho irrecorrível, a manifestação de outros órgãos ou entidades."

Art. 30. O artigo 8º da Lei nº 8.185, de 14 de maio de 1991, passa a vigorar acrescido dos seguintes dispositivos:

"Art. 8º

I -

n) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Distrito Federal em face da sua Lei Orgânica;

.....

§ 3º São partes legítimas para propor a ação direta de inconstitucionalidade:

I - o Governador do Distrito Federal;

II - a Mesa da Câmara Legislativa;

III - o Procurador-Geral de Justiça;

IV - a Ordem dos Advogados do Brasil, seção do Distrito Federal;

V - as entidades sindicais ou de classe, de atuação no Distrito Federal, demonstrando que a pretensão por elas deduzida guarda relação de pertinência direta com os seus objetivos institucionais;

VI - os partidos políticos com representação na Câmara Legislativa.

§ 4º Aplicam-se ao processo e julgamento da ação direta de Inconstitucionalidade perante o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios as seguintes disposições:

I - o Procurador-Geral de Justiça será sempre ouvido nas ações diretas de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade;

II - declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma da Lei Orgânica do Distrito Federal, a decisão será comunicada ao Poder competente para adoção das providências necessárias, e, tratando-se de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias;

III - somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou de seu órgão especial, poderá o Tribunal de Justiça declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do Distrito Federal ou suspender a sua vigência em decisão de medida cautelar.

§ 5º Aplicam-se, no que couber, ao processo de julgamento da ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Distrito Federal em face da sua Lei Orgânica as normas sobre o processo e o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal."

Art. 31. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.
Brasília, 10 de novembro de 1999; 178º da Independência e 111º da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO
José Carlos Dias

LEI Nº 9.882, DE 03 DE DEZEMBRO DE 1999
(DOU 06.12.1999)

Dispõe sobre o processo e julgamento da argüição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do artigo 102 da Constituição Federal.

O Presidente da República

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º A argüição prevista no § 1º do artigo 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público.

Parágrafo único. Caberá também argüição de descumprimento de preceito fundamental:

I - quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição;

II - (VETADO)

Art. 2º Podem propor argüição de descumprimento de preceito fundamental:

I - os legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade;

II - (VETADO)

§ 1º Na hipótese do inciso II, faculta-se ao interessado, mediante representação, solicitar a propositura de argüição de descumprimento de preceito fundamental ao Procurador-Geral da República, que, examinando os fundamentos jurídicos do pedido, decidirá do cabimento do seu ingresso em juízo.

§ 2º (VETADO)

Art. 3º A petição inicial deverá conter:

I - a indicação do preceito fundamental que se considera violado;

II - a indicação do ato questionado;

III - a prova da violação do preceito fundamental;

IV - o pedido, com suas especificações;

V - se for o caso, a comprovação da existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação do preceito fundamental que se considera violado.

Parágrafo único. A petição inicial, acompanhada de instrumento de mandato, se for o caso, será apresentada em duas vias, devendo conter cópias do ato questionado e dos documentos necessários para comprovar a impugnação.

Art. 4º A petição inicial será indeferida liminarmente, pelo relator, quando não for o caso de arguição de descumprimento de preceito fundamental, faltar algum dos requisitos prescritos nesta Lei ou for inepta.

§ 1º Não será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade.

§ 2º Da decisão de indeferimento da petição inicial caberá agravo, no prazo de cinco dias.

Art. 5º O Supremo Tribunal Federal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, poderá deferir pedido de medida liminar na arguição de descumprimento de preceito fundamental.

§ 1º Em caso de extrema urgência ou perigo de lesão grave, ou ainda, em período de recesso, poderá o relator conceder a liminar, ad referendum do Tribunal Pleno.

§ 2º O relator poderá ouvir os órgãos ou autoridades responsáveis pelo ato questionado, bem como o Advogado-Geral da União ou o Procurador-Geral da República, no prazo comum de cinco dias.

§ 3º A liminar poderá consistir na determinação de que juízes e tribunais suspendam o andamento de processo ou os efeitos de decisões judiciais, ou de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da arguição de descumprimento de preceito fundamental, salvo se decorrentes da coisa julgada.

§ 4º (VETADO)

Art. 6º Apreciado o pedido de liminar, o relator solicitará as informações às autoridades responsáveis pela prática do ato questionado, no prazo de dez dias.

§ 1º Se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejam a arguição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

§ 2º Poderão ser autorizadas, a critério do relator, sustentação oral e juntada de memoriais, por requerimento dos interessados no processo.

Art. 7º Decorrido o prazo das informações, o relator lançará o relatório, com cópia a todos os ministros, e pedirá dia para julgamento.

Parágrafo único. O Ministério Público, nas arguições que não houver formulado, terá vista do processo, por cinco dias, após o decurso do prazo para informações.

Art. 8º A decisão sobre a arguição de descumprimento de preceito fundamental somente será tomada se presentes na sessão pelo menos dois terços dos Ministros.

§ 1º (VETADO)

§ 2º (VETADO)

Art. 9º (VETADO)

Art. 10. Julgada a ação, far-se-á comunicação às autoridades ou órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados, fixando-se as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental.

§ 1º O presidente do Tribunal determinará o imediato cumprimento da decisão, lavrando-se o acórdão posteriormente.

§ 2º Dentro do prazo de dez dias contado a partir do trânsito em julgado da decisão, sua parte dispositiva será publicada em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União.

§ 3º A decisão terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público.

Art. 11. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Art. 12. A decisão que julgar procedente ou improcedente o pedido em arguição de descumprimento de preceito fundamental é irrecorrível, não podendo ser objeto de ação rescisória.

Art. 13. Caberá reclamação contra o descumprimento da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, na forma do seu Regimento Interno.

Art. 14. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 03 de dezembro de 1999; 178º da Independência e 111º da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO
José Carlos Dias

LEI Nº 9.756, DE 17 DE DEZEMBRO DE 1998
(DOU 18.12.1998, ret. DOU 05.01.1999)

Dispõe sobre o processamento de recursos no âmbito dos tribunais

O Presidente da República

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º. A Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, passa a vigorar com as seguintes alterações:

"Art. 120.

Parágrafo único. Havendo jurisprudência dominante do tribunal sobre a questão suscitada, o relator poderá decidir de plano o conflito de competência, cabendo agravo, no prazo de cinco dias, contado da intimação da decisão às partes, para o órgão recursal competente."

"Art. 481.

Parágrafo único. Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão."

"Art. 511. No ato de interposição do recurso, o recorrente comprovará, quando exigido pela legislação pertinente, o respectivo preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, sob pena de deserção." (NR)

"§ 1º. São dispensados de preparo os recursos interpostos pelo Ministério Público, pela União, pelos Estados e Municípios e respectivas autarquias, e pelos que gozam de isenção legal.

§ 2º. A insuficiência no valor do preparo implicará deserção, se o recorrente, intimado, não vier a supri-lo no prazo de cinco dias."

"Art. 542.

§ 3º. O recurso extraordinário, ou o recurso especial, quando interpostos contra decisão interlocutória em processo de conhecimento, cautelar, ou embargos à execução ficará retido nos autos e somente será processado se o reiterar a parte, no prazo para a interposição do recurso contra a decisão final, ou para as contra-razões."

"Art. 544.

§ 3º. Poderá o relator, se o acórdão recorrido estiver em confronto com a súmula ou jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça, conhecer do agravo para dar provimento ao próprio recurso especial; poderá ainda, se o instrumento contiver os elementos necessários ao julgamento do mérito, determinar sua conversão, observando-se, daí por diante, o procedimento relativo ao recurso especial."(NR)

"....."

"Art. 545. Da decisão do relator que não admitir o agravo de instrumento, negar-lhe provimento ou reformar o acórdão recorrido, caberá agravo no prazo de cinco dias, ao órgão competente para o julgamento do recurso, observado o disposto nos §§ 1º e 2º do artigo 557." (NR)

"Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior." (NR)

"§ 1º-A. Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso."

"§ 1º. Da decisão caberá agravo, no prazo de cinco dias, ao órgão competente para o julgamento do recurso, e, se não houver retratação, o relator apresentará o processo em mesa, proferindo voto; provido o agravo, o recurso terá seguimento." (NR)

"§ 2º. Quando manifestamente inadmissível ou infundado o agravo, o tribunal condenará o agravante a pagar ao agravado multa entre um e dez por cento do valor corrigido da causa, ficando a interposição de qualquer outro recurso condicionada ao depósito do respectivo valor."

Art. 2º. Os artigos 896 e 897 do Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 - Consolidação das Leis do Trabalho, passam a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 896. Cabe Recurso de Revista para Turma do Tribunal Superior do Trabalho das decisões proferidas em grau de recurso ordinário, em dissídio individual, pelos Tribunais Regionais do Trabalho, quando:

a) derem ao mesmo dispositivo de lei federal interpretação diversa da que lhe houver dado outro Tribunal Regional, no seu Pleno ou Turma, ou a Seção de Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, ou a Súmula de Jurisprudência Uniforme dessa Corte;

b) derem ao mesmo dispositivo de lei estadual, Convenção Coletiva de Trabalho, Acordo Coletivo, sentença normativa ou regulamento empresarial de observância obrigatória em área territorial que exceda a jurisdição do Tribunal Regional prolator da decisão recorrida, interpretação divergente, na forma da alínea a;

c) proferidas com violação literal de disposição de lei federal ou afronta direta e literal à Constituição Federal.

§ 1º. O Recurso de Revista, dotado de efeito apenas devolutivo, será apresentado ao Presidente do Tribunal recorrido, que poderá recebê-lo ou denegá-lo, fundamentando, em qualquer caso, a decisão.

§ 2º. Das decisões proferidas pelos Tribunais Regionais do Trabalho ou por suas Turmas, em execução de sentença, inclusive em processo incidente de embargos de terceiro, não caberá Recurso de Revista, salvo na hipótese de ofensa direta e literal de norma da Constituição Federal.

§ 3º. Os Tribunais Regionais do Trabalho procederão, obrigatoriamente, à uniformização de sua jurisprudência, nos termos, do Livro I, Título IX, Capítulo I do CPC, não servindo a súmula respectiva para ensejar a admissibilidade do Recurso de Revista quando contrariar Súmula da Jurisprudência Uniforme do Tribunal Superior do Trabalho.

§ 4º. A divergência apta a ensejar o Recurso de Revista deve ser atual, não se considerando como tal a ultrapassada por súmula, ou superada por iterativa e notória jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho.

....." (NR)

"Art. 897.

§ 5º. Sob pena de não conhecimento, as partes promoverão a formação do instrumento do agravo de modo a possibilitar, caso provido, o imediato julgamento do recurso denegado, instruindo a petição de interposição:

I - obrigatoriamente, com cópias da decisão agravada, da certidão da respectiva intimação, das procurações outorgadas aos advogados do agravante e do agravado, da petição inicial, da contestação, da decisão originária, da comprovação do depósito recursal e do recolhimento das custas;

II - facultativamente, com outras peças que o agravante reputar úteis ao deslinde da matéria de mérito controvertida.

§ 6º. O agravado será intimado para oferecer resposta ao agravo e ao recurso principal, instruindo-a com as peças que considerar necessárias ao julgamento de ambos os recursos.

§ 7º. Provido o agravo, a Turma deliberará sobre o julgamento do recurso principal, observando-se, se for o caso, daí em diante, o procedimento relativo a este recurso."

Art. 3º. A Lei nº 8.038, de 28 de maio de 1990, passa a vigorar acrescida dos seguintes artigos:

"Art. 41-A. A decisão de Turma, no Superior Tribunal de Justiça, será tomada pelo voto da maioria absoluta de seus membros.

Parágrafo único. Em habeas corpus originário ou recursal, havendo empate, prevalecerá a decisão mais favorável ao paciente.

Art. 41-B. As despesas do porte de remessa e retorno dos autos serão recolhidas mediante documento de arrecadação, de conformidade com instruções e tabela expedidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça.

Parágrafo único. A secretaria do tribunal local zelará pelo recolhimento das despesas postais."

Art. 4º. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 17 de dezembro de 1998; 177º da Independência e 110º da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO

EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 3, DE 1993
(DOU 18.03.1993)

Altera dispositivos da Constituição Federal

As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do § 3º do artigo 60 da Constituição Federal, promulgam a seguinte Emenda ao texto constitucional:

Art. 1º. Os dispositivos da Constituição Federal abaixo enumerados passam a vigorar com as seguintes alterações:

"Art. 40.

§ 6º. As aposentadorias e pensão dos servidores públicos federais serão custeadas com recursos provenientes da União e das contribuições dos servidores, na forma da lei."

"Art. 42.

§ 10. Aplica-se aos servidores a que se refere este artigo, e a seus pensionistas, o disposto no artigo 40, §§ 4º, 5º e 6º."

"Art. 102.

I -

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;

§ 1º. A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.

§ 2º. As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo."

"Art. 103.

§ 4º. A ação declaratória de constitucionalidade poderá ser proposta pelo Presidente da República, pela Mesa do Senado Federal, pela Mesa da Câmara dos Deputados ou pelo Procurador-Geral da República."

"Art. 150.

§ 6º. Qualquer subsídio ou isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, relativos a impostos, taxas ou contribuições, só

poderá ser concedido mediante lei específica, federal, estadual ou municipal, que regule exclusivamente as matérias acima enumeradas ou o correspondente tributo ou contribuição, sem prejuízo do disposto no artigo 155, § 2º, XII, g.

§ 7º. A lei poderá atribuir a sujeito passivo de obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento de imposto ou contribuição, cujo fato gerador deva concorrer posteriormente, assegurada a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido."

"Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

I - transmissão causa mortis e doação de quaisquer bens ou direitos;

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

III - propriedade de veículos automotores.

§ 1º. O imposto previsto no inciso I:

§ 2º. O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

§ 3º. À exceção dos impostos de que tratam o inciso II do caput deste artigo e o artigo 153, I e II, nenhum outro tributo poderá incidir sobre operações relativas à energia elétrica, serviços de telecomunicações, derivados de petróleo, combustíveis e minerais do País."

"Art. 156.

III - serviços de qualquer natureza, não compreendidos no artigo 155, II, definidos em lei complementar.

§ 3º. Em relação ao imposto previsto no inciso III, cabe à lei complementar:

I - fixar as suas alíquotas máximas;

II - excluir da sua incidência exportações de serviços para o exterior."

"Art. 160.

Parágrafo único. A vedação prevista neste artigo não impede a União e os Estados de condicionarem a entrega de recursos ao pagamento de seus créditos, inclusive de suas autarquias."

"Art. 167.

IV - A vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, ressalvadas a repartição do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os artigos 158 e 159, a destinação de recursos para manutenção e desenvolvimento do ensino, como determinado pelo artigo 212, e a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita, previstas no artigo 165, § 8º, bem assim o disposto no § 4º deste artigo;

§ 4º. É permitida a vinculação de receitas próprias geradas pelos impostos a que se referem os artigos 155 e 156, e dos recursos de que tratam os artigos 157, 158 e 159, I, a e b, e II, para a prestação de garantia ou contra garantia à União e para pagamento de débitos para com esta."

Art. 2º. A União poderá instruir, nos termos de lei complementar, com vigência até 31 de dezembro de 1994, impostos sobre movimentação ou transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira.

§ 1º. A alíquota do imposto de que trata este artigo não excederá a vinte e cinco centésimos por cento, facultado ao Poder Executivo reduzi-la ou restabelecê-la, total ou parcialmente, nas condições e limites fixados em lei.

§ 2º. Ao imposto de que trata este artigo não se aplica o artigo 150, III, b, e VI, nem o dispositivo no § 5º do artigo 153 da Constituição.

§ 3º. O produto da arrecadação do Imposto de que trata este artigo não se encontra sujeito a qualquer modalidade de repartição com outra entidade federada.

§ 4º. Do produto da arrecadação do imposto de que trata este artigo, serão destinados vinte por cento para custeio de programas de habitação popular.

Art. 3º. A eliminação do adicional ao Imposto sobre a Renda, de competência dos Estados, decorrente desta Emenda Constitucional, somente produzirá efeitos a partir de 1º de janeiro de 1996, reduzindo-se a correspondente alíquota, pelo menos, a dois e meio por cento no exercício financeiro de 1995.

Art. 4º. A eliminação do imposto sobre vendas a varejo de combustíveis líquidos e gasosos, de competência dos Municípios, decorrentes desta Emenda Constitucional, somente produzirá efeitos a partir de 1º de janeiro de 1996, reduzindo-se a correspondente alíquota, pelo menos, a um e meio por cento no exercício financeiro de 1995.

Art. 5º. Até 31 de dezembro de 1999, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios somente poderão emitir títulos da dívida pública no montante necessário ao refinanciamento do principal, devidamente atualizado de suas obrigações, representadas por essa espécie de títulos, ressalvado o disposto no artigo 33, parágrafo único, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Art. 6º. Revogam-se o inciso IV e o § 4º do artigo 156 da Constituição Federal.

Mesa da Câmara dos Deputados**Deputado Inocêncio Oliveira, Presidente****Deputado Adylson Motta, 1º Vice-Presidente****Deputado Fernando Lyra, 2º Vice-Presidente****Deputado Wilson Campos, 1º Secretário****Deputado Cardoso Alves, 2º Secretário****Deputado B. Sá, 4º Secretário.****Mesa do Senado Federal****Senador Humberto Lucena, Presidente****Senador Chagas Rodrigues, 1º Vice-Presidente****Senador Levy Dias, 2º Vice-Presidente****Senador Júlio Campos, 1º Secretário****Senador Nabor Júnior, 2º Secretário****Senadora Júnia Marise, 3º Secretário****Senador Nelson Wedekin, 4º Secretário**