

Advocacia nos Tribunais Superiores*

José Guilherme Villela

Advogado.

SUMÁRIO: I – Aspectos gerais da atividade profissional; a) Petições, alegações e memoriais; b) Sustentações orais; II – Aspectos peculiares aos diversos feitos; a) Recurso extraordinário e recurso especial; b) Reclamação; c) Ações originárias; d) *Habeas corpus* e mandados de segurança; e) Controle de constitucionalidade.

I – ASPECTOS GERAIS DA ATIVIDADE PROFISSIONAL

Não ignoro que a motivação do honroso convite para participar deste Seminário promovido pelo prestigioso IDP se deve, menos ao saber jurídico, que, certamente, não possuo, do que à antigüidade na militância profissional perante o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, os quais serão focalizados nesta exposição sob o ângulo particular do advogado.

2. Prescindindo de digressões doutrinárias sobre nosso nobilitante múnus profissional, procurarei encarar o lado prático de nosso ofício em face dessas Altas Cortes Superiores.

3. A primeira observação a fazer é que a advocacia, mesmo em nível tão alto, não exige do profissional senão o diploma de bacharel em direito e a inscrição na Ordem. Não raro se ouvem advertências no sentido da conveniência de sujeitar os advogados a uma habilitação específica para exercício dessa advocacia, mas não é essa a tradição do País, onde até mesmo o elementar e necessário Exame de Ordem ainda suscita controvérsias.

4. Como é óbvio que a advocacia no STF e no STJ exige preparo técnico mais apurado do que a realizada nas instâncias ordinárias, nas quais têm plena aplicação os brocardos *da mihi factum dabo tibi jus, jura novit curia* ou *la Cour connaît le droit*, muitas vezes ocorre que o litigante perca a causa ou sofra algum outro gravame por efeito da incapacidade do seu representante judicial ou da inépcia de seus arrazoados ou alegações. Esse, porém, é um risco inevitável da clientela do Poder Judiciário, que nós advogados, com esforço e trabalho, por certo, poderemos diminuir ou quase eliminar.

* Palestra proferida em 18.12.2004 no Seminário "Técnica Jurídica: O Direito no Dia-a-Dia", promovido em Brasília pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

5. Outro ponto a salientar, desde logo, é que a advocacia no STF e no STJ não impõe, necessariamente, o domicílio profissional em Brasília. É que, embora sediados na Capital da União, esses órgãos têm jurisdição em todo o território nacional e estão aptos a receber petições originárias de qualquer parte do País. Hoje, até mesmo o diligente acompanhamento da tramitação dos processos nas Cortes – por mais morosa que ainda, infelizmente, seja – pode ser feito seguramente mercê dos prodigiosos meios da informática, que são de uso generalizado. Já houve tempo em que tudo dependia da publicação dos atos no Diário da Justiça, de feição gráfica anacrônica e distribuição irregular e retardada, mas superamos esses inconvenientes com o aperfeiçoamento daquela publicação oficial, a numeração ordenada das intimações e o índice de nomes das partes e dos advogados, sem falar nos aludidos recursos da informática, cuja ausência os mais jovens não poderiam sequer imaginar.

6. A presença constante do advogado nos trabalhos dos Tribunais também poderia favorecer o advogado residente na Capital, quando as sessões não eram transmitidas pela televisão e o contato pessoal com Juizes e servidores das Secretarias era mais fácil (atualmente, tanto os advogados de Brasília, quanto os dos Estados, só são atendidos nos gabinetes mediante prévia marcação de horários, nem sempre para datas muito próximas). Já tive ocasião de dizer, numa reunião de advogados, que, embora fosse da tradição brasileira nosso livre ingresso e trânsito nas repartições judiciais e cartoriais, o Poder Judiciário, ultimamente, vem mudando a feição de suas antigas e modestas instalações, que facilitavam o mais próximo convívio da comunidade forense. Predominam hoje palácios faraônicos e uma verdadeira paranóia de segurança que impõe aos advogados constrangedoras medidas de controle, como crachás de identificação e registros fotográficos.

7. Satisfeitas essas exigências dos encarregados da segurança, o advogado não encontra maiores obstáculos na execução de suas tarefas habituais, nem mesmo em relação às defesas orais nas sessões de julgamento, para o que basta anunciar aos funcionários o propósito de sustentar e até mesmo o pedido de preferência (desde os primeiros tempos da nova Capital, essa preferência sempre tem sido assegurada aos advogados residentes nos Estados, para livrá-los de estada mais prolongada e onerosa fora de sua residência).

8. Ainda no plano desta introdução, cabe uma referência aos instrumentos principais de que se valem os advogados no desempenho da atividade profissional perante os dois Tribunais de que ora nos ocupamos, que são, evidentemente, as alegações escritas e as sustentações orais.

9. Não carece tratar aqui – porque esse tema já foi abordado em palestras anteriores deste Seminário – da técnica de elaboração dos trabalhos de advocacia, mas, como antigo advogado militante, não posso furtar-me a algumas ligeiras observações práticas, seja em relação aos arrazoados, seja no tocante às defesas orais.

a) Petições, alegações e memoriais

10. Quem se der ao trabalho de confrontar as peças escritas de hoje e de ontem, logo perceberá que o advogado moderno não produz mais as longas e eruditas dissertações do passado, refertas de incursões na doutrina e no direito comparado, bem assim da exposição e discussão de concepções teóricas em torno dos problemas da lide. Se algum militante puder e quiser adotar esse modelo superado corre, sem dúvida, o risco imediato de não ser lido, pois a carga de processos pendentes de apreciação dos Ministros do STF e do STJ é assombroso, não lhes permitindo senão resolver as questões necessárias à normal solução da causa; daí ser de toda a conveniência prática que tais questões lhes sejam submetidas pelos advogados mediante petições ou arrazoados claros, concisos e, quando possível, corretos, de modo a poupar-lhes o tempo, sempre muito escasso para o exame de cada vez maior número de feitos (nesse particular, venho observando que a facilidade de editar textos escritos por computador, paradoxalmente, tem ampliado em demasia as dimensões das peças advocatícias, não raro simples produto do aproveitamento, até mesmo inadequado, de textos anteriores).

11. A necessidade de facilitar o exame das alegações escritas pelos Ministros, ainda no já distante ano de 1963, levou o próprio STF a recomendar aos advogados um modelo para os trabalhos, que, como devem lembrar-se os mais antigos, provocou protestos gerais da classe, sempre muito ciosa de sua liberdade na execução das tarefas profissionais. A esse tempo, década de 60, o notável e saudoso Ministro VICTOR NUNES LEAL empreendeu ingente esforço no sentido da racionalização do serviço da Corte, que já se considerava, então, excessivo (à guisa de meros exemplos, o julgamento monocrático de recursos dirigidos ao Tribunal e a Súmula são frutos sazonados desse verdadeiro apostolado).

12. O texto dessa Terceira Emenda do Regimento Interno, que foi aprovada na sessão de 28.08.1963, praticamente desapareceu das numerosas edições regimentais posteriores, talvez até mesmo pela forte reação adversa do foro, motivo pelo qual julgo conveniente recordá-lo agora. Com declarada inspiração no exemplo da Suprema Corte americana, VICTOR NUNES conseguiu que o STF adotasse a seguinte disposição aplicável a todas as alegações e memoriais, embora estabelecida como simples recomendação aos advogados:

“As petições iniciais, contestações, recursos, arrazoados e memoriais, de qualquer natureza, dirigidos ao Supremo Tribunal Federal ou a qualquer dos Ministros, devem conter, em capítulos ou parágrafos separados, os seguintes elementos, nesta ordem de colocação:

I – *Exposição* – Relatório sucinto das etapas e incidentes do processo e dos fatos a que o mesmo se refere, no que for de interesse para o julgamento.

II – *Cabimento* – Natureza da peça, com citação da norma jurídica em que se apóia.

III – *Oportunidade* – Demonstração sucinta de ter sido o pedido ou recurso apresentado no prazo legal com remissão às folhas dos autos ou aos números dos documentos, que o comprovem.

IV – *Decisões ou atos impugnados* – Citação precisa, inclusive quanto às folhas dos autos, das decisões ou atos impugnados.

V – *Questões apresentadas* – As teses ou proposições de direito sustentadas na petição, arrazoado ou memorial enunciadas separadamente em forma sucinta, podendo ser referidas às circunstâncias ou particularidades do processo.

VI – *Direito aplicável* – Indicação das normas de direito que a parte considere aplicáveis ao caso, fazendo prova do teor e vigência do direito estadual, municipal e estrangeiro.

VII – *Precedentes Judiciais* – Indicação, com precisa referência às fontes, dos julgados que a parte considere favoráveis à sua sustentação.

VIII – *Argumentação* – Demonstração das proposições ou teses afirmadas e da legitimidade da pretensão da parte, pela maneira que o signatário julgar mais adequada." (Cf. art. 1º da Terceira Emenda de 28.08.1963, in DJ de 05.09.1963, p. 2884)

13. É claro que observar em todos os arrazoados o invariável modelo recomendado tolhe a imaginação, a criatividade e a arte do causídico e o submete a ônus maiores, dificultando-lhe a elaboração de suas peças, donde o natural inconformismo que gerou no meio forense. Mas não tenho a menor dúvida – e o digo com a experiência de quem já o praticou habitualmente – que o modelo atende, com muita eficiência, ao propósito de facilitar o exame dos autos pelos Ministros, que é estágio indispensável à formação do convencimento do julgador, o qual deve ser, obviamente, o maior objetivo de nosso trabalho forense.

14. Como acentuei, o figurino do Regimento foi abandonado, hoje não há mais o dever profissional de arrazoar sob títulos invariáveis e sua colocação por ordem inflexível. Estou, no entanto, absolutamente convencido de que as informações básicas daquele modelo regimental são as que o Juiz do STF ou do STJ precisa conhecer para a boa apreciação da causa *sub judice* e, por isso mesmo, são as que ele comumente procura encontrar nos autos, muitas vezes com grande – ou até insuperável – dificuldade. Creio, assim, que facilitar essa etapa indispensável do convencimento do Tribunal é dever indeclinável do advogado, ainda quando não se encontre adstrito à observância de regras rígidas de nomenclatura e ordenação.

b) Sustentações orais

15. O outro instrumento de nossa faina de advogado nos Tribunais Superiores é a sustentação oral pelo tempo breve e improrrogável de 15 minutos, salvo nas ações penais originárias, em que a defesa de mérito, que é obrigatória, dispõe de maior tempo (uma hora).

16. A defesa oral deve ser a mais objetiva possível, dando ênfase aos pontos principais para o julgamento, sem preocupação de esgotar os fundamentos jurídicos em que se apóia ou, principalmente, de ensinar direito aos julgadores, que podem dispensar tais lições, pois sua própria investidura já pressupõe notável saber jurídico.

17. A defesa oral competente, que, a meu ver, não deve ser lida nem aparentemente decorada, talvez seja hoje o principal instrumento da advocacia perante os Tribunais Federais que, na maioria das vezes, são chamados a resolver questões de direito, que conhecem de sobra e que podem dirimir à vista de uma simples enunciação delas. A importância da defesa oral cresce à medida que a carga de processos aumenta, já que esse acúmulo torna praticamente impossível a leitura pelos Juizes de todas as peças escritas dos autos, notadamente dos memoriais habitualmente distribuídos a todos os Ministros às vésperas dos julgamentos.

18. O excessivo número de defesas orais em cada sessão não costuma ser bem recebido pela maioria dos julgadores, alguns mais preocupados com o aumento da produção de decisões ou até com a emulação advinda das habituais estatísticas. De qualquer modo, posso assegurar, pela observação de mais de 40 anos de atividade nos Tribunais Superiores, que as sustentações orais, em regra, são ouvidas com a necessária atenção, mesmo quando enfadonhas ou destituídas de boa técnica.

19. Neste tópico destinado à defesa oral, convém insistir que os Tribunais, de modo geral, estão abarrotados de recursos, a maioria deles surgidos de causas repetidas que só continuam vindo às Cortes Superiores por insistência dos entes públicos na obstinada resistência ao pagamento de suas dívidas. Há períodos em que, numa única sessão de julgamento, são decididas algumas centenas de processos, que, na verdade, só servem para as demonstrações estatísticas de eficiência burocrática. Esse quadro é peculiar à instância especial e extraordinária, mas, no plano das apelações, é muito comum também a observação de ser pequena a utilidade da defesa oral, em face da existência de um relator e de um revisor, que tiveram ocasião de manusear os autos para, com isenção, resolver a controvérsia travada entre as partes. Por uma ou outra razão, há alguma descrença dos magistrados na defesa oral, que muitos vêm como pura perda de tempo nas sessões de julgamento.

20. O legislador, contudo, vem encorajando o exercício da oralidade, a ponto de haver o Estatuto da Ordem (Lei nº 8.906, de 04.03.1994) estabeleci-

do, no inciso IX do art. 7º, que a sustentação poderá ser feita *após o voto do relator*. Como procurei mostrar em trabalho anterior, essa norma estatutária pretendeu repriminar a antiga Lei Castilho Cabral (Lei nº 2.970, de 24.11.1956), que o Supremo Tribunal Federal – sem provocação de qualquer interessado e agindo de ofício, talvez pela única vez em sua centenária história – julgou inconstitucional dois dias após a publicação da referida Lei no órgão oficial (DO de 28.11.1956 e julgamento na sessão de 30.11.1956, *ut DJ* de 01.12.1956). Nesse insólito julgamento, só votaram vencidos os saudosos Ministros LUIZ GALLOTTI e HANNEMANN GUIMARÃES, que, aliás, não eram oriundos da magistratura. Pelos magistrados possivelmente haja falado o grande e saudoso Ministro NELSON HUNGRIA, que, com sua proverbial veemência, assim anatematizou a Lei de 1956:

“Foi, naturalmente, um desses advogados teimosos, obstinados, que não se arredam jamais de seus agudíssimos ângulos de visão, supondo-se monopolizadores, detentores exclusivos da verdade, que soprou nos ouvidos de Licurgo a fórmula da Lei nº 2.970. Os juízes relatores estariam sujeitos a todos os atropelos da oratória de tais advogados. Se há advogados serenos e corteses, outros há que andam sempre com quatro pedras na mão, não se abstendo de linguagem contundente ou desrespeitosamente irônica para com os juízes, esquecidos de que estes são os agentes do Poder Público que mais necessitam do acatamento e crédito de confiança dos que pleiteiam por seus interesses.” (*apud* RUY DE AZEVEDO SODRÉ, em *O Advogado e a Ética Profissional*, ed. de 1967, p. 525)

21. Diante de tão surpreendente e indignada repulsa da Suprema Corte à Lei nº 2.970/56, só restou ao Senado Federal suspender-lhe a vigência mediante a Resolução nº 23, de 1959.

22. Esta última tentativa estatutária de assegurar que a sustentação oral seja posposta ao voto do relator não teve melhor sorte. Já agora por regular provocação do Procurador-Geral da República, na via própria da ação direta de inconstitucionalidade, o Supremo Tribunal, com a serenidade do estilo, voltou a fulminar a mesma providência, que, sendo matéria de economia interna dos Tribunais, só poderia caber aos respectivos Regimentos Internos. Houve dois substanciosos votos dissidentes dos Ministros SEPÚLVEDA PERTENCE e MARCO AURÉLIO, tendo sido lavrado o acórdão pelo Ministro PAULO BROSSARD, que resumiu nesta expressiva ementa a opinião que vem predominando na Corte nos últimos 50 anos:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Inciso IX, do art. 7º, da Lei nº 8.906/94 (Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil), que *pospõe a sustentação oral do advogado ao voto do relator*. Liminar.

Os antigos regimentos lusitanos se não confundem com os regimentos internos dos tribunais; de comum eles têm apenas o nome. Aque-

les eram variantes legislativas, da monarquia absoluta, enquanto estes resultam do fato da elevação do Judiciário a Poder do Estado e encontram no Direito Constitucional seu fundamento e previsão expressa.

O ato do julgamento é o momento culminante da ação jurisdicional do Poder Judiciário e há de ser regulado em seu regimento interno, com exclusão de interferência dos demais Poderes.

A questão está em saber se o legislador se conteve nos limites que a Constituição lhe traçou ou se o Judiciário se manteve nas raias por ela traçadas, para resguardo de sua autonomia. Necessidade do exame em face do caso concreto.

A lei que interferisse na ordem do julgamento violaria a independência do Judiciário e sua conseqüente autonomia.

Aos tribunais compete elaborar seus regimentos internos, e neles dispor acerca de seu funcionamento e da ordem de seus serviços. Esta atribuição constitucional decorre de sua independência em relação aos Poderes Legislativo e Executivo.

Esse poder, já exercido sob a Constituição de 1891, tornou-se expresso na Constituição de 34, e desde então vem sendo reafirmado, a despeito dos sucessivos distúrbios institucionais.

A Constituição subtraiu ao legislador a competência para dispor sobre a economia dos tribunais e a estes a imputou, em caráter exclusivo.

Em relação à economia interna dos tribunais a lei é o seu regimento.

O regimento interno dos tribunais é lei material. Na taxinomia das normas jurídicas o regimento interno dos tribunais se equipara à lei. A prevalência de uma ou de outro depende da matéria regulada, pois são normas de igual categoria. *Em matéria processual prevalece a lei, no que tange ao funcionamento dos tribunais o regimento interno prepondera.*

Constituição, arts. 5º, LIV e LV, e 96, I, a.

Relevância jurídica da questão: precedente do STF e resolução do Senado Federal.

Razoabilidade da suspensão cautelar de norma que alterou a ordem dos julgamentos, que é deferida até o julgamento da ação direta.” (ADInMC 1.105, de 03.08.1994)

23. Apesar de essa providência – repito afirmação anterior – ter dado lugar a uma visceral confrontação entre o Supremo e a nossa classe, tenho eu minhas dúvidas de que seria sempre conveniente ao advogado falar após

o voto do relator, quando, eventualmente, contrário ao interesse por ele defendido, pois, nessa hipótese, passaria a ter o óbvio encargo de opor àquele voto uma réplica imediata e convincente. Para apontar possível erro do relator, parece-me muito mais útil a prestação de esclarecimento sobre matéria de fato durante o julgamento, que os tribunais costumam admitir num caso ou noutro com maior ou menor liberalidade, mas não podem recusá-la, já que o art. 7º, X, do Estatuto, atribui ao advogado também o direito de “usar da palavra, pela ordem, em qualquer juízo ou tribunal, mediante intervenção sumária, para esclarecer equívoco ou dúvida surgida em relação a fatos, documentos ou afirmações que influam no julgamento, bem como para replicar acusação ou censura que lhe forem feitas”. Com essa norma, sem dúvida, se previne o manifesto inconveniente do prolongamento excessivo e estéril da discussão, sem impossibilitar um efetivo e oportuno esclarecimento de fato sobre erro passível de comprometer o próprio julgamento.

24. Lamentavelmente, os maus profissionais podem valer-se da oportunidade da defesa oral até para ofender os juizes, por certo, considerando-se protegidos pela *libertas conviciandi* garantida pelo Código Penal, cujo art. 142, de fato, estabelece não constituir injúria ou difamação punível a ofensa irrogada em juízo, na discussão da causa, pela parte ou seu procurador. Vale, contudo, lembrar que, segundo a opinião prevalecente, a imunidade em apreço não acoberta a ofensa irrogada ao juiz da causa, pois não vingou o magistral e belo ensinamento que nos legou o insigne Desembargador RAPHAEL DE ALMEIDA MAGALHÃES num antológico despacho de 1928. A lição é muito conhecida, mas não deixarei de reproduzir a passagem final, que dá cabal testemunho da excelsa qualidade daquele magistrado mineiro, que tanto ilustrou o antigo Tribunal da Relação:

“Apontar os erros do julgador, profligar-lhe os deslizos, os abusos, as injustiças em linguagem veemente, é direito sagrado do pleiteante. O calor da expressão há de ser proporcionado à injustiça que a parte julgue ter sofrido. Nada mais humano do que a revolta do litigante derrotado. Seria uma tirania exigir que o vencido se referisse com meiguice e doçura ao ato judiciário e à pessoa do julgador que lhe desconheceu o direito. O protesto há de ser, por força, em temperatura alta. O juiz é que tem de se revestir da couraça e da insensibilidade profissional necessária para não perder a calma e não cometer excessos.” (RF, 51/629)

25. Finalizando a primeira parte destas palavras dedicadas aos aspectos gerais da atividade profissional do advogado perante o STF e o STJ, lembro que se lhe assegura, ainda por norma legal expressa, o direito a exame de quaisquer autos de processos judiciais ou administrativos e à vista deles fora de secretarias, cartórios ou repartições públicas. Nos Regimentos Internos das Cortes Superiores, essa vista, que já se tornou habitual, se encontra satisfatoriamente disciplinada (Reg. STF, art. 86, e Reg. STJ, art. 94).

II – ASPECTOS PECULIARES AOS DIVERSOS FEITOS

26. Nesta segunda parte da exposição, desejo assinalar – ainda sob a ótica exclusiva do advogado militante – alguns aspectos peculiares aos principais feitos a cargo do STF e do STJ, cuja competência, como é notório, está definida diretamente na Carta Magna (arts. 102 e 105) e compreende assim os processos originários como os recursos ordinários e os de feição extraordinária ou especial.

a) Recurso extraordinário e recurso especial

27. Até o advento da Carta de 88, a idéia de reservar o Supremo Tribunal para as questões de natureza exclusivamente constitucional sempre se renovava com o propósito de obviar o mal do notório congestionamento dos serviços judiciários, que resultava principalmente da massa de recursos extraordinários e de agravos originários da denegação do próprio extraordinário pelo juízo prévio de admissibilidade, ainda no Tribunal de origem. A providência jamais foi apoiada pelo próprio Tribunal, que, em sentido diametralmente oposto, se manifestou, em caráter oficial, pelo menos duas vezes (em 1965 e em 1986), mas acabou triunfando na Assembléia Constituinte de 87/88.

28. Modificando profundamente o modelo então vigente, que atribuía ao STF, além das funções peculiares às chamadas Cortes Constitucionais, a de Tribunal da Federação e, por isso mesmo, garantidor da autoridade e da unidade do direito federal em todo o País, a Constituição de 88 instituiu o Superior Tribunal de Justiça com a precípua função de tutela do direito federal.

29. Assim, o velho recurso extraordinário sofreu um processo de cissiparidade, dando origem a um novo recurso denominado especial, destinado ao contencioso infraconstitucional, que passou a coexistir com o recurso extraordinário, desde então, limitado, tão-somente, ao contencioso constitucional.

30. Com o considerável reforço do controle abstrato e concentrado, que o STF exerce por via das ações diretas de inconstitucionalidade ou declaratórias de constitucionalidade, a Corte caminha celeremente para o destino de Corte Constitucional exclusiva, deixando ao STJ parte do papel que era seu e que tanto relevo lhe deu sua quase centenária presença na definição e interpretação do direito brasileiro, notadamente dos principais Códigos e leis do País.

31. A Corte Suprema, malgrado conserve a eminente função política de guarda maior da Constituição, perdeu a relevante atribuição técnico-jurídica de dizer o sentido e o alcance das normas legais ordinárias, que é a matéria com a qual se defronta a cada dia nossa atividade profissional, enquanto ministério privado (basta acentuar que, nesses últimos 15 anos, os advogados já batemos às portas do STJ em mais de 700 mil recursos espe-

ciais e em outros 650 mil agravos interpostos de denegação de tentativas frustradas de recursos especiais, o que mostra já estarmos perto de um milhão e meio de recursos ou de quase 500 mil por quinquênio).

32. À época, o principal fundamento para subtrair parte da competência do STF em favor do STJ era a existência da criticada e criticável arguição de relevância, que permitia ao Supremo excluir de sua apreciação inúmeros possíveis recursos extraordinários, o mais das vezes, frise-se, de natureza meramente protelatória do encerramento dos litígios definitivamente dirimidos pelas Justiças Estaduais ou pela Federal.

33. Com a recente Reforma do Judiciário, em parte já promulgada, mas ainda não publicada, e noutra parte dependente da aguardada reapreciação pela Câmara dos Deputados, o requisito da relevância ressurgiu com outro nome – *repercussão geral* das questões constitucionais para o recurso extraordinário do STF e, para o recurso especial do STJ, *casos de inadmissibilidade por previsão da lei*, e não mais do Regimento Interno, como antes.

34. O requisito da alta relevância da questão federal, tal como sugerido pelo Ministro VICTOR NUNES ainda em 1965 (*Reforma Judiciária*, DIN, 1965), parece ser mesmo o melhor caminho, se se quiser manter os recursos de índole extraordinária ou especial, que são imperativo de nosso modelo de Estado Federal, já que a plena liberdade de recorrer, mais cedo ou mais tarde, inviabilizará o funcionamento das Cortes Federais, que não poderão suportar o imenso crescimento da demanda de recursos neste País continental. A meu ver, o que se deve evitar a todo custo é o ressurgimento da antiga arguição de relevância, que se processava em apartado e, além de adotar um frívolo e exagerado tecnicismo, se sujeitava a julgamento secreto e não motivado.

35. No que concerne aos recursos extraordinário e especial, como se vê, a recente Reforma Judiciária ainda depende da prometida complementação do legislador ordinário, que, por certo, terá o escopo de desestimular os inúmeros recursos meramente procrastinatórios, mediante sanções pecuniárias às partes e até a seus procuradores, como já se anunciou. Assinalo, desde logo, dois pontos da recente Reforma relacionados com os pressupostos constitucionais do RE e do REsp, que, provavelmente, foram adotados para corrigir imperfeição do constituinte de 88.

36. O primeiro deles foi a inclusão de novo caso de recurso extraordinário – “d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal” – que, embora típica questão constitucional, fora arrolada entre os casos de recurso especial a cargo do STJ (atual alínea b, III, do art. 105, já que esta correção ainda depende da esperada apreciação pela Câmara dos Deputados).

37. O outro ponto, este sim já aprovado pela recente EC 45/04, é a inclusão da contrariedade a dispositivo da Constituição, entre os casos de

recurso especial pela letra a, de modo a eliminar a anomalia de impedir que o STJ examine, como qualquer juiz, matéria constitucional no âmbito do recurso especial, o que, à primeira vista, parece modificar a sistemática anterior da simultaneidade desses dois recursos para estabelecer a regra da sucessividade (será que se pretende que a palavra definitiva do STF sobre eventual ofensa à Constituição só venha a ocorrer após o pronunciamento do STJ sobre a mesma matéria?) Aí está, dentre muitos outros, um problema delicado que o legislador ordinário ainda terá de resolver sob a inspiração das luzes dos operadores do direito, notadamente do Presidente NELSON JOBIM, que vem assumindo uma nítida liderança na condução da ansiada Reforma Judiciária, que a EC 45/04 apenas iniciou.

38. Ainda com a recente EC 45, de 08.12.2004, emprestou-se força vinculante à Súmula do STF, como se colhe do novo art. 103-A, assim redigido:

“O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.”

39. A seu turno, caberá ao STJ a possibilidade de adoção de Súmula impeditiva de recursos, como se depreende do art. 105-A da segunda parte da Reforma Judiciária em vias de conclusão, que é deste teor:

“O Superior Tribunal de Justiça poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre a matéria, aprovar Súmula que, a partir de sua publicação, constituir-se-á em impedimento a interposição de quaisquer recursos contra a decisão que a houver aplicado, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.”

40. Vê-se, pois, que a Súmula foi, entre nós, uma instituição que fez fortuna: imaginada em janeiro de 1964 com a despreziosa finalidade de “não somente proporcionar maior estabilidade à jurisprudência, mas também facilitar o trabalho dos advogados e do Tribunal, simplificando o julgamento das questões mais freqüentes”, consoante se lê na Explicação Preliminar da lavra do relator VICTOR NUNES LEAL, passou a ser imitada por numerosos órgãos judiciários e administrativos e está agora a ponto de converter-se numa peculiar e anômala regra jurídica de máxima cogência, passível de impor-se até mesmo pela via excepcional da reclamação.

41. Não deve causar espanto esta evidente tendência legislativa no sentido de cercear os recursos extraordinário e especial, porquanto, em ver-

dade, a prática dos litigantes ficou longe da ortodoxia e da finalidade política desses instrumentos de impugnação de decisões dos Tribunais estaduais ou regionais. De fato, é comum os recorrentes tentarem, mediante esses recursos, transformar o STJ e o STF em 3ª e 4ª instâncias ordinárias, o que, certamente, concorre para agravar a decantada lentidão das causas judiciais.

42. Decerto, em termos ortodoxos, não importa, para os recursos extraordinário ou especial, que se tenha feito alguma injustiça à parte vencida ou que se tenha negado o *jus litigatoris*; a eventual reparação dessa injustiça deve ser tentada por meio dos recursos ordinários previstos nas leis processuais. Em tema de recurso extraordinário ou de recurso especial, a preocupação única deve ser o restabelecimento da norma constitucional ou infraconstitucional acaso violada, isto é, a solução da *quaestio juris* federal suscitada pelo recorrente em face do decidido pelo Tribunal de origem.

43. Ao apreciar o recurso extraordinário ou o recurso especial, o STF ou o STJ não reexaminam a matéria de fato ou de prova, mesmo quando a instância ordinária não o tenha feito corretamente. Tomando os fatos na versão aceita pelo acórdão recorrido, verificam aquelas Cortes, tão-somente, se a norma constitucional ou infraconstitucional federal foi bem aplicada àqueles fatos ou se, no caso do recurso especial, o Tribunal a quo divergiu de outro Tribunal, quanto ao *jus in thesi*.

44. As regras técnicas a observar nesses recursos vêm sendo objeto de longa gestação, notadamente no STF, que durante quase um século as elaborou no dia-a-dia das disputas judiciais (após 89, o STJ recolheu, como era de esperar, o trabalho acumulado, mas vem ministrando sua contribuição original no trato da matéria; a princípio, manifestou tendência liberal, suavizando alguns rigores do prequestionamento e repudiando a tese da interpretação razoável, a que alude a temida Súmula nº 400/STF; atualmente, premido pela insuportável pleora de recursos, vem, ele próprio, apertando as craveiras, como mostram os exigentes julgamentos monocráticos de agravos sempre denegados em face de deficiências mínimas e facilmente supríveis quanto à formação do instrumento).

45. Como os recursos extraordinário e especial são os mais freqüentes na atividade dos advogados, apresentam rica casuística cotidianamente debatida nas Cortes Superiores e numerosas questões já constam até da Súmula, tanto do Supremo, quanto do Superior Tribunal (conquanto de interesse geral, o tempo reservado a esta palestra não permitiria nem mesmo examiná-la à *vol d'oiseau*, razão pela qual só destacarei agora algumas questões de ordem genérica).

46. É notório que os pressupostos especiais desses dois recursos passam primeiro pelo crivo dos Tribunais de origem, no qual se sujeitam a um juízo prévio de admissibilidade a cargo da Presidência, que foi instituído pela Lei nº 3.396, de 02.06.1958, com o declarado propósito de limitar o aces-

so ao Supremo. O rigor do juízo primeiro de admissibilidade, que se vem acentuando a cada dia, é a causa principal da proliferação dos agravos de instrumento, que, no passado, eram julgados pelo colegiado, mas, desde 1963, são invariavelmente submetidos a decisões monocráticas dos relatores, das quais, à sua vez, cabe agravo para o respectivo órgão colegiado, antes previsto apenas nos Regimentos Internos, daí o nome tradicional – agravo regimental. Como hoje está estabelecido na própria lei (CPC, art. 544), o adjetivo tornou-se inadequado e está agora em voga agravo interno, agravo inominado ou simplesmente agravo. Qualquer que seja o nome, salvo erro conspícuo que o próprio relator acaba emendando na oportunidade do juízo de retratação, raramente o colegiado provê tal agravo, que, assim, serve apenas para acumular as pautas das Turmas.

47. Estes recursos são recebidos apenas no efeito devolutivo, mas algumas vezes as partes pretendem emprestar-lhes efeito suspensivo, o que costuma ser postulado, antes da admissão, ainda no tribunal de origem e, uma vez admitido, perante o relator do STF ou STJ pela via da medida cautelar que, no caso, obedece ao rito regimental, que é mais simples do que o codificado.

48. O requisito do prequestionamento – isto é, ter sido a questão federal ventilada na decisão recorrida – suscita também inúmeros problemas. Noutros tempos, já houve mais tolerância, com a dispensa do requisito em alguns casos, que praticamente desapareceram da crônica forense. Hoje, com censurável e censurada demasia, alguns chegam a exigir, explícita ou implicitamente, o absurdo prequestionamento numérico, que só se satisfaz com a menção do próprio artigo de lei, ignorando que basta haver tratado o acórdão impugnado da apontada questão jurídica em contrário à lei ou aos precedentes, mesmo quando não faça alusão aos pertinentes dispositivos legais.

49. A cautela contra as ciladas do prequestionamento é a oposição de embargos declaratórios, pelos quais os tribunais revelam verdadeira idiossincracia, tanto que já se fala em extingui-los, como se a única finalidade deles fosse servir para prequestionar matéria, que não pudesse ou não devesse ser prequestionada (muitos talvez presumam que os Tribunais jamais omitem a apreciação de questões sobre as quais teriam o dever de pronunciar-se...).

50. Uma novidade introduzida pela Lei nº 9.756/98, que acrescentou um § 3º ao art. 542 do CPC, diz respeito à retenção nos autos do recurso especial quando a decisão recorrida for de natureza interlocutória, o qual somente pode ser efetivamente processado, se o reiterar a parte no prazo para a interposição do recurso contra a decisão final, ou para as contrarrazões.

51. O recurso retido, que se justifica como medida processual de economia e evita o tumulto de sucessivos recursos na mesma causa, foi adotado,

no entanto, com extrema generalidade e já começaram a surgir casos em que, por exemplo, o recurso especial retido impediria que, no nascedouro, se pusesse termo ao processo, sem o julgamento do mérito de uma ação de manifesta inviabilidade. Para evitar a consumação desse mal, que consistiria em permitir que a lei fosse aplicada contrariando sua óbvia finalidade de economia processual, o STJ já vem atenuando o rigor de sua aplicação literal, como fez a 3ª Turma ao acompanhar expressivo voto do relator, Ministro EDUARDO RIBEIRO (MC 2 097, de 09.11.1999).

52. A esta altura, parece ainda adequada uma breve alusão aos embargos de divergência, que possibilitam que alguns recursos extraordinários e especiais julgados pelas Turmas sejam apreciados uma segunda vez pelo Plenário do STF ou pelas Seções ou Corte Especial do STJ (art. 546 do CPC). A norma não abrange os agravos, mesmo quando na apreciação deles possa surgir divergência entre órgãos fracionários das respectivas Cortes.

53. A denominação embargos de divergência remonta à Lei nº 623, de 1949, mas, desde então, não vinha sendo utilizada com o sentido próprio das leis processuais, pois aquela lei cuidava de um verdadeiro recurso de revista, então existente para possibilitar a uniformização de jurisprudência interna nos Tribunais.

54. Esses embargos, segundo nossa tradição, surgiram em virtude da divisão do STF em Turmas, a qual havia sido deliberada em 1931 como medida de emergência para descongestionar o serviço do Tribunal, mas se converteu em situação definitiva e permanente, impondo a manutenção desses embargos para prevenir eventuais e inconvenientes dissensões internas. A Lei nº 8.038/90 estendeu tais embargos ao Superior Tribunal de Justiça, onde são julgados, ora pelas Seções, ora pela Corte Especial, conforme a divergência apontada se estabeleça entre Turmas da mesma Seção ou de Seções diversas.

55. Os embargos de divergência não cabem, se o dissídio já foi superado (art. 266, § 3º, e Súm. 168), sendo, porém, admissíveis quando se confrontarem decisões de uma mesma Turma, embora com composição majoritária diferente, o que tem sido comum pela variação dos componentes das Turmas.

56. É muito comum a tentativa de embargos de divergência sob a alegação de discrepância com julgados ou até com enunciados das respectivas Súmulas, que consagram regras técnicas para apreciação pelo STF e pelo STJ dos recursos extraordinário e especial, as quais não teriam sido observadas, pelo menos implicitamente, no acórdão embargado. Essas Cortes, no entanto, já firmaram o entendimento de que, nessa hipótese, o embargante está simplesmente infringindo o julgado impugnado, mas não confrontando a tese jurídica por ele adotada com a tese jurídica do paradigma, como deveria fazer para justificar os mal denominados embargos de diver-

gência, que, como ocorria com a antiga revista, pressupõem dissídio quanto ao direito em tese.

57. O STJ, já desvelando certa tendência restritiva, que não surpreende diante do elevado número de recursos especiais, estabeleceu na Súmula nº 158 que “não se presta a justificar embargos de divergência o dissídio com acórdão de Turma ou Seção que não mais tenha competência para a matéria neles versada”.

58. Os problemas peculiares aos recursos extraordinário e especial, que surgiram ao longo de sua centenária prática e da necessidade de conter os freqüentes abusos, passaram a constituir uma verdadeira especialidade profissional, que já comporta atualmente vasta literatura jurídica, à qual todos dedicamos a necessária atenção, quando mais não seja para prevenir surpresas desagradáveis em nossa atividade advocatícia perante os Tribunais Federais.

59. Em suma, o retrospecto da evolução do antigo recurso extraordinário ou da atual dicotomia recurso extraordinário-recurso especial revela que estamos em marcha batida no sentido de sua virtual abolição, que só não se consumou até hoje, por não se haver encontrado um sucedâneo que, acautelando os verdadeiros propósitos da instituição desses recursos inerentes ao regime federativo, possa efetivamente impedir sua abusiva utilização pelos litigantes vencidos, mas, quase sempre, não convencidos.

b) Reclamação

60. Mercê de uma utilíssima construção pretoriana, o Supremo Tribunal vinha, há muito, admitindo reclamação sob dupla inspiração: preservar sua competência e garantir a autoridade de suas decisões.

61. A ação precursora da jurisprudência foi, sucessivamente, consagrada pelo Regimento Interno, pelo legislador e até mesmo pelo constituinte de 88 e, após a vigência da EC 45/04, poderá vir a ser utilizada à *outrance*, com o propósito de garantir maior eficácia à regra da obrigatoriedade da Súmula, conforme dispõe o § 3º do art. 103-A, *verbis*:

“Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a Súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem aplicação da Súmula, conforme o caso.”

62. Algumas vezes, vale-se o advogado da reclamação para fazer subir os agravos em casos de denegação de recursos extraordinário e especial, quando obstado seu normal seguimento nos tribunais de origem, mas pode ela fazer as vezes até de sucedâneo do *habeas corpus*, quando um

processo ou eventual condenação criminal ignorar, *v.g.*, que o processado ou condenado faça jus a foro especial no STJ ou no Supremo. Embora não seja freqüente o descumprimento de decisões do STJ e do STF pelos órgãos judiciários de menor hierarquia, o certo é que, quando isso ocorre, a reclamação constitui meio pronto e eficaz de exigir o cumprimento da lei.

63. Em caso de urgência, há possibilidade de suspensão liminar dos efeitos da decisão reclamada. Ultimamente, vem-se consolidando uma orientação jurisprudencial que não admite a reclamação quando já haja transitado em julgado a decisão impugnada, restringindo, assim, a afirmação corrente no passado de que a reclamação não se sujeitava a qualquer prazo.

c) Ações originárias

64. Certas causas se incluem na competência originária do STF ou do STJ em razão da própria natureza ou da condição das pessoas envolvidas.

65. O STF, por exemplo, é competente para processar e julgar originariamente, nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente da República, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República; nas infrações penais comum e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente.

66. Já em relação ao STJ, compete-lhe o processo e julgamento, nos crimes comuns, dos Governadores dos Estados e do Distrito Federal, dos Desembargadores dos Tribunais de Justiça, Regionais Federais, Eleitorais e do Trabalho, dos membros dos Tribunais ou Conselhos de Contas dos Estados, Distrito Federal e Municípios e do Ministério Público da União que oficiem perante Tribunais.

67. Uma peculiaridade dessas ações penais originárias, que merece destaque em termos de advocacia, refere-se ao contraditório prévio que se trava antes da própria instauração da ação penal, isto é, na oportunidade preliminar do julgamento inicial da denúncia.

68. É notório que, segundo a regra geral do art. 43 do CPP, o exame vestibular da admissibilidade da denúncia ou queixa, se limita à verificação da descrição de um fato típico, cuja punibilidade não se ache extinta, bem como da existência dos pressupostos processuais e das condições da ação penal.

69. Por força de normas regimentais do STF, que a Lei nº 8.038/90 veio a incorporar, os procedimentos originários que envolvem acusação contra altas autoridades públicas, detentoras, por isso mesmo, de foro por prerrogativa de função, devem observar o que FREDERICO MARQUES denomi-

nou contraditório prévio, ao fim do qual a decisão plenária da Corte, ainda no limiar da ação penal, pode não só rejeitar a denúncia inepta como também reconhecer, desde logo, “a improcedência da acusação, se a decisão não depender de outras provas”, sendo certo que essa norma legal apenas consolidou e aprofundou a linha de jurisprudência já construída antecipadamente pelo Supremo Tribunal (cf. Inq 388, de 08.03.1991, relator o Ministro OCTÁVIO GALLOTTI).

70. Outro ponto interessante a referir é que o STF, modificando orientação pacífica por mais de 40 anos, revogou a Súmula nº 394, segundo a qual “cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função ainda que o inquérito ou a ação penal, sejam iniciados após a cessação daquele exercício” (essa revogação foi operada em 25.08.1999, no julgamento plenário de Questão de Ordem suscitada pelo relator, Ministro SYDNEY SANCHES, no Inq. 687).

71. Acudiu, então, o Congresso Nacional com a Lei nº 10.628, de 24.12.2002, que simplesmente reprimiu a Súmula revogada, dando ao § 1º do art. 84 do CPP esta redação:

“A competência por prerrogativa de função, relativa a atos administrativos do agente, prevalece ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação do exercício da função pública.”

72. Com apoio nas mesmas razões vitoriosas quando da revisão da Súmula nº 394, pretendeu-se sustentar a inconstitucionalidade da mencionada Lei nº 10.628/2002, mas as ADIns 2.797 e 2.870, embora em pauta desde 19.12.2003, não chegaram a ser julgadas até o advento da recente EC 45/04 que, de modo desenganado e incontestável, restabeleceu o princípio da velha Súmula cancelada, assim dispondo no *caput* do art. 97-A:

“A competência especial por prerrogativa de função, em relação a atos praticados no exercício da função pública ou a pretexto de exercê-la, subsiste ainda que o inquérito ou a ação judicial venham a ser iniciados após a cessação do exercício da função.”

73. A meu ver, merece encômios, nesse particular, a EC 45/04, porquanto só o motivo pragmático de limitar a carga de processos penais originários, que cresceu muito nos últimos tempos, poderia explicar a revogação da Súmula nº 394, que recolhera uma orientação aceita pelo Supremo por mais de 50 anos.

74. Matéria de índole cível pode caber ainda na competência originária do STF, como as causas e conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, bem como os que envolvam Estados estrangeiros ou organismo internacional e os entes federativos nacionais. Nessa classe costumam inserir-se as disputas de limites entre os Estados-membros e, mais recentemente, pendências sobre terras indígenas, em que a União assiste sempre o órgão tutelar dos silvícolas em ações que,

muitas vezes, discutem a validade de concessões estaduais de supostas terras devolutas, que os Estados continuam defendendo em juízo.

75. Outro caso de competência originária atribuído pela Constituição de 88, em caráter excepcional, ao Supremo, foi processar e julgar a ação em que todos os membros da magistratura sejam direta ou indiretamente interessados e aquela em que mais da metade dos membros do Tribunal de origem estejam impedidos ou sejam direta ou indiretamente interessados. No exercício dessa atribuição excepcional, a Corte vem agindo com seu habitual comedimento, evitando, quando possível, avocar para si o julgamento que, em princípio, deveria ser realizado no foro natural da demanda.

76. A recentíssima EC 45/04 incluiu também na competência originária do Supremo “as ações contra o Conselho Nacional de Justiça e contra o Conselho Nacional do Ministério Público”, embora a própria existência de tais Conselhos já seja objeto de impugnação pela via de ações diretas de inconstitucionalidade, já intentadas por entidades das respectivas classes.

77. Outra atribuição tradicional do STF, até o advento da referida EC 45/04, era a homologação das sentenças estrangeiras e a concessão de *exequatur* às cartas rogatórias, matéria que já ocupou o Tribunal em cerca de 10.000 casos e, talvez por isso mesmo, acaba de ser transferida ao STJ, dada a notória tendência de reservar ao STF exclusivamente as funções peculiares a uma Corte Constitucional.

78. O processo de natureza delibatória adotado pelo Supremo aprecia tão-somente a verificação das formalidades extrínsecas e a inocorrência de violação da soberania nacional, da ordem pública e dos bons costumes. Mesmo nesse restrito campo balizado pela simples delibação, pelo menos até a adoção do divórcio no País, o STF sempre encontrou a possibilidade de reprimir a fraude à lei do domicílio ou da nacionalidade dos cônjuges, de modo a não dar efeitos no Brasil à dissolução de casamento obtida no estrangeiro em notórios juízos facilitários, como o Estado de Nevada (USA) e alguns Estados mexicanos, muito combatidos pelo incansável e saudoso internacionalista HAROLDO VALLADÃO. Ultimamente, as sentenças estrangeiras de divórcio não oferecem maiores problemas, os quais hoje praticamente estão circunscritos às decisões arbitrais estrangeiras, que despertam ainda algumas reservas por efeito da tradição judiciarista de nosso País.

79. Vale lembrar, ainda no plano das relações internacionais, a extradição passiva, em que há boa superfície para a advocacia criminal, pois cabe discutir perante o STF, dentre outros temas, os principais óbices ao deferimento da pretensão do Estado requerente, seja por motivos de ordem processual, seja pelos motivos substanciais clássicos, isto é, nacionalidade brasileira do extraditando, natureza política do crime imputado, ausência de dupla incriminação, prescrição pela lei mais favorável de um ou de outro dos Estados envolvidos.

d) *Habeas corpus* e mandados de segurança

80. Outro ponto alto da história do STF é o das garantias constitucionais dos cidadãos, que foi o terreno propício para medrar a célebre doutrina brasileira do *habeas corpus* no primeiro quartel do século passado, quando a falta do mandado de segurança determinou a extensão do remédio heróico para assegurar direitos individuais muito além da simples liberdade de ir e vir, que o é verdadeiro alvo do *habeas corpus*.

81. O *habeas corpus* é um procedimento bastante simples, que não exige sequer a formulação inicial do advogado, podendo chegar ao STF até em petições manuscritas pelos próprios pacientes e originárias do fundo dos cárceres. Assegura-se sempre prioridade no julgamento e, não raro, vale-se o relator até da prerrogativa de nomear advogado dativo, quando isso lhe pareça mais necessário à melhor defesa dos interesses do paciente.

82. Foi pela via do *habeas corpus*, por exemplo, que as arbitrariedades praticadas pelo regime militar a partir de 1964 foram eficazmente coibidas, pelo menos até o momento em que o draconiano Ato Institucional nº 5, de 13.12.1969, suspendeu “a garantia de *habeas corpus*, nos casos de crimes políticos, contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular” (art. 10).

83. Normalizada a vida política e restabelecidas as franquias democráticas, o *habeas corpus* continua sendo de extrema valia na tutela da liberdade de locomoção contra a coação ilegal emanada de autoridade administrativa ou judiciária, ora cabendo ao STF, ora ao STJ, conforme a qualificação do paciente ou do coator.

84. Foi, aliás, o *habeas corpus* o motivo do primeiro aberto conflito entre os Tribunais Superiores, porque ambos se declararam competentes para julgar as impetrações contra atos de *qualquer* Tribunal, embora o STJ só reconhecesse a competência originária do STF, quando se tratasse de coação emanada de Tribunal *Superior*. A *vexata quaestio* foi resolvida pela EC 22, de 1999, que adotou o entendimento do STJ, o qual, de resto, já contava com o apoio de expressiva corrente minoritária na própria Suprema Corte.

85. Também o mandado de segurança instituído para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus*, quando atingido por ilegalidade ou abuso de poder de autoridade ou agente públicos, tem largo uso nos Tribunais Superiores. É certo que a impetração de uma e outra dessas medidas exige especial cuidado dos advogados, já que ambas não admitem dilação ou instrução probatória, devendo, por isso mesmo, fundar-se em prova pré-constituída, a ser subministrada, desde logo, com a petição inicial.

86. Antes de generalizar-se a prática das medidas cautelares, que foram disciplinadas mais sistematicamente pelo diploma processual de 1973,

a grande atração que o mandado de segurança exercia em relação aos advogados era a possibilidade da concessão de liminar, que suspendesse prontamente o ato impugnado, como ocorreu em milhares de casos submetidos aos dois Tribunais Superiores. Hoje, é tranqüila a possibilidade de liminar também no âmbito do *habeas corpus*, mas compraz-me registrar que o primeiro deferimento liminar de tal ordem pelo STF resultou de desassombrado despacho do Ministro GONÇALVES DE OLIVEIRA, que atendeu a postulação do inolvidável Advogado SOBRAL PINTO em favor do ex-Governador de Goiás Mauro Borges, quando o paciente, em pleno exercício do mandato popular, se achava ameaçado de prisão por tropas federais (cf. acórdão relativo ao HC 41.296, de 23.11.1964, RTJ. 33/590-616).

87. A casuística do *habeas corpus* e do mandado de segurança também é muito extensa e rica, tanto no STF quanto no STJ, embora, à míngua do tempo necessário, não possa ser agora recapitulada.

88. Para concluir este tópico, devo mencionar ainda que a Constituição, no propósito de garantir maior eficácia ao *habeas corpus* e ao mandado de segurança, estabeleceu que a primeira denegação de um ou outro oferece possibilidade de recursos ordinários, quer para o STF, quer para o STJ, quando, então, a questão poderá ser amplamente reapreciada, seja em relação aos fatos dos autos, seja no concernente às questões de direito, portanto, de modo mais abrangente até do que o reexame feito nas vias extraordinária ou especial que, notoriamente, se adstringe à simples revisão *juris*.

89. Entre as inovações de 88, há que referir ainda o *habeas data* – para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante constantes de registros ou bancos de dados de entidades públicas ou particulares – bem assim o mandado de injunção, que cabe sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício das liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

90. O STF estancou a onda da injunção, que se vinha avolumando no pós-88, ao reconhecer que suas decisões não poderiam impor ao Congresso Nacional a elaboração da regulamentação reclamada pela impetração nem poderiam valer simplesmente para supri-la.

91. No que tange ao *habeas data*, não houve sequer pressão dos interessados e foram pouco numerosos os casos dirigidos aos Tribunais Superiores. A prática está a demonstrar que o instituto do *habeas data* foi uma inútil demasia do constituinte de 88 ou mera manifestação de preciosismo jurídico em momento de verdadeira exacerbação das garantias individuais do regime democrático que se estava restabelecendo.

e) Controle de constitucionalidade

92. Foi, sem dúvida, no plano do controle de constitucionalidade da lei ou do ato normativo federal ou estadual a principal modificação que o regi-

me de 1988 produziu em relação ao Supremo Tribunal Federal, porquanto, desde a inscrição de pòrtico do *caput* do art. 102, foi-lhe atribuída, *precipuamente*, a guarda da Constituição.

93. Sob o direito anterior, como todos sabem, além do controle difuso de constitucionalidade a cargo de qualquer juiz ou tribunal, o STF já exercia o controle abstrato por via de ação direta, então denominada representação, para a qual só o Procurador-Geral da República estava legitimado.

94. Em 1988, já em prol da futura e inevitável consolidação de uma Corte Constitucional exclusiva, o constituinte aliviou o STF da matéria infra-constitucional, notadamente da relativa ao direito privado, que empolgou sua melhor atenção durante mais de 80 anos. Além disso, quebrou o monopólio do Procurador-Geral, reconhecendo legitimação *ad causam* também ao Presidente da República, às Mesas do Senado Federal, da Câmara dos Deputados e das Assembléias Legislativas e aos Governadores e, o que foi ainda mais significativo para a eficácia do controle abstrato, ao Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, aos Partidos Políticos com representação no Congresso Nacional e às confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional.

95. Talvez temendo o peso da nova atribuição, o STF inflectiu por uma senda restritiva quanto ao rol dos legitimados, tanto que negou legitimidade às entidades sindicais diversas das confederações, mesmo quando de âmbito nacional; de outra parte, várias restrições foram estabelecidas para reduzir a expressão “entidades de classe de âmbito nacional”, que acabou não abrangendo importantes entidades de intensa e destacada atuação na comunidade brasileira.

96. O novo controle de constitucionalidade se exerce, principalmente, mediante o controle abstrato de normas como processo objetivo, susceptível de gerar efeitos *erga omnes* e *ex tunc*, independentemente dos direitos subjetivos que a decisão suprema possa atingir, razão pela qual não se admite a intervenção de terceiros como litisconsortes ou assistentes. À medida que se vai formando a processualística desse controle abstrato, que está concentrado no STF, o que se tem, com alguma freqüência, consentido aos interessados é a intervenção a título de *amicus curiae*, que lhes permite apenas oferecer subsídios à apreciação da causa por meio de alegações escritas ou memoriais; ultimamente, apesar de alguma resistência, já se admite até a sustentação oral.

97. A construção dogmática que o Supremo Tribunal vem desenvolvendo em torno, tanto da ação direta de inconstitucionalidade, quanto da declaratória de constitucionalidade, que são os instrumentos fundamentais para desempenhar seu papel precípua de guarda da Carta Magna, recebeu decisivo impulso nos últimos três lustros, notadamente por influência do Ministro MOREIRA ALVES, como está bem demonstrado em substancial e

completa obra do Ministro GILMAR MENDES editada recentemente (*Moreira Alves e o Controle de Constitucionalidade no Brasil*, ed. de 2000).

98. Muito há de favorecer também à prática cotidiana do controle abstrato a excelente disciplina da Lei nº 9.868, de 10.11.1999, que sistematizou os princípios da doutrina e da jurisprudência acerca das ações diretas de inconstitucionalidade e declaratórias de constitucionalidade, nela cuidadosamente reguladas.

99. Como o confronto *in abstracto* da norma inquinada de inconstitucional com a Constituição não fica adstrito às razões do autor da ação direta, já que se entende ser aberta a *causa petendi*, o Tribunal Supremo dispõe de um campo amplo de especulação doutrinária, que muito enriquece os julgados, como tem sido comum nos últimos tempos (para comprovar essa afirmação, a título meramente exemplificativo, lembro a ADIn 3.105, julgada no corrente ano, em que se apreciou a contribuição previdenciária imposta ao pessoal inativo pela EC 41, de 19.12.2003).

100. A recente EC 45/2004 contribuiu sobremodo para realçar a preeminência da Corte Suprema, ao estabelecer que “as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal”.

101. Convém recordar, talvez até com uma ponta de nostalgia, que a contribuição da advocacia pública nessa matéria deve ser muito mais significativa do que a dos advogados privados, pois as ações diretas envolvem, o mais das vezes, questões administrativas ou políticas, quase sempre a cargo dos Procuradores das entidades públicas. Resta-nos o consolo da possibilidade de defender confederações sindicais, partidos políticos ou entidades de classe, além da posição mais modesta de *amicus curiae*. Na obra acima citada de GILMAR FERREIRA MENDES, a matéria do novo controle de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal foi magistralmente desenvolvida, sendo de leitura obrigatória para a boa compreensão do tema.

102. Para remate desta ligeira apreciação em torno da advocacia nos tribunais federais, julgo oportuno reproduzir alguns excertos do capítulo em que o acatado constitucionalista aborda as especificidades do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, que são deste teor:

“O monopólio de ação direta outorgado ao Procurador-Geral da República no sistema constitucional de 1967/69 não provocou uma alteração profunda no modelo incidente ou difuso então existente. Este continuou predominante, integrando-se a representação de inconstitucionalidade a ele como um elemento ancilar, que contribuía muito pouco

para diferenciá-lo dos demais sistemas ‘difusos’ ou ‘incidentes’ de controle de constitucionalidade.

Assim, se se cogitava de um *modelo misto* de controle de constitucionalidade, é certo que o forte acento residia, ainda, no amplo e dominante sistema difuso de controle, resultando o controle direto em algo acidental e episódico dentro do sistema difuso.

Ao ampliar, de forma marcante, a legitimação para propositura da ação direta de inconstitucionalidade (CF, art. 103), a Constituição de 1988 reduziu o significado do controle de constitucionalidade incidental ou difuso, permitindo que, praticamente, todas as controvérsias constitucionais relevantes fossem submetidas ao Supremo Tribunal Federal mediante processo de controle abstrato de normas” (op. cit., p. 15).

(...)

“A ampla legitimação, a presteza e a celeridade desse modelo processual – dotado inclusive da possibilidade de se suspender imediatamente a eficácia do ato normativo questionado, mediante pedido de cautelar – fazem com que as grandes questões constitucionais passem a ser solvidas, na sua maioria, mediante a utilização desse típico instrumento do controle concentrado” (op. cit., p. 16).

103. Ao final desta cansativa exposição, estou seguro de que não lhes ofereci senão um *pot-pourri* dos processos da competência originária ou recursal do STF e do STJ, tais são as dificuldades técnicas e práticas que cada um deles apresenta. Espero, pois, que a contribuição dos ilustres participantes deste Seminário, por meio do debate que se seguirá, possa suprir as lacunas e corrigir as falhas que não pude evitar.