



Universidades Lusíada

Costa, Nelson Nery, 1959-

Jurisdição constitucional no Brasil : desenvolvimento, consolidação e crise

<http://hdl.handle.net/11067/955>

<https://doi.org/10.34628/v6td-yz66>

Metadados

Data de Publicação	2014-07-10
Resumo	As Constituições republicanas, no Brasil, tiveram como efeito a criação do Supremo Tribunal Federal e instituíram uma jurisdição referente ao texto constitucional e, assim, uma jurisdição específica. No entanto, foi a Constituição de 1988 que ampliou sua competência, com novas demandas como o habeas data e o mandado de injunção, maior competência do Supremo para apreciar matérias e instalar o controle concentrado de constitucionalidade. A Reforma do judiciário, em 2004, resultou também na criaçã...
Palavras Chave	Tribunais constitucionais - Brasil
Tipo	article
Revisão de Pares	Não
Coleções	[ILID-CEJEA] Polis, n. 18-21 (2012)

Esta página foi gerada automaticamente em 2024-11-14T19:18:00Z com informação proveniente do Repositório

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO BRASIL: DESENVOLVIMENTO, CONSOLIDAÇÃO E CRISE

Nelson Nery Costa

Professor Adjunto da Universidade Federal do Piauí
Doutor em Direito pela Universidade Lusíada de Lisboa
Defensor Público-Geral do Estado do Piauí
e-mail: nerycosta@uol.com.br

RESUMO

As Constituições republicanas, no Brasil, tiveram como efeito a criação do Supremo Tribunal Federal e instituíram uma jurisdição referente ao texto constitucional e, assim, uma jurisdição específica. No entanto, foi a Constituição de 1988 que ampliou sua competência, com novas demandas como o habeas data e o mandado de injunção, maior competência do Supremo para apreciar matérias e instalar o controle concentrado de constitucionalidade. A Reforma do Judiciário, em 2004, resultou também na criação do Conselho Nacional de Justiça e da Súmula Vinculante.

Houve, no direito material, a constitucionalização do direito civil e também do direito penal, na medida em que a Constituição Federal ampliou sua repercussão no cotidiano jurídico brasileiro. Tal repercussão foi acompanhada da constitucionalização do processo, não só quanto às matérias de direito substantivo dispostas no texto constitucional, mas também quanto aos procedimentos a serem ampliados, no primeiro e no segundo grau, bem como nos Tribunais Superiores. O controle da constitucionalidade inicialmente limitava-se ao controle incidental, da tradição norte-americana, passando também para o controle concentrado, de influência europeia, em um sistema misto.

Ocorreu, com o tempo, uma ampliação da jurisdição constitucional, não só quanto aos procedimentos utilizados, mas também quanto à popularização dos meios, que passaram a fazer parte do cotidiano do cidadão brasileiro e dos operadores do direito. A Constituição Federal de 1988 talvez seja o primeiro texto constitucional que realmente teve efetividade, não só pela sua aplicação nos processos judiciais, mas também pelo conhecimento e discussão no seio da sociedade brasileira. A jurisdição constitucional foi muito ampliada, desde 1988, sendo uma experiência bem sucedida, apesar dos problemas jurisdicionais mais recentes, pelo conservadorismo do Superior Tribunal de Justiça, e pelo projeto centralizador do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça.

Palavras-chave

Constituição - Jurisdição - Controle - Justiça - Crise.

SUMÁRIO

1. Introdução: Jurisdição Constitucional; 2. Jurisdição Constitucional no Brasil antes de 1988; 3. Jurisdição Constitucional no Brasil, em 1988; 4. Jurisdição Constitucional Inicial; 5. Jurisdição Constitucional junto aos Tribunais; 6. Jurisdição Constitucional e Controle Constitucional das Leis; 7. Crise na Jurisdição Constitucional; 8. Conclusão: Jurisdição Constitucional e seus Limites no Brasil

1. INTRODUÇÃO: JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

As Constituições republicanas, no Brasil, tiveram como efeito a criação do Supremo Tribunal Federal e instituíram uma jurisdição referente ao texto constitucional e, assim, uma jurisdição específica. No entanto, foi a Constituição de 1988 que ampliou a competência, com novas demandas como o habeas data e o mandado de injunção, maior competência do Supremo para apreciar matérias e a instalação do controle concentrado de constitucionalidade. Na reforma do judiciário, em 2004, resultou também na criação do Conselho Nacional de Justiça e da Súmula Vinculante.

Houve, no direito material, a constitucionalização do direito civil e também do direito penal, na medida em que a Constituição Federal ampliou sua repercussão no cotidiano jurídico brasileiro. Essa foi acompanhada da constitucionalização do processo, não só quanto às matérias de direito substantivo dispostas no texto constitucional, mas também os procedimentos a ser ampliados, no primeiro e no segundo grau, bem como nos Tribunais Superiores. O controle da constitucionalidade inicialmente limitava-se ao controle incidental, da tradição norte-americana, passando também para o controle concentrado, de influência européia, em um sistema misto.

2. JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO BRASIL ANTES DE 1988

2.1. Constituição de 1824 e Habeas Corpus

O habeas corpus surgiu com a Carta Magna, em 19.6.1215, no seu capítulo XXIX, que os senhores feudais impuseram à realeza inglesa. Depois, foi se aperfeiçoado, com a Petition of Rights, no reinado de Carlos II, no século XVII, pela Bill of Rights, em 1688, até que chegou ao Habeas Corpus Act, em 1816, na Inglaterra, aumentando o campo de atuação dessa garantia e ampliando a defesa da liberdade individual. Está, hoje, na Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 10.12.1948, no seu art. 8º, que diz: “Toda pessoa tem direito a um recurso efetivo ante os tribunais competentes que a ampare contra atos violadores

de seus direitos fundamentais, reconhecidos pela Constituição e pelas leis”.

Através do Decreto de 23.5.1821, desde a vinda de D. João VI, O habeas corpus encontra-se no direito brasileiro. Consolidou-se com a Constituição de 1824, estando implícito em seu art. 179, que dizia: “VIII. Ninguém poderá ser preso sem culpa formada, excepto nos casos declarados na Lei; e nestes dentro de vinte e quatro horas contadas da entrada na prisão, sendo em Cidades, Villas, ou outras Povoações próximas aos logares da residência do Juiz; e nos logares remotos dentro de um prazo razoável, que a Lei marcará, attenta a extensão do território, o Juiz por uma Nota, por elle assignada, fará constar ao Réo o motivo da prisão, os nomes do seu accusador, e os das testemunhas, havendo-as”. Foi previsto seu procedimento no Código de Processo Criminal, de 29.11.1832, regulamentando a matéria.

2.2. Constituição de 1891, Intervenção nos Estados e Supremo Tribunal Federal

A intervenção é a forma pela qual se assegura o primado da soberania nacional contra os atos desagregadores dos Estados-membros ou dos Municípios, em relação a estes. No Estado Federal existem várias estruturas organizacionais, que precisam ser ordenadas segundo uma lógica de competências e responsabilidades. Deve-se zelar para que a ordem seja mantida e preservada, em função da harmonia e independência que se estabelece entre as entidades federadas.

Os Estados-membros têm autonomia, mas ela se encontra condicionada aos preceitos constitucionais federais e à necessidade de preservar o país unificado. Não podem tais princípios extrapolar os limites de suas competências, sob pena de sofrerem intervenção, que precisa ser enquadrada em determinada situação. A intervenção é justamente o ato em que um poder central se impõe sobre o poder local, sobrepondo a soberania à autonomia de outra entidade federada. Trata-se de uma regra excepcional, mas que faz parte do princípio federativo, pois vem a ser ela que lhe dá sustentação política e executoriedade¹.

No Brasil, durante o Império (1822-89), o Estado foi unitário, com as províncias sendo meras descentralizações administrativas. A Constituição de 1824 dispunha no art. 165 que “haverá em cada província um presidente, nomeado pelo Imperador, que o poderá remover, quando entender que assim convém ao bom serviço do Estado”. A mudança veio com a primeira Constituição republicana, em 1891, estabelecendo a regra da intervenção, por meio do seguinte

¹ “Os diversos países que seguiram o modelo americano de organização estatal adotaram este princípio, como, v.g., a Constituição argentina de 1853 e, posteriormente, a Constituição alemã de 1919. Anote-se que só há sentido em se falar em intervenção federal nos Estados federais, uma vez que os Estados integrantes de uma Confederação são soberanos, inadmitindo qualquer ingerência estranha e os Estados unitários, por não contribuírem autonomia às suas unidades componentes, não carecem de tal instrumento” (BARROSO, Luis Roberto. 1982. *Direito Constitucional Brasileiro: o problema da federação*. Rio de Janeiro: Forense, p. 101).

texto: “Art. 6º. O Governo Federal não poderá intervir em negócios peculiares aos Estados, salvo: 1º Para repelir invasão estrangeira, ou de um Estado em outro; 2º Para manter a forma republicana federativa; 3º Para restabelecer a ordem e a tranquilidade nos Estados, à requisição dos respectivos governos; 4º Para assegurar a execução das leis e sentenças federais”.

O habeas corpus foi expresso na Constituição de 1891, do seguinte modo: “Art. 72. A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: [...] § 22 - Dar-se-ha o habeas corpus, sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência ou coação por ilegalidade ou abuso de poder [...]”. Desse modo, consolidou-se a constitucionalização do remédio heróico, para assegurar a liberdade individual e proteger contra prisões arbitrárias².

Na Constituição de 1891, foi também estabelecido o Supremo Tribunal Federal e o recurso extraordinário, ainda sem esse nome: “Art. 56. O Supremo Tribunal Federal compor-se-ha de quinze juizes, nomeados na forma do art. 48, n. 12, dentre os cidadãos de notável saber e reputação, elegíveis para o Senado. [...] Art. 59. Ao Supremo Tribunal Federal compete: [...] 3. Rever os processos findos, nos termos do art. 81. § 1º Das sentenças das justiças dos Estados em ultima instancia haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal: a) quando se questionar sobre a validade ou a aplicação de tratados e leis federaes, e a decisão do tribunal do Estado fôr contra ella; b) quando se contestar a validade de leis ou de actos dos governos os Estados em face da Constituição, ou das leis federaes, e a decisão do tribunal do Estado considerar validos esses actos, ou essas leis impugnadas”³. Foi estabelecida, da maneira acima, a jurisdição constitucional no país, que foi se desenvolvendo ao longo do século XX, bem como competência para unificar a legislação e competência federal.

2.3. Constituição de 1934, Mandado de Segurança e Desapropriação

Faz parte da história dos povos, desde o início da vida política, a luta incessante contra a arbitrariedade e o abuso do poder. O mandado de segurança, desse modo, é a ação interposta por pessoa para assegurar um direito certo

² “É instituto jurídico que tem a precípua finalidade de proteger a liberdade de locomoção ou o direito de andar com o corpo. E assim, virá para garantir a pessoa contra qualquer violência ou coação ilegal na sua liberdade de ir e vir, [...]” (DE PLÁCIDO E SILVA. 2004. Vocabulário Jurídico. 24ª ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 671).

³ “É de salientar, entretanto, que o Decreto n. 848, de 1890, do mesmo modo que a Constituição de 1891 (art. 59, § 1º), não usou a expressão ‘recurso extraordinário’, mas só a palavra ‘recurso’, sem o extraordinário. [...] As Constituições de 1937, 1946, 1967, assim como a de 1988, consagram definitivamente o recurso extraordinário, embora a carta política de 1937 amesquinhasse profundamente o uso de tal remédio processual. A função básica do recurso extraordinário é a de salvaguardar a Constituição Federal, assim como o tratado ou lei federal, mantendo a unidade do direito nacional e a supremacia da lei fundamental” (PINTO FERREIRA. 1992. Comentários à Constituição Brasileira: arts. 92 a 126. São Paulo: Saraiva, 4º vol., p. 152).

e incontestável, ameaçado ou violado por ato de autoridade, claramente inconstitucional e ilegal. Dispõe o texto constitucional que se deve conceder mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, excluído o que se encontra protegido por outro remédio heroico, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público⁴.

Já nas Ordenações Filipinas, no Livro III, Título 78, § 5º, estava estabelecido que “se alguém se temer de outro que o queira ofender na pessoa, ou lhe queira, sem razão, ocupar e tomar suas coisas, poderá requerer ao juiz que segure a ele e as suas coisas do outro que o quiser ofender”. No Brasil, as questões envolvendo o particular e a Fazenda Pública se resolviam nos tribunais judiciais, através dos meios ordinários, até 22 de dezembro de 1761, quando se criou o Tesouro Geral e Real Erário, com jurisdição para dirimir em primeira e única instância as questões entre particulares e o Fisco, mediante o Conselho da Fazenda. Essa situação permaneceu até 1831, quando se estabeleceu a competência para os juízes territoriais. A Lei nº 242, de 29.11.1841, mandou que fosse julgado no Juízo Privativo dos Feitos da Fazenda as causas cíveis de interesse da Fazenda Pública. No mesmo ano, o Conselho de Estado passou a resolver “os objetos administrativos”, criando-se o contencioso dessa natureza.

Na Constituição de 1891, extinguiu-se o contencioso administrativo do Império, cabendo apenas ao Poder Judiciário conhecer e decidir as questões de natureza administrativa sem distinção. Por falta de meios próprios, foi célebre a construção doutrinária e processual de Rui Barbosa, utilizando os procedimentos possessórios, alegando a existência de posse de direitos pessoais. Apesar dessa tese, a reação do Supremo Tribunal Federal quase sempre lhe foi desfavorável. No embate, todavia, nasceu a ação anulatória de atos da administração, prevista no art. 13, da Lei nº 221, de 20.11.1894, mas que acabou não vingando. Daí passou-se a utilizar o habeas corpus, como meio para garantir os direitos individuais violados pela Administração, até que a Reforma Constitucional de 1926 impedisse tal prática, restringindo o writ a sua atuação própria.

A Constituição de 1934, em seu art. 113, nº 23, muito influenciado pelo amparo mexicano, introduziu então o mandado de segurança no direito brasileiro. Depois, foi disciplinado pela Lei nº 191, de 16.1.1936. Não obstante, a Constituição de 1937 foi silente sobre a matéria, mas o Decreto nº 6, de 16.11.1937, reafirmou o instituto, embora cheio de restrições. A matéria foi disposta no Código de Processo Civil de 1939, nos arts. 319 a 331.

4 “Foi afinal aprovada a criação do mandado de segurança, que constou do art. 113, nº 33, da Constituição de 1934, como remédio adequado à defesa de direito certo e incontestável, ameaçado ou lesado por ato manifestamente ilegal ou inconstitucional de qualquer autoridade. Especificou ainda o texto que o processo seria o mesmo do habeas corpus, ouvida sempre a pessoa de direito público interessada” (BARBI, Celso Agícola. 1993. Do Mandado de Segurança. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, pp. 34-5).

Por outro lado, a lei passou a estabelecer o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos na Constituição de 1934, no art. 113, 17, do seguinte modo: “É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar. A desapropriação por necessidade ou utilidade pública far-se-á nos termos da lei, mediante prévia e justa indenização. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, poderão as autoridades competentes usar da propriedade particular até onde o bem público o exija, ressalvado o direito à indenização ulterior”. A legislação acima veio a ser disposta no Decreto-lei nº 3.365, de 21.6.1941, de modo que o Poder Público passou a intervir diretamente na propriedade, novidade então no direito brasileiro.

2.4. Constituição de 1946 e Constituição de 1967

A Constituição de 1946 dispôs sobre o habeas corpus, no art. 141, § 23, bem como sobre o mandado de segurança, no art. 141, § 24. Tratou da desapropriação por necessidade e utilidade pública, no art. 141, § 16, do seu texto. Por outro lado, a intervenção perante o Supremo Tribunal Federal constou no art. 8º, parágrafo único. Foi uma Constituição importante para reinstalar a democracia, depois da ditadura do Estado Novo e do texto constitucional autoritário de 1937⁵.

A Constituição de 1967 manteve a tendência de voltar a ampliar as situações que permitiam a intervenção federal, em seu art. 10, bem como reforçou tal tendência foi reforçada pela Emenda Constitucional nº 1, de 17.10.1969, por meio do mesmo artigo. Houve também aumento dos casos de intervenção do Estado-membro em Município, mas possibilitando a intervenção federal no caso daquele violar a autonomia deste. Previu, também, o habeas corpus, o mandado de segurança, a desapropriação e o recurso extraordinário. Por conta do Golpe Militar de 1964, tratou-se de um texto autoritário, ainda que sob a aparência democrática⁶.

⁵ “A Constituição de 1946 assemelhava-se bastante à de 1934. Sua vida foi bem mais longa, por causa da inexistência de um ambiente internacional que lhe facilitasse a destruição. Mas a erosão interna, devida a algumas de suas imperfeições, e, principalmente, ao fato do aprofundamento da divisão nacional das classes dirigentes, sempre incapaz de compreender que a oposição democrática não significa luta contra as instituições, foi preparando inexoravelmente o fim da Constituição de 1946” (FRANCO, Afonso Arinos de Melo. 1981. *Direito Constitucional: teoria da constituição e as constituições do Brasil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 128).

⁶ “O poder arbitrário do sistema desnudou suas reais intenções, exatamente quando os dispositivos formais dos textos que garantiram a liberdade de expressão, de reunião, de imprensa, foram violentados pela censura e pela repressão policial” (BONAVIDES, Paulo, e PAES DE ANDRADE. 1989. *História Constitucional do Brasil*. Brasília: Paz e Terra Política, p. 444).

3. JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO BRASIL EM 1988

3.1. Controle dos Atos Administrativos

O jurista Miguel Seabra Fagundes, no clássico “O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário”, defendeu o entendimento de que a palavra final era do Judiciário, ao controlar os atos da Administração Pública e ao interpretar o direito em tais casos. Trata-se de doutrina precursora no direito administrativo, especificamente do controle de seus atos. Na discussão, está entendido que se trata de jurisprudência especial sobre matéria. É a base para o entendimento da existência de uma jurisdição constitucional. Diz ele que “o seu exercício pressupõe, assim, um conflito, uma controvérsia ou um obstáculo em torno da realização do direito e visa a removê-lo pela definitiva e obrigatória interpretação da lei”⁷.

3.2. Jurisdição Constitucional de 1988

O ordenamento jurídico é fixado pelo Estado, através da Constituição formal e material, estabelecendo normas que dispõem sobre as situações ou as relações que resultem da convivência humana e de suas instituições, de maneira hipotética e preventiva. Dessa maneira, ficam estabelecidos os direitos e os deveres das pessoas que devem ser respeitados no meio social. Para o exercício de tais direitos, não se pode aceitar que seja efetuado de forma privada para evitar o caos e a perpetuação do conflito, de modo que o Estado estabelece a forma pela qual se reconhece o direito de cada um, através da aplicação da Constituição e da lei por meio da interpretação de servidores públicos especializados, os magistrados⁸. Por conta disso, no texto constitucional está previsto que a função jurisdicional, entendida como a competência que cabe ao Poder Público, entre suas atividades soberanas, a função de formular e fazer atuar a regra jurídica concreta, disciplinando as diversas situações jurídicas possíveis, pelo menos em tese. Deve-se dizer que jurisdição vem de *juris dictio*, que literalmente significa “dizer o direito”.

A função de aplicar a lei nos casos concretos é exercida, igualmente, pelo Executivo e pelo Judiciário, mas são distintas as atuações. Em primeiro lugar, porque a autoridade administrativa se apresenta como parte nos processos

⁷ “Quando qualquer um, na coletividade, se opõe ao cumprimento da regra jurídica, obstinando-se em lhe recusar obediência, cria, com isso, um embaraço restaurando a ordem legal por meio de coação, que exerce sobre a vontade insumissa, impondo-lhe obediência ao cânone legislativo, cuja inteligência fixa definitivamente” (SEABRA FAGUNDES, Miguel. 1984. O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, pp. 7-9).

⁸ “Desde que a natureza do Estado obrigou, se não à extinção, pelo menos à grande diminuição da possível justiça de mão própria, impor-se-lhe prover à distribuição dos julgamentos onde quer que se faça preciso restaurar o direito ferido” (PONTES DE MIRANDA. 1995. Comentário ao Código de Processo Civil. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, tomo I, p. 77).

administrativos que ela mesma aprecia, enquanto na função jurisdicional o magistrado age para tutelar interesse alheio acima das partes. Em segundo, ao passo que no ato administrativo prevalece a vontade do Estado, no ato jurisdicional se manifesta o entendimento lógico do juízo. Em terceiro, a função jurisdicional exige um processo complexo, ao passo que em geral, na função executiva, existe apenas um procedimento administrativo⁹. Por fim, enquanto os atos administrativos são sempre revogáveis ou anuláveis, as decisões judiciais adquirem trânsito em julgado, de forma a não poderem ser mais modificadas, salvo algumas exceções.

Para Paolo Biscaretti di Ruffia, “a atividade jurisdicional, seria, por outro lado, também constitutiva e sub-rogatória, enquanto o Estado-Juiz se movimenta apenas porque aqueles que deveriam ser realizados espontaneamente determinados interesses, assim atuando a vontade da lei, não o fizeram, e porque os que visavam obter tal realização foram constrangidos, pela proibição de auto-defesa (afirmada por todas as modernas ordenações estatais), a dirigir-se ao magistrado (conforme os casos, com uma ação ou um recurso) para ver reconhecida suas próprias pretensões”¹⁰. Por conta disso, a função jurisdicional é dispositiva, ou seja, necessário se faz que o interessado manifeste seu desejo da atuação estatal, pois mesmo nas ações penais públicas existe a necessidade de provocação pelo Ministério Público.

A função jurisdicional é exercida nos casos concretos em que há conflito de interesses, lides ou litígios, dependendo da provocação do interessado, mesmo que seja um órgão público. Não pode ser exercido espontaneamente pelo Estado-Juiz, ainda que se amplie nos últimos tempos o princípio da oficialidade. Os conflitos de interesses são caracterizados como uma pretensão resistida. Pode haver conflito de interesse, sem resistência, quando uma parte acaba aquiescendo com a outra. Os bens e os direitos são limitados, de modo que com frequência existem disputas sobre os mesmos. Existe conflito quando mais de um sujeito procura trazer para si um bem ou um direito sobre o qual outro tenha a mesma ideia. Para Francesco Carnelutti, “se o interesse significa uma situação favorável à satisfação de uma necessidade; se as necessidades do homem são ilimitadas, e se, pelo contrário, são limitados os bens, ou seja, a porção do mundo exterior apta a satisfazê-las, como correlativa à noção de interesse e à de bem aparecer a forma

⁹ “A distinção entre processo e procedimento está consolidada no Direito Processual, mas não se encontra uma distinção bem segura no Direito Administrativo. [...] nem sempre a distinção é nítida e certa, de modo que existe uma certa promiscuidade conceitual, [...]” (COSTA, Nelson Nery. 2005. *Processo Administrativo e Suas Espécies*. 4ª ed./2ª tir. Rio de Janeiro: Forense, p. 11).

¹⁰ “Baseando-se nessas premissas, pode-se afirmar que, enquanto a função legislativa predispõe uma tutela geral e abstrata para todos os díspares interesses subsistentes na comunidade estatal, e a executiva serve ao Estado para perseguir os próprios interesses específicos no âmbito das leis vigentes, a jurisdicional apresenta-se como uma atividade dirigida à tutela concreta e individualizada de interesses alheios insatisfeitos, mediante a comprovação definitiva (com a chamada eficácia de coisa julgada: ainda que seja limitadamente às partes em causa) e a consequente atuação da norma jurídica no caso concreto” (RUFFIA, Paolo Biscaretti di. 1984. *Direito Constitucional: instituições de direito público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 420).

de solucionar o conflito de interesses. Surge conflito entre dois interesses quando a situação favorável à satisfação de uma necessidade excluir a situação favorável à satisfação de uma necessidade distinta”¹¹.

Para o exercício da vontade do Estado em que seja reconhecida a força da norma jurídica, este criou órgãos especializados com a missão de exercer a jurisdição, de forma a atuar quando houver conflito de interesse. Entre o pedido da parte e o provimento jurisdicional, é necessária a realização de diversos atos que formam o procedimento judicial, como a forma de agir em juízo, tendo como conteúdo sistemático o processo. Estabelece-se uma relação jurídica de direito público, que gera direitos e obrigações entre o magistrado e as partes, com o objetivo de conseguir uma declaração ou a atuação da vontade concreta da lei, de modo a vincular o processo e seu procedimento em uma decisão definitiva que resolva o conflito de interesse.

A forma mais usual e mais violenta de não observância do direito consiste na situação em que uma pessoa tem uma determinação de uma norma jurídica para se comportar de uma maneira específica e não faz aquilo que deveria ou faz aquilo que é proibido. Há, aqui, uma violação, transgressão ou inexecução de um preceito jurídico. Como o Estado age em tal situação? Antes de qualquer medida destinada a reintegrar o direito violado, o Estado procura que seja expressa uma certeza oficial, para que a coação possa ser exercida posteriormente. Para Piero Calamadre, “será necessário, então, em primeiro lugar, um julgamento e uma decisão, mediante a qual a autoridade judicial individualizará o concreto preceito jurídico nascido da norma, estabelecerá a certeza sobre qual tem sido e sobre qual deveria ter sido o comportamento do obrigado, e determinará, como consequência, os meios práticos aptos para restabelecer concretamente a observância do direito violado (*condena*)”¹². A jurisdição pode ser cognitiva, que representa a declaração de uma certeza e se expressa através de sentença, e executiva, que trata de fazer com que o obrigado se sujeite ao preceito de maneira forçada, se ele não obedecer de pronto à declaração de direito. Existe, ainda, a jurisdição acautelatória e preventiva, para prevenir uma situação e evitar o pericimento imediato de um direito.

Dentre as espécies de jurisdição, deve-se mencionar a constitucional, que tem como objeto o exercício dessa função em determinados casos, quando se trata de contrastar a legitimidade das leis ou dos atos administrativos ou jurídicos quanto à Constituição ou à composição de litígios que envolvam normas ou princípios constitucionais. A jurisdição constitucional representa uma manifestação da função jurisdicional em face do seu objeto. Este pode ser,

¹¹ “O conflito pode se dar em torno de toda classe de interesses: imediatos ou mediatos, individuais ou coletivos” (CARNELUTTI, Francesco. 2000. Sistema de Direito Processual Civil: introdução e função do processo civil. São Paulo: ClassicBook, vol. I, pp. 60-61).

¹² “Mas esta declaração de certeza, obtida mediante uma decisão jurisdicional, não será neste caso, um fim em si mesmo: será somente uma preparação necessária para pôr em prática os meios de coação” (CALAMADREI, Piero. 1991. Direito Processual Civil. Campinas: Bookseller, vol. I, p. 117).

conforme a doutrina, o seguinte: a) relativo apenas ao controle concentrado, exercido em Cortes Especializadas, no Brasil, pelo Supremo Tribunal Federal; b) relativo a quaisquer dos sistemas de controle, seja o concentrado ou o difuso; c) relativo apenas à tutela de direitos fundamentais; d) relativo a toda forma de exercício da função quando envolva qualquer matéria constitucional, como também ocorre no controle difuso, também exercido em solo brasileiro. Em razão da abrangência da matéria, parece mais pertinente esse último objeto, mais amplo, pois não há sentido em restringir a superioridade do texto constitucional, ainda que o controle de juro possa conviver com o controle concentrado em um órgão judicial especializado e supremo.

3.3. Efetividade da Norma Constitucional

Apesar de possuir caráter geral e abstrato, a norma jurídica abrange em tese a todos em todas as situações, mas isto se mostra impossível em algumas vezes. Para aplicar a lei no caso concreto, deve-se saber o verdadeiro sentido e nem sempre isto se apresenta de maneira clara. Quando existe um conflito de interesse que precisa ser dirimido pelo Estado-Juiz, cabe a este interpretar a legislação e aplicá-la no caso submetido a sua tutela. A interpretação constitui-se na maneira pela qual o órgão julgador procura extrair o sentido do preceito em discussão, para o aplicar no caso concreto, conforme os fatos em exame.

A norma jurídica é definida dentro do contexto de um ordenamento coerente, unificado e complexo, com base em um sistema hierarquizado de normas, em que a lei fundamental, ou, em análise não kelsiniana, em caso de movimento político ou social, assegura uma Constituição, que cuida desta relação escalonada. Em tese, quanto a isto, não pode haver lacuna ou antinomia, pois mesmo que estas se apresentem, deve ser previsto um meio para suprimir a falta ou solucionar a controvérsia normativa. Inicialmente, uma instância jurídica que seja capaz de assegurar a superioridade constitucional. Depois, existem os meios jurídicos para solucionar os casos de lacuna do direito ou de antinomia, através da aplicação do direito e da interpretação do mesmo. Por fim, necessita que haja um sentimento constitucional além do aspecto positivo que seja capaz de cimentar a importância da norma constitucional e de legitimar todo o sistema jurídico, com a aceitação do mesmo pelos cidadãos.

A garantia da constitucionalidade, assim como da inconstitucionalidade, discute-se diante de órgãos do poder político ou, de imediato, perante cada relação ou situação da vida subordinada à Constituição. Significa que nessa relação ou situação prevalece a norma constitucional que sobre ela incide, e não qualquer outra norma ou poder¹³. A garantia da constitucionalidade beneficia a

¹³ “Não há meio de garantia, nem sistema de garantia no ordenamento jurídico de qualquer Estado à margem das concepções gerais que o informam e comandam. Não há garantia da constitucionalidade desprendida da respectiva Constituição - formal e material - ou incongruente com os seus princípios” (MIRANDA, Jorge. 2002. Teoria do Estado e da Constituição. Rio de

Constituição como um todo, pois a inconstitucionalidade significa violação direta e específica de uma norma constitucional, sendo que seus efeitos transcendem ao problema e ameaçam a própria estabilidade constitucional e do ordenamento jurídico, de modo que é essencial assegurar a superioridade constitucional sobre qualquer outra norma.

A interpretação constitucional consiste no meio que procura esclarecer as normas da Constituição, sendo semelhante à interpretação do direito em geral. Não obstante, como esta registra os valores mais importantes para o meio social, em decorrência de emanar do Poder Constituinte, apresenta-se como lei suprema e superior a qualquer outra em dado território do Estado. Na interpretação de suas disposições, apreciam-se os valores que inspiraram o texto constitucional e os objetivos deste. Verifica-se o método sistemático, pois dele é o ponto de partida. Esses princípios encontram-se no preâmbulo, nos capítulos relativos aos princípios e nos princípios espalhados ao longo do texto da Constituição.

A efetividade da norma constitucional é a forma de verificar se essa norma está sendo ou não aplicada nas decisões judiciais, além de se certificar sua aceitação social. Trata-se de uma forma de analisar o direito e de examinar o grau de aplicação dele, não apenas nos aspectos quanto à validade e à eficácia, como também quanto à efetividade. Verifica-se, caso a norma constitucional encontre-se corretamente interpretada e aplicada com a força que exige do sistema normativo, para que o direito tenha vida na sociedade e não seja tão somente mencionado formalmente. Consiste em instrumento capaz não de analisar a questão em especial, como também em maneira de interpretar o sistema jurídico como um todo.

A efetividade da norma constitucional ocorre não só na sua aplicação nos órgãos jurisdicionais do Estado-Juiz, mas no conhecimento e prática da sociedade. No primeiro aspecto, a norma emanada da Constituição deve ser levada em conta, inicialmente, na análise de qualquer processo judicial ou administrativo. No segundo caso, a sociedade civil, assim como o cidadão em suas relações jurídicas, passa a cobrar a aplicação do texto constitucional. Se ambas as situações existirem, a norma constitucional tem verdadeira efetividade.

4. JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL INICIAL

4.1. Desapropriação e Tombamento

A desapropriação é a intervenção pública na propriedade privada, com a transferência compulsória do domínio desta em favor do Poder público, por utilidade ou necessidade pública ou por interesse social, através de prévia e

Janeiro: Forense, p. 495).

justa indenização. Nela há transferência compulsória da propriedade¹⁴. Pode ser caracterizada como processo e não como ato, em razão de se concretizar mediante uma série ordenada de atos intermediários, como declaração de utilidade pública e avaliação, visando à obtenção de um ato final, que vem a ser adjudicação do bem ao patrimônio público.

A desapropriação é forma originária de aquisição da propriedade pelo Poder Público, em razão de não advir de nenhum título anterior, de modo que o bem está liberado de qualquer ônus anterior à nova situação. A originalidade resulta em que a causa é autônoma, bastando, por si mesma, por meios próprios, sendo títulos constitutivos de propriedade, como observa com precisão Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁵. Em que pesem todos os bens e direitos poderem se prestar à desapropriação, excluindo-se apenas os direitos da personalidade e a moeda corrente, em geral ocorre sobre bem imóvel. A desapropriação por zona é a desapropriação de uma área maior do que a necessária à realização de uma obra ou serviço, por abranger a zona contígua a ela, tendo em vista reservá-la para utilização posterior ou revendê-la, com o intuito de se aproveitar da valorização recebida.

Compete à União legislar sobre desapropriação, de acordo com o disposto no art. 22, II, da Constituição Federal. Todavia, são competentes para declararem a utilidade ou necessidade pública ou o interesse social de bem, para fins de desapropriação, a União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios¹⁶. Os bens públicos, outrossim, podem ser possíveis de desapropriação, pelas entidades estatais superiores, desde que haja autorização legislativa para o ato expropriatório e se observe a hierarquia política das entidades federadas. Assim, o Município pode ter seus bens desapropriados, mas não pode desapropriar bens da União ou do Estado-membro. Já os bens de autarquias, de fundações públicas, de empresas públicas, de sociedade de economia mista ou delegados do serviço

¹⁴ Lúcia Valle Figueiredo (Curso de Direito Administrativo. 2008. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, p. 326) entende que a desapropriação “trata-se de procedimento administrativo, posto que todo processo expropriatório, desde sua fase inicial (deflagratória), a declaração de utilidade, necessidade pública, interesse social, até a fase final, a ablação do direito de propriedade, pressupõe uma série encadeada de atos (formalidades essenciais), levando ao ato final. Isso, se for amigável o processo. Se não, após a declaração de utilidade pública haverá processo judicial”.

¹⁵ “Dizer-se que a desapropriação é forma originária de aquisição de propriedade significa que ela é, por si mesma, suficiente para instaurar a propriedade em favor do Poder Público, independentemente de qualquer vinculação com o título jurídico do anterior proprietário. É a só vontade do Poder Público e o pagamento do preço que constituem a propriedade do Poder Público sobre o bem expropriado” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. 2008. Curso de Direito Administrativo. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, p. 858).

¹⁶ “Quando o Município necessita de determinado bem móvel ou imóvel, para utilizar no serviço público, pode escolher entre o método de direito privado (a compra) e o método de direito público (a desapropriação). O primeiro vai depender da vontade do proprietário em realizar o negócio; o segundo independe por completo dessa vontade, pois o Município poderá, através da desapropriação, obter a propriedade sobre o bem por sentença judicial, valendo a sentença como título” (LAGO, Paulo Francisco Rocha. 1986. A Desapropriação. Rio de Janeiro: Instituto Brasileiro de Administração Municipal (IBAM), p. 5).

público são expropriáveis, independentemente de autorização legislativa.

As desapropriações podem ser por utilidade ou necessidade pública, por interesse social, para a reforma agrária e para fins urbanísticos, todos previstos no texto constitucional. A desapropriação por utilidade ou necessidade pública é regulamentada pelo Decreto-lei nº 3.365, de 21.6.1941. Ocorre a utilidade pública quando a utilização do bem é conveniente e vantajoso ao interesse coletivo, mas não constitui um imperativo determinante. Por outro lado, há necessidade pública quando o Poder Público está diante de um problema inadiável e premente, que não pode ser removido ou adiado, de modo que a única solução é incorporar ao domínio público o bem particular. São os casos clássicos de desapropriação.

Na desapropriação há interesse social quando se está frente àqueles diretamente ligados às classes mais pobres. Cabe ao Poder Público propiciar melhores condições de vida e mais distribuição de renda, para diminuir as desigualdades na população. A desapropriação por interesse social está disciplinada pela Lei Federal nº 4.132, de 10.9.1962, e pelo art. 5º, XXIV, da Constituição Federal. Existe, também, a desapropriação para fins de reforma agrária, disciplinada no art. 184, da Constituição Federal, e na Lei nº 4.504, de 30.11.1964, matéria fundamental no Brasil. Apesar de os Estados Unidos e a Europa terem realizado sua reforma agrária, no Brasil, o processo está incompleto, ainda no século XXI.

A desapropriação para fins urbanísticos ocorre quando utilizada como instrumento de execução da atividade urbanística ao Poder Público Municipal, prevista no art. 182, § 4º, III, da Constituição Federal. Deve ser observado que essa desapropriação não é caracterizada pelo emprego da desapropriação clássica, com o fim especial da ordenação urbana, mas com as peculiaridades instrumentais de intervenção no meio urbanístico. A desapropriação para fins urbanísticos pode ser caracterizada como um instrumento de realização da política do solo urbano em função da execução do planejamento urbano. Destina-se a obter determinada utilização positiva dos bens expropriados, na forma pré-fixada pelas normas do plano urbanístico¹⁷.

O tombamento é a declaração pelo Poder Público do valor histórico, artístico, paisagístico, turístico, cultural ou científico de coisas ou locais que, pela própria natureza, devem ser preservados. Pode ser entendido como a submissão de determinado bem, público ou particular, que passa a ser submetido a um regime especial de uso, gozo e disposição, que preserve suas qualidades essenciais. O bem passa a ter restrições parciais, em virtude de sua conservação interessar ao Poder Público. Dá-se o nome de tombamento, tendo em vista que o Direito brasileiro seguiu a tradição do Direito português, que utiliza a palavra *tombar*

¹⁷ "A desapropriação urbanística, ao contrário, é compreensiva e generalizável, atingindo áreas e setores completos, retirando os imóveis aí abrangidos, do domínio privado, para afetá-los ao patrimônio público, para depois serem devolvidos ao setor privado, uma vez urbanizados ou reurbanizados, em cumprimento ao dever de reprivatização" (SILVA, José Afonso da. 1995. *Direito Urbanístico Brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, p. 374).

no sentido de registrar, inventariar e inscrever nos arquivos do Reino, guardados na Torre do Tombo.

A Constituição Federal dispõe sobre a matéria, ao indicá-lo como um dos meios de promover e proteger o patrimônio cultural brasileiro, de acordo com o disposto no art. 216, § 1º, além de declarar “tombados todos os documentos e os sítios detentores de reminiscência dos antigos quilombos”, no § 5º, do mesmo dispositivo. Depreende-se do preceito que se trata de restrição parcial, pois a total é a desapropriação¹⁸. Podem ser, ainda tombados: “I - as formas de expressão; II - os modos de criar, fazer e viver; III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas; IV - as obras, objeto, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais; V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico”.

É da competência comum da União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios a proteção dos documentos, obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos, art. 23, III, Constituição Federal. Por outro lado, compete à União, aos Estados-membros e ao Distrito Federal legislar, concorrentemente, sobre proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico, art. 24, VII, do texto constitucional. O tombamento é a forma de intervenção do Poder Público na propriedade privada, com o objetivo de proteger o patrimônio histórico e artístico nacional, como prevê o Decreto-lei nº 25, de 30.11.1937, com as modificações produzidas pelo Decreto-lei nº 3.866, de 29.11.1941.

4.2. Habeas Corpus e Reforma do Código de Processo Penal de 2007

A Constituição de 1988 dispôs que deve se conceder habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder, previsto no art. 5º, LXVII. Encontra-se no Código de Processo Penal de 1941, nos arts. 647 e seguintes. Foi a matéria modificada pela Lei nº 11.464, de 28.3.2007, que alterou o writ, para lhe dar maior celeridade e precisão.

Trata-se o habeas corpus de uma ação constitucional de aspecto penal e de procedimento especial, sem pagamento de custas, garantindo ao indivíduo a liberdade de ir e vir, em uma ordem dada por juiz ou tribunal ao coator, para que cesse a ameaça ou violação dessa liberdade. Limita-se, hoje, apenas a garantir o direito de locomoção, não discutindo a prova ou o prazo para a obtenção de prova, dado seu caráter sumário. Não pode discutir sentença transitada em julgado, ainda que a jurisprudência sobre a matéria esteja mudando. Não obstante, utiliza-se para

¹⁸ “Ao determinar o tombamento, o Poder Público pode impor restrições à utilização ou conservação do bem, mas se elas chegarem a constituir interdição do uso da propriedade, a coisa tombada deverá ser desapropriada” (MEIRELLES, Hely Lopes Meirelles. 1986. Tombamento e Indenização. In: Estudos e Pareceres de Direito Público. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. IX, p.21).

trancamento de ação penal, quando nela houver ilegalidade ou abuso do poder.

A legitimidade reside, apenas, na personalidade jurídica, sem exigir interesse especial, podendo ser interposto em favor de si próprio ou de terceiro, não necessitando de advogado para sua interposição. Tem legitimidade passiva o coator, que pode ser delegado de polícia, promotor, juiz de direito ou tribunal, quando estiver cometendo ilegalidade ou abuso de poder, restringindo a liberdade de outrem. O habeas corpus pode ser preventivo, no caso de salvo-conduto, ou liberatório, quando já estiver ocorrendo a violação. Pode ser concedida liminar, desde que haja a possibilidade de dano irreparável e a plausibilidade do direito. Utiliza-se, também, nos casos de excesso de prazo. Encontra-se excluído, porém, nos casos de punições disciplinares militares, de acordo com o disposto no art. 142, § 2º, do texto constitucional.

4.3. Mandado de Segurança Individual e Coletivo e Lei nº 12.016, de 7.8.2009

A Constituição de 1946, em seu art. 141, § 24, manteve o mandado de segurança, disciplinado pela Lei nº 1.533, de 11.12.1951, e pela Lei nº 4.348, de 26.6.1964, que trata da suspensão de liminar ou segurança por Presidente de Tribunal ad quem. A Constituição de 1967, em seu art. 150, § 21, como também sua Emenda Constitucional nº 1, de 17.10.1969, confirmou o direito. A Constituição de 1988 dispõe sobre o mandado de segurança no inciso XLIX, do art. 5º, da Constituição Federal.

O mandado de segurança é a ação colocada à disposição de toda pessoa, física ou jurídica, para a defesa de direito individual líquido e certo, lesionado ou ameaçado de lesão, não amparado por habeas corpus ou habeas data, por ato de autoridade pública. Tem a finalidade de invalidar os atos de autoridade ou a supressão de omissões administrativas e o objeto vem a ser ato ou omissão de autoridade, que seja ilegal e lesivo a direito líquido e certo. Não se aplica, assim, às leis e aos decretos em tese, mas apenas a seus efeitos concretos. Pode ser interposto por toda e qualquer pessoa, que esteja ameaçada ou violada em seu direito líquido e certo, inclusive quem indiretamente vier a ser ameaçada ou violada. Já a legitimação passiva é de autoridade que pode rever o próprio ato, inclusive ato de dirigente de autarquia, fundação, empresa pública, sociedade de economia mista e de serviços delegados. Prevê-se, inclusive, o litisconsórcio necessário.

A expressão “direito líquido e certo”, criada por Pedro Lessa, foi objeto de muita discussão, mas hoje já está clareado o sentido, que significa o direito provado de plano, sem necessidade de juntada de novas provas ou de que seja objeto de perícia. Pode ser objeto de liminar, único instrumento atual contra a ilegalidade ou arbítrio às restrições que sofreram liminar em ação cautelar inominada ou em antecipação de tutela, em medidas contra o Poder Público¹⁹.

¹⁹ “Diremos que líquido será o direito que se apresenta com grau, em tese, de plausibilidade; e certo, aquele que se oferece configurado preferencialmente de plano, documentalmente sempre, sem recurso a dilações probatórias. Cumpre ressaltar que o direito líquido e certo é uma condição da

A Lei nº 12.016, de 7.8.2009, dispôs que: “Art. 1º Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça”. Equiparam-se às autoridades, os representantes ou órgãos de partidos políticos e os administradores de entidades autárquicas, bem como os dirigentes de pessoas jurídicas ou as pessoas naturais no exercício de atribuições do poder público, somente no que disser respeito a essas atribuições. Não cabe mandado de segurança contra os atos de gestão comercial praticados pelos administradores de empresas públicas, de sociedade de economia mista e de concessionárias de serviço público. Quando o direito ameaçado ou violado couber a várias pessoas, qualquer delas pode requerer o mandado de segurança.

Em caso de urgência, é permitido, observados os requisitos legais, impetrar mandado de segurança por telegrama, radiograma, fax ou outro meio eletrônico de autenticidade comprovada. Não se concede mandado de segurança quando se tratar: a) de ato do qual caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, independentemente de caução; b) de decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo; c) de decisão judicial transitada em julgado. A petição inicial, que deve preencher os requisitos estabelecidos pela lei processual, deve ser apresentada em duas vias com os documentos que instruírem a primeira reproduzidos na segunda e indica, além da autoridade coatora, a pessoa jurídica que esta integra, à qual se acha vinculada ou da qual exerce atribuições.

Ao despachar a inicial, o juiz ordena, pelo art. 7º, da legislação, que: “I - que se notifique o coator do conteúdo da petição inicial, enviando-lhe a segunda via apresentada com as cópias dos documentos, a fim de que, no prazo de 10 (dez) dias, preste as informações; II - que se dê ciência do feito ao órgão de representação judicial da pessoa jurídica interessada, enviando-lhe cópia da inicial sem documentos, para que, querendo, ingresse no feito; III - que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido, quando houver fundamento relevante e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja finalmente deferida, sendo facultado exigir do impetrante caução, fiança ou depósito, com o objetivo de assegurar o ressarcimento à pessoa jurídica”.

Da decisão do juiz de primeiro grau que conceder ou denegar a liminar cabe agravo de instrumento, observado o disposto no Código de Processo Civil. Não deve ser concedida medida liminar que tenha por objeto a compensação de créditos tributários, a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior, a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza. Os efeitos da medida liminar, salvo se revogada ou cassada, persistem até a prolação da

ação criada no patamar constitucional, o que, inclusive, nos dispensa de digressões quanto ao maior ou menor acerto na escolha da expressão” (FERRAZ, Sérgio. 1993. Mandado de Segurança: individual e coletivos - aspectos polêmicos. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, p. 19).

sentença. Deferida a medida liminar, o processo tem prioridade para julgamento.

A Lei nº 1.533, de 11.12.1951, por mais de meio século dispôs sobre o mandado de segurança, mostrando eficiência e simplicidade. Fixou-se um rito enxuto e célere, que assegurou o direito de muitos que tiveram seus direitos “líquido e certo” espoliados ou ameaçados. Não existia na sociedade civil, nem nos meios jurídicos, nenhum clamor para uma nova legislação. A Lei nº 12.016, de 7.8.2009, veio renovar o instituto processual, sem lhe aumentar a efetividade. Na verdade, houve uma incorporação das leis anteriores que restringiam à concessão de liminar. Nada acrescentou, nem lhe prejudicou. Na verdade, foi um movimento processual desnecessário e formal.

O mandado de segurança coletivo foi previsto no inciso LXX, do art. 5º, do texto constitucional, com o procedimento previsto na legislação acima. Trata-se de novidade no direito brasileiro, podendo ser impetrado por: a) partido político com representação no Congresso Nacional; b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados.

4.4. Mandado de Injunção e Habeas Data

A Constituição de 1988, no art. 5º, LXXI, da Constituição Federal, introduziu no direito brasileiro novo instrumento de defesa contra as omissões do Poder Público, na defesa dos direitos contra inconstitucionalidade ou abuso de direito: “Conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”. É assemelhado ao mandado de segurança não distinto deste²⁰.

A influência remota é do writ of mandamus norte-americano, utilizado quando norma legal se mostra insuficiente ou incompleta para solucionar caso concreto na Justiça. Concede-se mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e das liberdades constitucionais, bem como das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Trata-se esta de ação constitucional, de caráter civil, com procedimento especial, que tem por objeto a supressão de uma omissão do Poder Público, para assegurar o exercício de direito, liberdade ou prerrogativa constitucional. Assemelha-se à ação direta de inconstitucionalidade por omissão, prevista no art. 103, § 2º, do texto constitucional, para evitar a falta de efetividade de dispositivo da Constituição. De acordo com o art. 24, § 1º, da Lei nº 8.038, de

^a “Apesar da proximidade dos procedimentos e da característica de ordem emanada do Poder Judicial, o mandado de injunção tem objeto diverso do mandado de segurança, não só porque alcança as relações privadas, como também porque atinge uma gama de situações bem maior, não restrita à ilegalidade e ao abuso de poder” (ZANETI JÚNIOR, Hermes. 2004. Os Novos “Writs” Constitucionais Brasileiros na Esfera Civil: mandado de segurança coletivo, habeas data e mandado de injunção. In: OLIVEIRA, C. A. Álvaro de. Processo e Constituição. Rio de Janeiro: Forense, p. 312).

28.5.1990, aplica-se o procedimento do mandado de segurança, previsto agora na Lei nº 12.016, de 7.8.2009.

Foi introduzido, também, pela Constituição de 1988, no inciso LXXII, do art. 5º, da Constituição Federal, o habeas data, para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público. Permite assegurar, ainda, a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo. Esse instituto tem raízes no Freedom of Information Act norte-americano, em 1974, depois modificado pelo Freedom of Information Reform Act, em 1978, que permitia o acesso dos particulares às informações constantes nos registros públicos e particulares. O habeas data destina-se a assegurar a todas as pessoas o direito de solicitar a exibição de registros públicos e privados, nos quais constem seus dados pessoais, para que se possa deles conhecer e, se for o caso, pedir sua retificação²¹. É ação constitucional, de natureza cível, sempre que houver a negativa da via administrativa para se obter informações pessoais. Dispôs a Lei nº 9.507, de 12.11.1997, sobre a matéria, com rito assemelhado ao mandado de segurança, que regula o direito de acesso à informação e disciplina o procedimento judicial do habeas data.

4.5. Ação Popular e Ação Civil Pública

A Constituição Federal de 1988 consagrou importantes atividades para o Ministério Público, como forma de maior efetividade às disposições constitucionais, dentre elas, a ação civil pública. Por outro lado, o direito do consumidor também foi constitucionalizado, estando previsto no art. 5º, XXXII, como princípio geral da atividade econômica, art. 170, V. Passou o Parquet a ter como função a proteção dos consumidores. Para Luiz Cláudio Carvalho de Almeida, “especificamente no que tange à defesa dos direitos do consumidor, a legitimidade do Ministério Público também deflui do Texto Constitucional, art. 5º, XXXII, art. 127, caput, e art. 129, III”. Editado em função do comando constitucional, art. 48, do ADCT, o Código de Defesa do Consumidor inseriu, de modo expresso, o Ministério Público como um dos legitimados para a defesa coletiva dos direitos do consumidor, art. 82, I²². Cabe, hoje, também à Defensoria Pública a legitimidade ativa.

²¹ “O remédio garantirá também que se obtenha a retificação dos dados depositados nos registros. A medida objetiva a verdade registral. O mesmo fim poderá ser alcançado, administrativa ou judicialmente, em processo sigiloso. É do alvedrio do interessado tomar um caminho ou outro” (SOUZA, Nelson Oscar de. 2006. Manual de Direito Constitucional. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 581).

²² “A legitimidade do Ministério Público para a defesa dos direitos individuais homogêneos do consumidor: um caminho para a eficácia social da norma dentro de um modelo garantido” (ALMEIDA, Luiz Cláudio Carvalho. 2004. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 52, out.-dez., p. 79).

Regem-se pelas disposições da Lei nº 7.347, de 24.07.1985, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: a) ao meio-ambiente; b) ao consumidor; c) à ordem urbanística; d) a bens e a direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; e) a qualquer outro interesse difuso ou coletivo; f) por infração da ordem econômica; g) à ordem urbanística. Não é cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados.

A ação popular foi introduzida, no Brasil, com a Constituição de 1934, em seu art. 113, nº 38, que dizia que “qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a declaração de nulidade ou anulação dos atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados e dos Municípios”. Foi excluída da Constituição de 1937, mas voltou a aparecer na Constituição de 1946, em seu art. 141, § 38, e na de 1967, art. 150, § 31, inclusive na Emenda Constitucional nº 1, de 17.10.1969, em seu art. 153, § 31. O procedimento foi disposto na Lei nº 4.717, de 29.6.1965, oriunda do projeto Bilac Pinto e do Anteprojeto Hely Lopes Meirelles. A Constituição de 1988, no inciso LXIII, do art. 5º, manteve este procedimento, construção jurídica brasileira, apenas remotamente ligada ao Right of Petition da Carta Magna de 1215. Qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Poder Público participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento das custas judiciais e do ônus da sucumbência.

A ação popular vem a ser uma ação de direito público subjetivo, através da qual qualquer cidadão pode obter a invalidação de atos ilegais e lesivos ao patrimônio público²³. Trata-se de um instrumento que serve à proteção jurisdicional dos direitos difusos. Cabe, assim, contra atos ilegais lesivos ao patrimônio público, sendo estes entendidos como nos casos de incompetência, vício de forma, ilegalidade do objeto, inexistência de motivo e desvio de finalidade. Os atos lesivos, então, são os que desfalcam o erário público ou prejudicam a Administração ou, mesmo, ofendem bens ou valores artísticos, cívicos, culturais, ambientais ou históricos da comunidade. O patrimônio público mencionado abrange não só os bens públicos econômicos ou pecuniários, mas todo patrimônio público.

²³ “A Ação Popular é um remédio constitucional nascido da necessidade de se melhorar a defesa do interesse público e da mora administrativa. Inspira-se na intenção de fazer de todo cidadão um fiscal do bem comum. Consiste ela no poder de reclamar o cidadão um provimento judiciário – uma sentença – que declare nulos ou torne nulos atos do poder público lesivos ao patrimônio público, seja do patrimônio das entidades estatais, seja das entidades autárquicas ou sociedade de economia mista” (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. 2006. Curso de Direito Constitucional. 32ª ed. São Paulo: Saraiva, p. 322).

5. JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL JUNTO AOS TRIBUNAIS

5.1. Recurso Ordinário em Negativa de Mandado de Segurança e de Habeas Corpus

A jurisdição é o poder estatal para compor os conflitos de interesses privados e públicos. Está organizada de acordo com um sistema em que há dois graus de jurisdição, que garante à parte vencida o reexame da matéria por um colegiado, um Tribunal, que tem competência plena para examinar toda a matéria, inclusive as provas. Existe, nesse sistema, entre os juízes de primeiro grau e os tribunais de segundo grau uma subordinação funcional, em que os superiores podem reexaminar as decisões proferidas, quando provocados ou de ofícios, em algumas matérias, como em caso da litigância de órgão público.

Em algumas circunstâncias, cabe ao Supremo Tribunal Federal, nos termos do inciso II, do art. 102, da Constituição Federal, julgar, em recurso ordinário, o habeas corpus, o mandado de segurança, o habeas data e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão. Trata-se de situação em que havendo a negativa do pedido formulados nos writs, é possível a apreciação em duplo grau de jurisdição. Caso a decisão tenha sido favorável, a via de apreciação vem a ser a do recurso extraordinário, previsto no inciso III, do art. 102. Cabe, também, recurso ordinário, nos casos em que envolva o crime político. Este pode ser entendido como o crime cometido contra a ordem polícia e social, em que se lesa interesse político estatal e dos cidadãos, podendo ser um delito comum, desde que motivado por questão política. Trata-se de crime que viole a organização e o funcionamento dos Poderes Políticos, como a conspiração, a fraude eleitoral, o terrorismo e os atos assemelhados. Distingue-se tal crime do de opinião. Este se limita à manifestação de pensamento, sem ato material humano, enquanto o crime político se materializa em um ato político.

Compete, também, ao Superior Tribunal de Justiça julgar, em recurso ordinário, de acordo com o inciso II, do art. 105, a apreciação dos habeas corpus decididos em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, quando a decisão for denegatória. Cabe-lhe, ainda, julgar, em grau de recurso, os mandados de segurança decididos em única instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais de Justiça dos Estados-membros, do Distrito Federal e dos Territórios, igualmente quando denegatória a decisão. Trata-se de uma proteção extra aos writs, em que, havendo uma decisão que indefira o pedido, permite-se o reexame da matéria por um tribunal ordinário, no caso o Superior Tribunal de Justiça, para tais decisões dos Tribunais Regionais Federais ou dos Tribunais de Justiça Estaduais.

5.2. Recurso Especial junto ao Superior Tribunal de Justiça e seu Agravo

O recurso especial é criação do direito brasileiro, ainda que influenciado pelo sistema norte-americano. Trata-se de um meio de impugnação de decisões judiciais, desfavoráveis, de única ou última instância, dirigida ao Superior Tribunal de Justiça, em razão de violação de lei federal. O recurso especial visa manter a unidade do direito brasileiro, com a supremacia da legislação federal, naquilo que for de competência da União²⁴. Cabe ao Superior Tribunal de Justiça, nos termos do inciso III, do art. 105, da Constituição Federal, julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados-membros, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência, julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal, ou der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

A admissão do recurso especial não é fácil, posto que o juízo de admissibilidade inicial é feito pelo Presidente do Tribunal que teve a decisão recorrida. Este observa se houve pré-questionamento da matéria e a enquadra nas alíneas do inciso III, do art. 105, da Constituição Federal. Caso o Presidente do Tribunal negue o seguimento do recurso especial, cabe agravo de recurso especial, que não pode ser obstado. Depois, no próprio Superior Tribunal de Justiça, a matéria é suscetível de nova apreciação de admissibilidade, além da discussão do mérito, feita monocraticamente pelo Ministro relator.

A Emenda Constitucional nº 45, de 30.12.2004, modificou a redação da alínea b, do inciso III, do art. 105, da Constituição Federal. Passou a competência para julgar válida lei local contestada em face de lei federal para o Supremo Tribunal Federal, no art. 103, III, d, do texto constitucional, retendo a competência apenas para julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal. Encontra-se o recurso especial tratado nos arts. 541 a 546, do Código de Processo Civil, modificado pela Lei nº 11.341, de 7.8.2006.

Na Lei nº 8.950, de 13.12.1994, no art. 2º, está previsto que “os recursos extraordinário e especial, nos casos previstos na Constituição Federal, são interpostos perante o Presidente ou o Vice-Presidente do Tribunal recorrido, em petições distintas que devem conter: a) exposição do fato e do direito; b) a demonstração do cabimento do recurso interposto; c) as razões do pedido de reforma da decisão recorrida”. Quando o recurso se fundar em dissídio

²⁴ “Ao atribuir ao Supremo Tribunal Federal a missão precípua de ‘guarda da Constituição’ (art. 102), a nova Carta Política brasileira conferiu a esse órgão de cúpula do Poder Judiciário a função de corte constitucional por excelência, deslocando assim, por via de consequência, para outro órgão judiciário, a competência para processar e julgar determinadas questões e matérias, o que foi atribuído ao Superior Tribunal de Justiça (art. 105, I a III, e respectivas alíneas)” (SOARES, Orlando. 1991. *Comentários à Constituição da República Federativa do Brasil*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 482).

jurisprudencial, o recorrente faz a prova da divergência mediante certidão, cópia autenticada ou pela citação do repositório de jurisprudência, oficial ou credenciado, inclusive em mídia eletrônica, em que tenha sido publicada a decisão divergente, ou ainda pela reprodução de julgado disponível na internet, com indicação da respectiva fonte, mencionando, em qualquer caso, as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados.

Recebida a petição pela secretaria do Tribunal, deve ser intimado o recorrido, abrindo-se-lhe vista, para apresentar contrarrazões. Findo esse prazo, são os autos conclusos para admissão ou não do recurso, no prazo de quinze dias, em decisão fundamentada. Os recursos extraordinário e especial devem ser recebidos no efeito devolutivo. Admitidos os recursos, os autos são remetidos ao Superior Tribunal de Justiça. Concluído o julgamento do recurso especial, remetem-se os autos ao Supremo Tribunal Federal para apreciação do recurso extraordinário, se este não estiver prejudicado. Na hipótese de o relator do recurso especial considerar que o recurso extraordinário é prejudicial daquele em decisão irrecorrível, este sobresta o seu julgamento e remete os autos ao Supremo Tribunal Federal, para julgar o extraordinário. Se o relator do recurso extraordinário, em despacho irrecorrível, não o considerar prejudicial, devolve os autos ao Superior Tribunal de Justiça, para o julgamento do recurso especial.

Não admitido o recurso extraordinário ou o recurso especial, cabe agravo de instrumento, no prazo de dez dias, para o Supremo Tribunal Federal ou para o Superior Tribunal de Justiça, conforme o caso. O agravo de instrumento é instruído com as peças apresentadas pelo agravante e pelo agravado, dele constando, obrigatoriamente, cópia do acórdão recorrido, a certidão de intimação, a petição de interposição do recurso denegado, as contrarrazões, a decisão agravada, a certidão de intimação e as procurações outorgadas aos advogados do agravante e do agravado. A petição do agravo é dirigida ao Presidente do Tribunal de origem, não dependendo do pagamento de custas e despesas postais. O agravado deve ser intimado, de imediato, para no prazo de dez dias oferecer resposta, podendo instruí-la com cópias das peças que entender conveniente. Em seguida, sobe o agravo ao tribunal superior, onde é processado na forma regimental.

Pode o relator, se o acórdão recorrido estiver em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça, conhecer do agravo para dar provimento ao próprio recurso especial. Pode ainda, se o instrumento contiver os elementos necessários ao julgamento do mérito, determinar sua conversão, observando, daí em diante, o procedimento relativo ao recurso especial. O disposto também se aplica ao agravo de instrumento contra denegação de recurso extraordinário, salvo quando, na mesma causa, houver recurso especial admitido e que deva ser julgado em primeiro lugar.

5.3. Recurso de Revista junto ao Tribunal Superior do Trabalho e Recurso Especial junto ao Tribunal Superior Eleitoral

A Justiça do Trabalho foi criada, na década de trinta, do século XX, para a solução dos conflitos entre empregados e empregadores. Nas décadas anteriores, a industrialização pela qual o país passou, com o modelo de substituição de importações, impulsionado pela I Guerra Mundial, resultou na sindicalização, com a influência dos anarquistas, em geral vindos como imigrantes europeus. O Decreto nº 22.132, de 25.11.1932, instituiu as Juntas de Conciliação e Julgamento, que visavam a solução dos dissídios coletivos, ao passo que as Comissões Mistas de Conciliação tratavam dos interesses individuais. Na época, eram órgãos administrativos e, não, judiciais. Mudaram de natureza, apenas, com a Constituição de 1934.

A matéria foi tratada na Constituição de 1934, art. 122, na de 1937, art. 139, e na de 1946, art. 122. Na Constituição de 1967 também a Justiça do Trabalho foi disposta, nos arts. 133 a 135, mas que na Emenda Constitucional nº 1, de 17.10.1969, passou a matéria aos arts. 141 a 143, sendo que os dois últimos foram também modificados pela Emenda Constitucional nº 7, de 13.4.1977. Na Constituição de 1988, está previsto no art. 111, I, o Tribunal Superior do Trabalho.

A jurisdição deve ser exercida em dois graus: no originário e no de recurso. De modo que a parte vencida pode pedir o reexame da matéria apreciada e decidida por juiz do trabalho de primeiro grau, a um tribunal, que julga através de um de seus colegiados, podendo ser uma câmara ou uma turma. Existem matérias, no entanto, que são suscetíveis de apreciação pelo Tribunal Superior do Trabalho, apreciando de forma especial o conflito de interesse. Não se trata de uma terceira instância, em que toda a matéria discutida pode ser reapreciada, mas apenas de matéria de lei geral ou especial em tal tribunal.

O recurso de revista é recurso para o Tribunal Superior do Trabalho, das decisões proferidas em grau de recurso ordinário, em dissídio individual, pelos Tribunais Regionais do Trabalho²⁵. Ocorre quando essas decisões são proferidas com violação literal de disposição de lei federal ou afronta direta à Constituição Federal, ou 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, conforme a

²⁵ "O recurso de revista é um apelo eminentemente técnico, estando sua admissibilidade subordinada ao atendimento de determinados pressupostos. Não será aplicada a regra da interposição do recurso por simples petição (art. 899 da CLT), ou seja, sem fundamentação, bastando a intenção de recorrer, que devolveria a apreciação do tribunal ad quem o exame de toda a matéria. No recurso de revista, é mister que a parte demonstre divergência jurisprudencial, ou violação literal de dispositivo de lei ou da Constituição para seu conhecimento (art. 896, da CLT). Poderá demonstrar, também, interpretação divergente de lei estadual, convenção ou acordo coletivo, sentença normativa ou regulamento de empresa de observância obrigatória em área territorial que exceda a jurisdição do TRT prolator (art. 896, b, da CLT)" (MARTINS, Sérgio Pinto. 2005. Comentários à CLT. 9ª ed. São Paulo: Atlas, p. 979).

Consolidação das Leis do Trabalho, Decreto-lei nº 5.452, de 1.5.1943, no art. 896. De tais decisões, cabe recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal, se houver violação ao texto constitucional.

A Justiça Eleitoral nasceu da necessidade de aperfeiçoar o sistema representativo. A cidadania política, ainda que existente no âmbito da Constituição de 1824, era muito tímida, porque o voto era censitário, isto é, votavam apenas aqueles que tinham determinada renda ou propriedade. A organização eleitoral surgiu com a Lei nº 3.029, de 9.1.1881. Depois, com a Constituição de 1891, tal situação mudou, mas a ausência do voto secreto impedia que os resultados eleitorais espelhassem a real vontade popular. O Código Eleitoral, aprovado pelo Decreto nº 21.076, de 1932, instituiu o alistamento e as eleições, atribuídos à Justiça de Primeira Instância. Foram assegurados, ainda, o sufrágio universal, direto e secreto, e o voto feminino.

A matéria foi tratada na Constituição de 1934, em seu art. 82, mas extinta na de 1937. Na Constituição de 1946, em art. 109, voltou a questão a ser tratada. O novo Código Eleitoral, Lei nº 4.737, de 15.7.1965, passou a disciplinar a matéria. Foi esta mantida na Constituição de 1967, em seu art. 123, mas na Emenda Constitucional nº 1, de 17.10.1969, passou a art. 130. Emenda Constitucional, em 1977, permitiu o voto do analfabeto. Por fim, a Constituição de 1988, em seus arts. 118 a 121, tratou da matéria, ao passo que permitiu o voto facultativo do menor de 18 e maior de 16 anos, em seu art. 14, § 1º, II, c, ampliando ainda mais a cidadania política. Cabe à União, ainda, legislar sobre direito eleitoral, de acordo com o art. 22, I, do texto constitucional.

Existem matérias, no entanto, que são suscetíveis de apreciação pelo Tribunal Superior Eleitoral, julgando de forma especial o conflito de interesse. Não se trata de uma terceira instância, em que toda a matéria discutida pode ser reapreciada, mas apenas de matéria constitucional, no caso do referido tribunal. Constituem-se como órgãos da Justiça Eleitoral, de acordo com o art. 118, da Constituição Federal, o Tribunal Superior Eleitoral, os Tribunais Regionais Eleitorais, os Juízes Eleitorais e as Juntas Eleitorais. Cabem a essas, além de presidirem os pleitos eleitorais, matérias cíveis e penais conexas.

O recurso especial é o remédio judicial para discutir questões de direito infraconstitucional²⁶. Deve ser dirigido ao Presidente do Tribunal Superior Eleitoral e tem função análoga ao recurso especial perante o Superior Tribunal de Justiça, para uniformizar a jurisprudência eleitoral. É sua competência quando houver decisão contra a Constituição Federal, ou seja, denegatória de habeas corpus ou mandado de segurança, dos Tribunais Regionais eleitorais.

²⁶ “Conserva, assim, significativos pontos de contato com a apelação, embora esteja a apresentar-se, em alguns casos, como terceira instância da apreciação. É um recurso que pode ser considerado extraordinário, uma vez que a sua admissibilidade não decorre simplesmente da inconformação do sucumbente, mas de seu excepcional ajustamento a uma das hipóteses consubstanciadas no art. 276, I, do Código Eleitoral” (RIBEIRO, Fávila. 1986. Direito Eleitoral. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 431).

Se o responsável pela decisão contrariar o texto constitucional, cabe recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal, se ocorrer violação ao texto constitucional.

5.4. Embargos de Divergência, Embargos Infringentes, Embargos de Declaração e Agravo Regimental no Supremo Tribunal Federal

Além dos recursos constitucionais, cabem ao Supremo Tribunal Federal, no seu âmbito interno, embargos de divergência, embargos infringentes, embargos de declaração e agravo regimental. De acordo com o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, no art. 330, cabem embargos de divergência à decisão de turma que, em recurso extraordinário ou em agravo de instrumento, divergir de julgado de outra turma ou do plenário na interpretação do direito federal. A divergência é comprovada mediante certidão, cópia autenticada ou pela citação do repositório de jurisprudência, oficial ou credenciado, inclusive em mídia eletrônica, em que tiver sido publicada a decisão divergente, ou ainda pela reprodução de julgado disponível na internet, com indicação da respectiva fonte, mencionando, em qualquer caso, as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados²⁷. Não cabem embargos, se a jurisprudência do plenário ou de ambas as turmas estiver firmada no sentido da decisão embargada. Está disposto no art. 496, VIII, do Código de Processo Civil.

Os embargos infringentes têm cabimento para questionar acórdãos não unânimes proferidos, em recurso extraordinário ou especial, bem como no recurso ordinário no Supremo Tribunal Federal. Pode ser interposto tanto em questão de mérito, como em preliminares. Cabem embargos infringentes à decisão não unânime do plenário ou da turma: a) que julgar procedente a ação penal; b) que julgar improcedente a revisão criminal; c) que julgar a ação rescisória; d) que julgar a representação de inconstitucionalidade; e) que, em recurso criminal ordinário, for desfavorável ao acusado. O cabimento dos embargos, em decisão do plenário, depende da existência, no mínimo, de quatro votos divergentes. Estão dispostos, além de no Regimento Interno no Supremo Tribunal Federal, art. 333, no Código de Processo Civil, no art. 496, III, e nos arts. 530 a 534.

Os embargos de declaração são interpostos contra sentença ou acórdão, para esclarecer ambiguidade, contradição ou omissões apontadas na decisão. A rigor não se pode dizer que se trata de um recurso, mas com a admissão de que pode ter efeito modificativo, se houver garantia do contraditório, assim o é. Utiliza-se ainda para pré-questionar matéria a ser objeto de recurso extraordinário ou especial. Encontra-se disciplinado, no Código de Processo

²⁷ "A divergência há de ocorrer na interpretação de alguma norma de direito federal. A decisão invocada como padrão, proferida pelo Plenário ou por outra Turma (não pela mesma!), precisa ter consagrado tese jurídica inconciliável com a daquela que se quer embargar. É irrelevante a existência, ou não, de discrepância na votação, quer numa decisão, quer noutra" (MOREIRA, José Carlos Barbosa. 1986. O Novo Processo Civil Brasileiro. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 238).

Civil, no art. 496, IV e nos arts. 535 a 538. Conforme o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, no art. 337, cabem embargos de declaração, quando houver no acórdão obscuridade, dúvida, contradição ou omissão que devam ser sanadas. Os embargos declaratórios são interpostos no prazo de cinco dias. Independentemente de distribuição ou preparo, a petição é dirigida ao relator do acórdão que, sem qualquer outra formalidade, submete-a a julgamento na primeira sessão da turma ou do plenário, conforme o caso. Se os embargos forem recebidos, a nova decisão se limita a corrigir a inexatidão, ou a sanar a obscuridade, dúvida, omissão ou contradição, salvo se algum outro aspecto da causa tiver de ser apreciado como consequência necessária.

O agravo regimental é recurso dirigido ao plenário ou órgão fracionado impugnando decisão do relator. Denomina-se “regimental” porque é previsto em regimento interno dos tribunais e, não, em lei. Cabe agravo regimental, no prazo de cinco dias de decisão do Presidente do Supremo Tribunal Federal, de presidente de turma ou do relator, que causar prejuízo ao direito da parte. A petição contém, sob pena de rejeição liminar, as razões do pedido de reforma da decisão agravada. O agravo regimental é protocolado e, sem qualquer outra formalidade, submetido ao prolator do despacho, que pode reconsiderar o seu ato ou submeter o agravo ao julgamento do plenário ou da turma, a quem caiba a competência, computando-se também o seu voto. Provido o agravo, o plenário ou a turma determina o que for de direito. O agravo regimental não tem efeito suspensivo, estando no art. 317, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

6. JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E CONTROLE CONSTITUCIONAL DAS LEIS

6.1. Controle Incidental e Recurso Extraordinário

Dispõe a Constituição Federal, no art. 102, que “compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: [...] III – julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição; d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal”.

O controle por via de exceção ou controle incidental tem como características que qualquer pessoa que tenha uma pretensão resistida, mas tenha o direito assegurado pela Constituição, pode levantar a questão prejudicial de constitucionalidade. Por outro lado, qualquer órgão do Judiciário, inclusive juiz singular, pode decidir sobre a questão levantada. Por fim, a discussão sobre a constitucionalidade não é o objeto principal da lide, mas que vem a ser

levantada incidentalmente no processo. O juiz singular decide, livremente, sobre a inconstitucionalidade da lei ou ato administrativo. Os tribunais, porém, têm competência para declarar a constitucionalidade através do respectivo plenário e, não, de suas câmaras, turmas, seções ou órgãos especiais.

É emblemático para a formação da jurisdição constitucional o célebre caso norte-americano *Marbury x Madison*, que firmou doutrina e passou a ser exigência de que a norma constitucional fosse superior a qualquer outra norma jurídica. William Marbury tinha sido nomeado para o cargo de juiz de paz, no Distrito de Colúmbia, pelo Presidente John Adams, com a indicação confirmada pelo Senado, com todas as formalidades legais. Antes de tomar posse, assumiu a presidência Thomas Jefferson, de partido contrário ao Governo anterior, determinando que seu Secretário de Estado, James Madison, depois também Presidente, não efetuasse logo a nomeação. Marbury foi à Suprema Corte contra este, para assumir o cargo, diante de sua inércia, não contestando a nomeação, nem praticando o ato devido. Pediu para saber se tinha direito ao cargo, se teria direito à proteção judicial e qual o remédio devido. O Juiz Marshall, da Suprema Corte, em 1803, entendeu que os tribunais possuem por missão atender à Constituição e segui-la e que esta era superior a qualquer resolução ordinária da legislatura, de modo que o texto constitucional devia prevalecer sobre a norma inferior. Se o raciocínio fosse o contrário, os magistrados e tribunais deviam fechar os olhos para a Constituição e se limitar a seguir apenas a lei ordinária²⁸. Foi esta uma das duas únicas declarações de inconstitucionalidades na primeira metade do século XIX, sendo o modelo para o controle difuso da constitucionalidade das leis.

O recurso extraordinário é criação do direito brasileiro, ainda que influenciado pelo sistema norte-americano. Trata-se de um meio de impugnação de decisões judiciais, desfavoráveis, de única ou última instância, dirigida ao Supremo Tribunal Federal, em razão de violação da supremacia constitucional. O recurso extraordinário visa manter a unidade do direito brasileiro, com a supremacia do texto constitucional. Compete ao Supremo Tribunal Federal, de acordo com inciso III, do art. 102, do texto constitucional, julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância. Ocorre quando a decisão recorrida contrariar dispositivo da Constituição, declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal e julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição.

A admissão do recurso extraordinário não é fácil, posto que o juízo de admissibilidade inicial é feito pelo Presidente do Tribunal que teve a decisão recorrida. Ele observa se houve prequestionamento da matéria e se se enquadra a mesma nas

²⁸ Para Themístocles Brandão Cavalcanti, reproduzindo em parte o voto do Juiz Marshall, “se uma lei está em oposição com a Constituição; se, aplicadas ambas a um caso particular, o Tribunal se veja na contingência de decidir a questão em conformidade da lei, desrespeitando a lei, o Tribunal deverá determinar qual destas regras em conflito rege o caso. Esta é a verdadeira essência do Poder Judiciário” (CAVALCANTI, Themístocles Brandão. 1966. *Do Controle da Constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, p. 52).

alíneas do inciso III, do art. 102, da Constituição Federal²⁹. Caso a autoridade negue o seguimento do recurso extraordinário, cabe agravo de recurso extraordinário, que não pode ser obstado. Depois, no próprio Supremo Tribunal Federal, a matéria é suscetível de nova apreciação de admissibilidade, além da discussão do mérito e demais incidentes processuais. A matéria está disciplinada, ainda, pelo Código de Processo Civil, nos arts. 541 a 544. A Lei nº 11.418, de 19.12.2006, acrescentou os arts. 543-A e 544-B, alterando bastante a matéria processual.

A Emenda Constitucional nº 45, de 30.12.2004, instituiu a exigência de grave repercussão geral, do seguinte modo: “No recurso extraordinário o recorrente deve demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros”, de acordo com o art. 102, § 3º, da Constituição Federal.

A Emenda Constitucional nº 45, de 30.12.2004, acrescentou ao inciso III, do art. 102, a alínea d, dando competência ao Supremo Tribunal Federal para julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida julgar válida lei local contestada em face de lei federal. Essa competência, originalmente, era do Superior Tribunal de Justiça, que constava antes no art. 105, III, b, agora limitada apenas aos julgamentos de validade de ato do governo local em face de lei federal.

6.2. Controle Concentrado de Constitucionalidade

O controle da constitucionalidade pode ser político ou jurídico, em sua primeira classificação. O controle político tem caráter preventivo, por sua vez, dando-se através do próprio Parlamento, como no caso da Holanda e da Finlândia, ou de um Conselho Constitucional, como na França, atualmente. Por outro lado, o controle jurisdicional é repressivo, ocorrendo após a expedição da norma jurídica, podendo ser concentrado ou difuso. O controle concentrado teve como modelo a Constituição da Áustria de 1920, que teve projeto elaborado por Hans Kelsen, em que se previa uma Corte Constitucional dentre os órgãos do Judiciário. Essa Corte tem a missão de estabelecer a superioridade das normas constitucionais, quando provocada, sendo o modelo atual da Alemanha, Itália, Espanha e Portugal, dentre outros países, especialmente na Europa.

²⁹ Ainda que a contrariedade não seja direta e frontal, “a intangibilidade do preceito constitucional assegurador do devido processo legal direciona ao exame da legislação comum. Daí a insubsistência da ótica segundo a qual a violência à Carta Política da República, suficiente a ensejar o conhecimento de extraordinário há de ser direta e frontal. Caso a caso, compete ao Supremo Tribunal Federal exercer crivo sobre a matéria, distinguindo os recursos protelatórios daqueles em que versada, com procedência, a transgressão a texto constitucional, muito embora torne-se necessário, até mesmo, partir-se do que previsto na legislação comum. Entendimento diverso implica relegar à inocuidade dois princípios básicos em um Estado Democrático de Direito – o da legalidade e do devido processo legal, com a garantia da ampla defesa, sempre a pressuporem a consideração de normas estritamente legais” (Revista Forense. Rio de Janeiro: Forense, nº, p. 219).

Para J. J. Gomes Canotilho, analisando a Constituição de Portugal de 1976, “o Tribunal Constitucional, mesmo primariamente limitado ao controlo jurídico-constitucional das normas jurídicas, excluindo dos seus juízos valorações políticas ou apreciações de mérito político (a doutrina fala aqui do princípio da autolimitação judicial ou judicial self restraint), não se pode furtar à tarefa de guardião da Constituição, apreciando a constitucionalidade da política normativamente incorporada em actos dos órgãos de soberania. Por outras palavras: o Tribunal Constitucional assume, ele próprio, uma dimensão normativo-constitutiva do pluralístico plasmado na Constituição”³⁰. Este foi resultado do experimento de Hans Kelsen, em 1920, atribuindo concentradamente o controle da Constituição a um órgão jurisdicional específico.

O controle difuso nasceu com a decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, sem que houvesse previsão expressa no texto da Constituição de 1786, com o caso *Marbury x Madison*, acima comentado. Por esse controle, a declaração de inconstitucionalidade de lei resulta da interpretação dessa e do texto da Constituição, sendo exercido por juízes nos processos submetidos a sua apreciação, como atividade jurisdicional, com o poder de controle pertencendo a todos os magistrados e tribunais, que exercem este poder incidentalmente, tendo grande influência nos Estados latino-americanos.

O Brasil segue um modelo misto, pois adota o controle político, o controle judicial concentrado e o controle difuso. Ainda que não seja típico seu controle político, ele é exercido de forma preventiva, como em caso de veto do Presidente da República a projeto de lei que considerar inconstitucional, no art. 66, § 1º, da Constituição Federal. O controle judicial pode ser concentrado, quando é exercido pelo Supremo Tribunal Federal: a) na ação direta de inconstitucionalidade, na primeira parte do art. 102, I, a; b) na ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo, na segunda parte do art. 102, I, a; c) na ação de inconstitucionalidade por omissão, no art. 103, § 2º; d) na arguição de descumprimento de preceito fundamental, no art. 102, § 1º; e) na ação de intervenção em Estado-membro por não observância de princípios constitucionais, no art. 34, VII, tudo do texto constitucional federal.

Não cabe ao Superior Tribunal de Justiça competência constitucional concentrada, ao apreciar recurso especial quanto à decisão que contrariar tratado ou lei federal, ou lhe negar vigência, no art. 105, III, a. É-lhe atribuído apenas o controle difuso da constitucionalidade das leis, de resto a todos os tribunais e magistrados, conforme o art. 97, da Constituição.

³⁰ “Com a garantia da observância das normas constitucionais connexionam-se relevatíssimas questões político-constitucionais como: (1) defesa das minorias perante a onipotência da maioria parlamento-governo; (2) primazia hierárquico-normativo da Constituição e do legislador constituinte perante a onipotência da maioria parlamento-governo; (3) primazia do dogma tradicional da presunção de constitucionalidade dos actos legislativos; (4) legitimidade do desenvolvimento do próprio direito constitucional através da interpretação dada às normas da Constituição pelos juízes constitucionais” (CANOTILHO, J. J. Gomes. 2003. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, pp. 681-2).

6.3. Ação Direta de Inconstitucionalidade (Adi)

A Constituição Federal dispõe, no art. 103, que “podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade: I – o Presidente da República; II – a Mesa do Senado Federal; III – a Mesa da Câmara dos Deputados; IV – a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V – o Governador de Estado ou 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”.

A ação direta de inconstitucionalidade é a forma típica do controle concentrado de constitucionalidade das leis³¹. Consiste em que o tribunal vem a ser provocado a exercer sua função jurisdicional sobre causa sem fundamento concretizado ou iminente, pois nela a questão constitucional não é incidental, mas direta. Submetem-se ao controle jurisdicional constitucional questões abstratas, em contradição com o ato hipoteticamente violado da constituição federal. O controle de constitucionalidade é concentrado, pois somente o Supremo Tribunal Federal tem competência para o exercitar. Trata-se de função legislativa anômala, pois sua decisão é exercício do poder legislativo do Estado soberano.

O Supremo Tribunal Federal pode utilizar o poder geral de controlar, no uso da ação direta de inconstitucionalidade (Adi). Ao ser julgada procedente essa ação, declara-se a afronta total ou parcial ao texto constitucional, comunicando a decisão à autoridade ou ao órgão responsável pela expedição do ato impugnado, que deve o revogar ou compatibilizá-lo com a Constituição Federal. Encontra-se a matéria prevista na alínea a, do inciso I, e no § 2º, do art. 102, bem como na primeira parte do caput do art. 103, da Constituição Federal. Está o processo organizado de acordo com o Código de Processo Civil, arts. 480 a 482, conforme a Lei nº 5.869, de 11.1.1973, modificado pela Lei nº 9.868, de 10.11.1999, e no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, art. 77-B.

6.4. Ação Declaratória de Constitucionalidade e Ação de Inconstitucionalidade por Omissão

A ação declaratória de constitucionalidade está no inciso I, e no § 2º do art. 102 e na segunda parte do caput do art. 103, da Constituição Federal. Foi disposta, também, no Código de Processo Civil, arts. 480 a 482, conforme a Lei nº 5.869, de 11.01.1973, modificado pela Lei nº 9.868, de 10.11.1999, e no art. 77-B,

³¹ “O objeto da ação é definido no texto constitucional e tem sido interpretado estritamente. Assim, não compreende os regulamentos administrativos, entendo o STF que a impugnação desses atos implica uma questão de legalidade (ou seja, desobediência à lei regulada), que refoge, por sua natureza, ao controle da constitucionalidade. Também não incidem neste as leis anteriores à Constituição, considerando a maioria do STF que a questão pertinente é de direito intertemporal, resolvendo-se, portanto, pelos princípios da revogação (*Lex posterior derogat priori*)” (MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. 2005. *Direito Processual Constitucional*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 77).

do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Foi instituído pela Emenda Constitucional nº 3, de 17.3.1993, sendo fixado o § 4º, do art. 103. Depois, com a Emenda Constitucional nº 45, de 30.12.2004, houve a revogação deste § 4º, passando a constar na segunda parte do caput do art. 103.

Na ação declaratória de constitucionalidade, não se espera para discutir a inconstitucionalidade da lei, no sentido de estabelecer uma anulação da lei ou ato normativo por violação a Constituição Federal³². Na verdade, as pessoas com legitimidade ativa prevista nos incisos do art. 103, do texto constitucional, podem se adiantar e pedir para o Supremo Tribunal Federal a afirmação, com a declaração positiva, de existência de uma lei ou ato normativo com caráter adequado à Lei Maior.

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão, prevista no § 2º, do art. 103, da Constituição Federal, decorre da inércia do Poder Público em editar medida para efetivar norma constitucional. Ao deixar de o fazer, causa ou pode causar dano aos administrados, que tem a faculdade de exigir que o Supremo Tribunal Federal supra a ausência de norma, em matéria que dispositivo constitucional de eficácia limitada. A omissão pode ser tanto pela não edição de norma, como também pela ausência de tomada de decisões que tornem a norma constitucional efetivamente aplicada. Com a declaração de inconstitucionalidade por omissão, o que se pretende obter é que seja expedido uma ordem para que a autoridade pública supra a omissão apontada. A desobediência pode configurar-se em crime de responsabilidade, pela resistência à ordem judicial. Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, deve ser dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para o fazer em trinta dias.

6.5. Ação Constitucional de Intervenção nos Estados-membros e nos Municípios

A ação constitucional direta interventiva ocorre nos casos de intervenção federal, fundamentada no art. 34, VII, e art. 36, III, do texto constitucional, que tem uma dupla finalidade: de declarar judicialmente a inconstitucionalidade formal e material da norma impugnada, bem como a declaração política, que seja a intervenção no Estado-membro ou no Distrito Federal, em razão do descumprimento de dispositivo constitucional. Existe, ainda, a possibilidade do Estado-membro intervir no Município, de acordo com o art. 36, IV, por este descumprir o texto constitucional estadual.

³² "Apelidada por alguns autores de ADIN negativa (posto que objetiva a declaração inversa (ou negativa) da inconstitucionalidade), esta nova modalidade de ação declaratória, de efeito erga omnes (considerando seu objeto a lei em tese), acabou por restaurar, em alguma medida, a advocatória (inaugurada pela EC-7/77 à CF/67 e, posteriormente, revogada pela CF/88), impondo, a todos os juízos e tribunais do Judiciário, um efeito vinculante, paralisador, em todas as hipóteses, das eventuais decisões incidentais (controle difuso) sobre a constitucionalidade de determinada lei ou ato normativo federal" (REIS FRIEDE. 1999. Curso Analítico de Direito Constitucional e de Teoria Geral do Estado. Rio de Janeiro: Forense, p. 99).

Durante o Império, o Brasil era um Estado Unitário, com as Províncias sendo apenas descentralizações administrativas, nos termos da Constituição de 1824, em seu art. 165. A mudança efetuada no País, para que se organizasse como Federação, veio com a Constituição de 1891, que, além da autonomia estadual, previu, também, a possibilidade de intervenção federal, no art. 6º. Na Constituição de 1934, no art. 12 e na de 1937, no art. 9º, foram ampliados os casos e as situações em que a União podia intervir nos Estados-membros. Já a Constituição de 1946, no art. 7º, voltou a tratar da matéria, do mesmo modo que a Constituição de 1967, no art. 10, sendo que esta voltou a ampliar as situações de intervenção federal. A Constituição de 1988 diminuiu os casos de intervenção. A Emenda Constitucional nº 14, de 12.9.1996, acrescenta a alínea e ao inciso VII, do art. 34, da Constituição Federal. A Emenda Constitucional nº 29, de 13.9.2000, acrescentou a alínea c, ao inciso V, do art. 34, e modificou o inciso III, do art. 35, do texto constitucional.

A intervenção é a forma pela qual se assegura o primado da soberania nacional, contra os atos desagregadores vindos dos Estados-membros ou dos Municípios. No Estado Federal existem várias estruturas organizacionais, que precisam ser ordenadas segundo uma lógica de competência e responsabilidade. Deve-se zelar para que a ordem seja mantida e preservada a harmonia e independência que deve haver entre as entidades federadas. Os Estados-membros e os Municípios têm autonomia, mas ela se encontra condicionada pelos preceitos constitucionais e pela necessidade de preservar o país unificado. Não podem extrapolar os limites de suas competências, sob pena de sofrerem intervenção, que precisa ser enquadrada em determinada situação previamente descrita na Constituição Federal. A intervenção é justamente o ato de um poder central interpor a sua autoridade sobre outra entidade. Trata-se de uma regra excepcional, mas que faz parte do princípio federativo, pois vem a ser ela que lhe dá sustentação política e executoriedade.

As Constituições dos Estados Federais costumam trazer a intervenção dentre seus dispositivos, como ocorre nos Estados Unidos, na Argentina, no México e na Alemanha. No primeiro, a intervenção pode ser entendida como um instrumento de proteção aos Estados-membros e de defesa da soberania da União, com esta tendo o direito de intervir para assegurar a forma republicana e garantir o território federal contra invasão exterior. Já na Argentina, onde teve uso em demasia, a Constituição de 1853, cuja revisão ocorreu em 1860, previu a intervenção federal no território das Províncias para assegurar a forma republicana de governo ou repelir as invasões estrangeiras ou a requisição das autoridades para se manter ou as restabelecer, caso elas forem afetadas por insurreições ou invasões de outras províncias. No México, a Constituição de 1917 dispõe que a União tem o dever de proteger os Estados-membros de invasões externas e de sublevações interna. Por fim, na Alemanha, agora unificada, a Constituição de 1949 estabelece o caso clássico de coação federal, quando um Estado-membro não cumpre as obrigações federais que lhe impõem, pode ser

coagido pela força para cumprir suas obrigações. Têm a União ainda o instituto da intervenção federal na Constituição da Suíça de 1874, e na Constituição da Austrália de 1900.

A Constituição de 1988 diminuiu as situações que proporcionavam intervenção federal de modo geral, mas introduziu nova modalidade, quando há violência contra o Município, nos seguintes termos: “art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para: [...] VII - assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais: a) forma republicana, sistema representativo e regime democrático; b) direitos da pessoa humana; c) autonomia municipal; d) prestação de contas da administração pública, direta e indireta; e) aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde”³³.

O interventor foi uma função pública temporária que pouco a pouco ganhou espaço em nosso Direito Constitucional, em especial pela jurisprudência, com a difícil missão de impor a autoridade onde ela não existe. Surgiu com o Decreto de 15.3.1914, quando de intervenção no Estado do Ceará, sendo depois muito utilizado por ocasião do período posterior à Revolução de 1930. A intervenção pode ser direta, quando feita pelo Presidente da República ou pelo Governador do Estado, ou indiretamente, através de delegação, quando é nomeado agente para a tarefa, o que ocorre com mais frequência.

O interventor vem a ser um comissário federal, agindo como representante da União e do Presidente da República ou do Estado-membro e do seu Governador, com ampla competência, inclusive com direito à veto. Não pode, todavia, lesionar os direitos dos membros do Poder Judiciário. Por outro lado, não pode violar a Constituição Estadual ou a Lei Orgânica do Município. Como interventor, executa atos e toma decisões que podem prejudicar terceiros, causando-lhes danos, sujeitando o Estado-membro a responder civilmente, entendimento que o Supremo Tribunal Federal acolheu, no acórdão da AC 7.156, de 09.04.1940. Observe-se, ainda, que as despesas com a intervenção correm por responsabilidade do poder interventor, até se normalizar a entidade intervinda.

6.6. Ação de Descumprimento de Preceito Constitucional

A ação de descumprimento de preceito constitucional foi prevista na Emenda Constitucional nº 3, de 17.3.1993, sendo uma novidade no direito brasileiro, com competência única do Supremo Tribunal Federal. Trata-se de meio que

³³ “A Constituição de 1988 manteve a Representação interventiva do Procurador-Geral da República, nos casos de inobservância dos princípios constitucionais enumerados, o que poderá motivar a intervenção no Estado, consequência material afastada pela Constituição atual, como pelas anteriores, considerando o atacamento à declaração de inconstitucionalidade do Supremo e a inerente suspensão do ato inquinado de inconstitucional (art. 34, VII; 36, III, § 3º)” (HORTA, Raul Machado. 2002. Direito Constitucional. 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, p. 339).

visa discutir violação a preceito ou princípio em relação ao texto constitucional federal, ampliando o leque de garantias dos direitos individual e coletivos³⁴.

A ação de descumprimento de preceito constitucional veio para resolver os problemas da legislação anterior à Constituição Federal de 1988. Para esta, não era possível utilizar o controle incidental, nem o controle concentrado da constituição. Para as leis anteriores disse-se que não foram recepcionadas, havendo sua perempção. Assim, não lhes era possível atacar sua natureza não constitucional. A nova ação veio, então, para resolver o problema, pois podem tais leis serem atacadas e questionadas frente ao novo texto constitucional. A Lei nº 9.882, de 3.12.1999, dispõe sobre o procedimento judicial da ação de descumprimento de preceito constitucional.

6.7. Reclamação contra Descumprimento de Súmula Vinculante

O art. 103-A, da Constituição Federal, acrescido pela Emenda Constitucional nº 45, de 30.12.2004, instituiu a súmula vinculante no direito brasileiro, em competência expressa do Supremo Tribunal Federal. Tratava-se esta de bandeira dos Ministros dessa Corte, como também de parte dos magistrados e do Judiciário como um todo. Na medida em que for fixada uma determinada súmula vinculante, tem esta efeito de vincular a ela todas as decisões dos órgãos do Poder Judiciário e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados-membros, do Distrito Federal e dos Municípios. A força que passa a ter a súmula pode, em tese, diminuir as demandas ao Excelso Pretório, em especial os recursos extraordinários e os outros recursos que deles podem advir, bem como ações diretas de inconstitucionalidade e ações declaratórias de constitucionalidade. Não obstante, há a possibilidade de inúmeras novas demandas surgirem, na medida em que à mais Alta Corte foi atribuído a função de dar eficácia às suas súmulas vinculantes, por conta de reclamação estabelecida no § 4º, do art. 103-A, acima referido.

A súmula com efeitos vinculantes, por conseguinte, é uma novidade no direito constitucional e em todo o ordenamento jurídico brasileiro³⁵. Agora, com força de lei, ela passa a vincular os demais órgãos do Poder Judiciário e a Administração Pública Direta e Indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, quanto às decisões proferidas no Supremo Tribunal Federal. Por conseguinte, a jurisprudência constitucional passa a ter um lugar de destaque no ordenamento

³⁴ É incabível a arguição de descumprimento de preceito fundamental quando ainda existente medida eficaz para sanar a lesividade (Lei nº 9.882/99, art. 4º, § 1º). Com esse entendimento, o STF não conheceu de arguição de descumprimento de preceito fundamental, ajuizada pelo Governador do Estado do Ceará, contra ato do Tribunal de Justiça do mesmo Estado que deferira reclamação em mandado de segurança para determinar o pagamento de gratificações, sem a observância do preceito constitucional que proíbe a sua concessão “em cascata” (CF, art. 37, XIV, redação dada pela EC nº 19/98) (ADPF nº 3-CE, Rel. Min. Sydney Sanches, 18.5.2000, Inf. STF nº 189).

³⁵ COSTA, Nelson Nery. 2009. Constituição Federal Anotada e Explicada. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 380.

jurídico do país, equivalendo às diversas espécies de lei, acima inclusive da analogia, dos costumes e dos princípios gerais do direito, aplicáveis apenas em caso de lacuna da lei.

A Constituição de 1988 já tinha recebido forte influência do direito constitucional norte-americano, como o devido processo legal, inciso LIV, do art. 5º, e a ampla defesa e o contraditório nos processos judiciais e administrativos, inciso LV, do art. 5º, do texto constitucional. Não obstante, a ação direta de inconstitucionalidade e as espécies análogas a esta serem de influência do sistema de controle concentrado de constitucionalidade, aplicado na Europa. Contudo, com a instituição da súmula com efeitos vinculantes, passa a ser mais forte a tradição anglo-saxônica no Brasil, trazendo uma novidade profunda em seu direito, que só o tempo dirá sobre seu acerto ou não.

Súmula vem a ser entendida como pequena suma, breve resumo ou, ainda, a sinopse e epítome. Em tal sentido, trata-se do resumo de uma ideia reduzida ao mínimo, se possível em uma única frase. Por iniciativa do Ministro Victor Nunes Leal, em 1963, modificando o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, foram instituídas as súmulas. O RISTF atual, no art. 102, conceitua-a como “jurisprudência assentada pelo Tribunal”, dispondo ainda que a citação da súmula, pelo número correspondente, dispensa a referência a outros julgados no mesmo sentido perante o Excelso Pretório. Com a criação do Superior Tribunal de Justiça, passou também a poder efetuar súmulas, conforme dispôs o art. 1º, da Lei nº 9.756, de 17.12.1998: “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”. Já aqui foi aberta a possibilidade, de forma clara e legal, de a súmula ser levada em conta para aplicação do direito, em especial quanto à admissão de recursos no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça.

A instituição das súmulas vinculantes no direito brasileiro foi precedida de muita discussão. Por um lado, dizia-se que se tratava de inovação que pode diminuir as demandas judiciais e desafogar os serviços judiciários. Por outro, dizia-se tratar de emprego abusivo ou imprudente das mesmas, restringindo também as inovações, que de modo geral nascem no primeiro grau de jurisdição, agora vinculado às súmulas. A discussão passou a ser pretérita e vai se poder saber, com precisão, se as súmulas vinculantes e a força da jurisprudência podem ser um caminho melhor para aplicação do direito no Brasil.

A súmula vinculante cabe apenas ao Supremo Tribunal Federal, não tendo tal força as súmulas do Superior Tribunal de Justiça, ainda que possam servir para admissão de recursos neste tribunal. Pode o Excelso Pretório, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula vinculante. Essas decisões, depois de sua publicação na imprensa oficial, têm efeito de vincular o conteúdo da decisão aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública Direta e Indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

O objetivo da súmula vinculante é 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, o que acarreta grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. Trata-se, aqui, das condições de sua aprovação, conforme o § 1º, do art. 103-A, da Constituição Federal. Por outro lado, cabe ao Supremo Tribunal Federal, também, proceder à sua revisão ou cancelamento. A aprovação, revisão ou cancelamento de súmula podem ser provocados por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade, conforme enumeração do art. 103, do texto constitucional.

Foi estabelecido, ainda, o meio de dar eficácia à súmula vinculante, através de reclamação ao Supremo Tribunal Federal. De acordo com o § 3º, do art. 103-A, acima citado, do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação a esse Tribunal que, julgando-a procedente, anula o ato administrativo ou cassa a decisão judicial reclamada³⁶. Determina, ainda, que outra decisão ou ato seja proferido, com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

7. CRISE NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

7.1. Liderança de Gilmar Mendes e o Supremo Tribunal Federal

O Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Gilmar Mendes, como também Presidente do Conselho Nacional de Justiça, atua em três linhas: a) agilidade dos órgãos jurisdicionais, com o objetivo especial, com a “Meta II”, em que previa que até o final de 2009, todos os juizes ou tribunais deveriam julgar todos os processos que ingressaram até 2005; b) moralidade na atuação jurisdicional, com audiências públicas para a população reclamar dos magistrados; c) edição de normas pelo Conselho Nacional de Justiça, bem como de afirmação do Supremo Tribunal Federal frente ao Executivo e às legislações federais.

Em relação à agilidade da justiça, deve-se dizer que a Emenda Constitucional nº 45, de 30.12.2004, modificando a alínea c, do inciso II, do art. 93, do texto constitucional, alterando o critério para aferição da promoção do magistrado por merecimento, retirando a “segurança no exercício da jurisdição”, pela simples presteza. Apesar da conhecida lentidão da justiça brasileira, a solução foi

³⁶ “Conforme o § 3º do art. 103-A, a reclamação sabe de decisão judicial, ou de ato administrativo. Não é imprescindível que o ato administrativo tenha conteúdo de decisão. A cláusula de contrato administrativo que contrariar a súmula vinculante permitirá a reclamação. Quer a norma constitucional vincular a administração pública à decisão do Supremo. Não faria sentido que ela pudesse ser desafiada por prática administrativa contrária ao seu preceito. A norma constitucional não condicional a reclamação à exaustão dos recursos judiciais ou administrativos” (BERMUDES, Sergio. 2005. A Reforma do Judiciário pela Emenda Constitucional nº 45. Rio de Janeiro: Forense, p. 124).

temerária, pois a reforma do Código de Processo Civil de 2005 e 2006 dificultou o acesso ao segundo grau de jurisdição. Assim, vai ser difícil reverter uma má decisão final. Por outro lado, o exercício da jurisdição continua lento no Brasil³⁷.

Quanto à moralidade dos juízes, deve-se dizer, apesar dos problemas que os juízes enfrentam quanto à corrupção, de modo geral não é uma endemia da justiça brasileira. No entanto, logo no início de seu mandato o Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Gilmar Mendes, foi acusado de favorecer o conhecido banqueiro e especulador Daniel Dantas, o que o levou a busca da mídia e de soluções espetaculares para a crise do Judiciário. Não se pode acusar o Ministro de imoral, mas as duas ações posteriores foram marcadas pela referida polêmica decisão em habeas corpus.

Foi dado mais atribuição e força ao Judiciário, inclusive contra membros do Executivo e o Legislativo, como se os integrantes da Justiça estivessem no Olimpo e fossem intocáveis. De repente, os magistrados brasileiros passam a ter a área da magistratura norte-americana, sem que o cenário fosse real. As dúvidas quanto aos integrantes dos outros Poderes Políticos também existem em relação aos integrantes da Justiça brasileira.

O Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Ministro Gilmar Mendes, começou a ter uma exposição na mídia. Ademais, reforçou a jurisdição constitucional, com várias decisões polêmicas. Expôs as dificuldades técnicas de alguns Ministros e de coerência da própria Corte Superior. Existe, ainda, o esvaziamento da justiça de primeiro e de segundo grau, em favor do terceiro grau, o que favorece os grandes escritórios de advocacia nos grandes centros, como em São Paulo, Rio de Janeiro e Brasília.

7.2. Superior Tribunal de Justiça e Consenso de Washington

O Consenso de Washington é um conjunto de medidas, que se compõe de dez regras básicas, formulado em novembro de 1989, por economistas de instituições financeiras baseadas em Washington, como o FMI, o Banco Mundial e o Departamento do Tesouro dos Estados Unidos. Fundamentava-se num texto do economista John Williamson, do International Institute for Economy, que se tornou a política oficial do Fundo Monetário Internacional, em 1990, quando passou a ser “receitado” para promover o “ajustamento macroeconômico” dos países em desenvolvimento que passavam por dificuldades.

A expressão “Consenso de Washington” fugiu ao controle de seu criador e veio sendo usada para abrigar todo um elenco de medidas e para justificar

³⁷ “Os tribunais do país não cumpriram a Meta 2 do CNJ (presidido por Mendes). O Programa tinha como objetivo fazer com que todos os processos iniciados antes de 2006 em cada instância do país recebessem uma sentença até o fim de 2009. Apenas 53% das ações da meta foram julgadas, segundo dados colhidos pelo CNJ até 18 de dezembro” (MELLO, Fernando Barros de, e FERREIRA, Flávio. 2010. Entidades Contestam Mendes e Afirmam que Justiça é Lenta. In: Folha de São Paulo. São Paulo: Folha de São Paulo, 4.2.2010, p. A12).

políticas neoliberais, com as quais nem mesmo independentemente das intenções originais de seu criador. O termo foi usado ao redor do mundo para consolidar o receituário de caráter neoliberal, na onda mundial que teve sua origem no Chile de Pinochet, sob orientação dos Chicagos'Boys, que seria depois seguida por Margareth Thatcher, na Grã-Bretanha (thatcherismo) e pela supply side economics de Ronald Reagan (reaganismo), nos Estados Unidos.

Muitos países subdesenvolvidos acabaram por implementar, em vários graus, componentes desse pacote econômico, com resultados muito debatidos. Críticos do Consenso de Washington alegam que o pacote levou à desestabilização econômica. Outros acusam o Consenso de Washington de ter produzido crises, como a da Argentina, e aumento das desigualdades sociais na América Latina. Frequentemente os críticos do Consenso de Washington são associados por seus defensores, ou são acusados de serem associados, ao socialismo ou à antiglobalização. Mais recentemente, essas críticas vêm sendo engrossadas por acadêmicos norte-americanos.

O Superior Tribunal de Justiça foi o órgão judicial que abraçou o “Consenso de Washington”, desde o começo do século XXI, em suas decisões judiciais, principalmente no sentido de assegurar que na economia o Brasil seguiria as seguintes regras: a) juros de mercado; b) câmbio de mercado; c) abertura comercial; d) eliminação de restrições com investimentos estrangeiros direto; e) desregulamentação das leis econômicas; f) direito à propriedade industrial e às patentes; g) proteger a privatização das estatais.

As decisões começaram a ser mudadas e o Superior Tribunal de Justiça assumiu o papel de guardião do liberalismo econômico, ainda que não haja unanimidade quanto a isto. Não obstante, o papel acima passou a ser assumido como bandeira, inclusive com o rechaço da lista sêxtupla do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, alegando insuficiência da qualidade de seus integrantes, decisão confirmada pelo Supremo Tribunal Federal. Na verdade, a decisão indicava o desejo de que o novo Ministro tivesse o mesmo alinhamento ideológico com o Consenso de Washington.

7.3. Força das Resoluções do Conselho Nacional de Justiça

A Emenda Constitucional nº 45, de 30.12.2004, instituiu o Conselho Nacional de Justiça, com o controle de natureza administrativa. Deve-se observar que, pelas alterações da Constituição Federal, não tem esse Conselho jurisdição, limitando seu controle à administração e às finanças dos órgãos jurisdicionais, magistrados e seus auxiliares. A competência foi determinada no § 4º, do art. 103-B, do texto constitucional, fixando o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes.

Além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura, cabe ao Conselho: zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo expedir atos

regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências; zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União; receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do poder público ou oficializados, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional dos tribunais, podendo avocar processos disciplinares em curso e determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa; representar ao Ministério Público, no caso de crime contra a administração pública ou de abuso de autoridade; rever, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares de juízes e membros de tribunais julgados há menos de um ano; elaborar semestralmente relatório estatístico sobre processos e sentenças prolatadas, por unidade da Federação, nos diferentes órgãos do Poder Judiciário; elaborar relatório anual, propondo as providências que julgar necessárias, sobre a situação do Poder Judiciário no País e as atividades do Conselho, o qual deve integrar mensagem do Presidente do Supremo Tribunal Federal a ser remetida ao Congresso Nacional, por ocasião da abertura da sessão legislativa.

O Conselho Nacional de Justiça passou a ter competência para “expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência”, no inciso I, do § 4º, do art. 103-B, da Constituição Federal. Os atos regulamentares, como é óbvio, não têm força de leis, assemelhando-se aos decretos regulamentares, como aqueles que explicam as leis, mas sem elas se contraporem. Foi dado um passo sem previsão constitucional, que o Supremo Tribunal Federal, mesmo tendo força para restringir o avanço, está-se omitindo e prestigiando o órgão quase sempre referendando seus atos³⁸.

Recentemente, o Provimento nº 03, de 17.11.2009, do Conselho Nacional de Justiça, sobre registro de nascimento, violou claramente a Lei nº 6.015, de 31.12.1973, que trata da matéria, com exigências não previstas na legislação. Houve, assim, afronta clara do princípio da legalidade, previsto no art. 5º, II, da Constituição Federal. Se o órgão de controle da magistratura pode violar a lei, foi um mau exemplo para a magistratura com um todo.

³⁸ “Combater enfermidades que não se conhecem bem é desferir às cegas golpes na escuridão. Para saber em que direção nos devemos mover, cumpre ter uma imagem tão exata quanto possível da situação atual. Perseverar no culto de mitos, que a deformam, é condenar-nos a procurar a difícil via com os olhos toldados pelo mais espesso nevoeiro. Não será assim que lograremos um horizonte ensolarado para o futuro da nossa Justiça” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. 2006. O Futuro da Justiça: alguns mitos. In: NADER, Paulo (coord.) Revista Forense Comemorativa 100 Anos: doutrina geral do direito. Rio de Janeiro: Forense, tomo II, pp. 837-8).

7.4. Resoluções e Atuação do Tribunal Superior Eleitoral

A Constituição de 1988 permitiu que houvesse uma ampliação do número de Vereadores, passando do número mínimo anterior, de sete para nove, e, do máximo de vinte e um para cinquenta e cinco. Foram previstos no texto constitucional original três faixas, de nove a vinte e um, de trinta e três a quarenta e um e de quarenta e dois a cinquenta e cinco Vereadores, conforme a população municipal. Cabia à Lei Orgânica do Município fixar o número exato, de acordo com a população, mas com a proporção estabelecida pela competência local. Apesar de ser matéria de atribuição do Município, o Tribunal Superior Eleitoral se arrogou na competência de fixar o número de Vereadores, conforme a proporcionalidade da população, apesar da Constituição Federal não lhe atribuir tal poder. Fixou tal número através das Resoluções do TSE nº 21.702, de 2.4.2004, e nº 21.803, de 8.6.2004, constitucionalidade que foi confirmada pelo Supremo Tribunal Federal, através da ADI nº 3345-0, em 2004, de modo que essas disposições valerem para as eleições municipais de 2004 e 2008.

Em razão do impasse, até porque não previa a Constituição Federal a competência acima para o Tribunal Superior Eleitoral, foi proposta e votada a Emenda Constitucional nº 58, de 23.9.2009, modificando o inciso IV e criando vinte e quatro faixas, conforme a população, de nove a cinquenta e cinco Vereadores. Foi estabelecida uma maior proporcionalidade, assemelhada às Resoluções do TSE. No art. 3º, da emenda acima, foi previsto que a mesma entraria em vigor na data de sua promulgação, mas os efeitos retroagiriam para o processo eleitoral de 2008, de modo que seriam empossados novos Vereadores. A Procuradoria Geral da República ingressou com a Adi nº 4307, que tem como relatora a Min. Cármen Lúcia, obtendo liminar para “sustar os efeitos do inciso I do art. 3º da Emenda Constitucional n. 58, de 23.9.2009”, de modo que não pode haver a posse de novos Vereadores como previa a modificação.

O Tribunal Superior Eleitoral, bem como a toda justiça eleitoral, passou a assumir um papel central na condição do processo eleitoral, especialmente no século XXI. Em número cada vez maior, foram cassados Governadores, Senadores, Deputados Federais, Deputados Estaduais, Prefeitos e Vereadores, por questões muitas vezes, de difícil mensuração se o ato questionado influenciou durante a eleição. Diante da questão abstrata, muitas vezes uma impossibilidade de se obter provas convincentes, o Tribunal Superior Eleitoral passou a decidir com base em argumentos moralistas de natureza filosófica, afrontando cada vez mais o direito objetivo e a verdade que pode aflorar de provas devidas.

8. CONCLUSÃO: JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E SEUS LIMITES NO BRASIL

A norma jurídica necessita transformar-se de abstração em realidade concreta, para assegurar o funcionamento do ordenamento jurídico. De início, presume-se que deva ocorrer espontaneamente, pela inércia natural das pessoas em relação à coisa pública ou pela convicção de que se cumpre às leis por ser o melhor e representar o dever político estabelecido. Por outro lado, caso o cumprimento não ocorra de forma espontânea, é necessário se recorrer aos juízes e aos tribunais para que a norma jurídica possa ser aplicada.

A primeira providência é encontrar o ramo do direito que se relaciona com o problema da ausência de cumprimento da norma jurídica. Em seguida, verifica-se o preceito relacionado com o caso concreto, bem como sua especificidade. O conflito de interesse que resulta na lide em exame precisa ser observado quanto ao espaço, o que exige a verificação da autoridade ou órgão da qual emana a norma e de sua competência para isto, e quanto ao tempo, no exame de questões como da irretroatividade das legislações. No exame da aplicação da lei, estuda-se o seguinte: a) o conteúdo e alcance da norma; b) o caso concreto e suas circunstâncias; c) a relação do preceito com o caso concreto³⁹.

A norma constitucional deve estabelecer sua força sobre todo o ordenamento jurídico e suas normas. Em especial em caso de Constituição nova ou emenda, existe o problema da superveniência dessas normas e de sua relação com as demais normas ordinárias, a relação destas com as normas anteriores, a compatibilidade das normas com o texto constitucional e a consonância com o direito interno ou internacional. Em primeiro lugar, no caso de direito constitucional novo com o anterior, deve-se ter em mente que aquele revoga este numa renovação global. Não ocorre integralmente o mesmo quanto à emenda constitucional, que inclusive pode ser objeto de inconstitucionalidade conforme formulação do direito germânico e adotado pelo direito brasileiro, de acordo com jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no final do século XX.

Outro problema relevante se refere à relação do direito constitucional novo com o direito ordinário anterior. Neste caso, não há revogação total, mas a superveniência da norma constitucional implica a recepção ou não do direito anterior. No direito brasileiro, a recepção consiste na integração do direito ordinário anterior, ao passo que no direito português tal expressão limita-se apenas à norma constitucional anterior, enquanto a novação se refere à norma ordinária. Porém, seja recepção ou novação, exige-se da norma ordinária a seguinte aplicação: a) a Constituição nova estabelece os novos princípios gerais de todos os ramos jurídicos;

³⁹ "A Aplicação do Direito consiste no enquadrar um caso concreto em a norma jurídica adequada. Submete às prescrições da lei uma relação da vida real; procura e indica o dispositivo adaptável a um fato determinado. Por outras palavras: tem por objeto descobrir o modo e os meios de amparar juridicamente um interesse humano" (MAXIMILIANO, Carlos. 1947. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 4^o ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, p. 19).

b) as normas jurídicas vigentes quando da entrada em vigor da Constituição nova precisam ser interpretadas para saber se subsistem ou não conforme esta; c) as normas jurídicas anteriores contrárias ao texto constitucional são revogadas. Se não for contrária à Constituição nova, a norma ordinária anterior permanece no ordenamento jurídico até ser revogado por nova norma. Se for contrária, considera-se que houve revogação, caducidade ou perda de eficácia.

A aplicação no território do Estado das normas constitucionais no espaço é o comum, mas tal não ocorre da mesma forma no estrangeiro, salvo no caso de execução de sentença, assim como norma de outro Estado pode ser executado no território do primeiro. Desse modo, “com efeito, a territorialidade da ordem jurídica de cada Estado diz apenas respeito à execução; não implica que o Direito do Estado somente regule fatos ocorridos no seu território – pois pode regular também fatos ocorridos e situações constituídas no estrangeiro; – nem sequer significa que, no território do Estado, o seu Direito seja o único Direito válido – pois outros Direitos podem igualmente nele valer e ter aplicação”⁴⁰.

A integração do direito consiste em tornar “integral” a norma quando for defeituosa. Em tal situação, pode ocorrer três opções frente à lei omissa ou obscura: a) o juiz deve declarar a parte carecedora de direito; b) o juiz remete o caso à autoridade legislativa para que possa elaborar a norma aplicável; c) o juiz julga o pedido com base nos recursos supletivos para o conhecimento do direito descrito na lei e aceitos pela doutrina. No Brasil, adota-se a última opção, de acordo com os arts. 4º e 5º, da Lei de Introdução ao Código Civil, e o art. 114, do Código de Processo Civil. Os principais recursos supletivos são a analogia, a equidade, a jurisprudência e os princípios gerais do direito. A analogia consiste na aplicação de um princípio jurídico que a lei estabeleça para um certo caso, em um outro não regulado, mas semelhante ao primeiro. A equidade vem a ser a obrigação do julgador apreciar o conflito de interesse, mesmo quando se defrontar com lacuna ou defeito da lei, adequando a lei às novas exigências das transformações políticas, sociais e econômicas, ainda que nem sempre possa a mesma ser aplicada⁴¹.

A existência de uma norma, sendo aceita no meio social e aplicada nas decisões judiciais, depende da técnica utilizada pelo Legislativo na elaboração das leis, de um lado, e da interpretação correta do que este pretendia fixar como norma jurídica, do outro. A norma é uma proposição que se aplica a certo fato, dando a ele caráter jurídico, com as consequências previstas. Cabe ao intérprete da lei encontrar o sentido correto do preceito e a relação deste com a vida real. Interpretar não se limita apenas a tornar claro ao que era confuso, mas sim revelar a verdade e o sentido correto da norma, no caso concreto da lide.

⁴⁰ “Assim como pode haver normas constitucionais de outros Estados aplicáveis em Portugal, também normas constitucionais portuguesas podem vir a ser aplicadas no estrangeiro e perante tribunais não portugueses” (MIRANDA, Jorge. 1996. Manual de Direito Constitucional: constituição e inconstitucionalidade. 3ª ed. Coimbra: Coimbra, tomo II, p. 303).

⁴¹ Limongi França chama atenção para o problema, de outra forma, “observe-se, por fim, que, no direito positivo, há casos excepcionalmente impermeáveis à equidade” (FRANÇA, R. Limongi. 1994. Hermenêutica Jurídica. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, p. 76).

A lei deve expressar um pensamento de maneira que seja válido como norma, de modo que quem interpreta precisa analisar o pensamento contido na norma, pesquisando-lhe o conteúdo e reconstruindo-lhe o sentido. De início, o intérprete precisa encontrar o ponto de vista do legislador. Para Friedrich Von Savigny, ainda no começo do estudo científico do direito, “a lei deve ser objetiva, ou seja, deve se expressar diretamente. Por esse motivo, todas as premissas da interpretação devem ser encontradas na própria lei ou em conhecimentos gerais (por exemplo, conhecimento da linguagem da época). A interpretação torna-se fácil se o intérprete se coloca no ponto de vista da lei, mas apenas se for possível conhecer esse ponto de vista por meio da própria lei. Fala-se, geralmente, que, na interpretação, tudo depende da intenção do legislador. Mas isso é meia verdade, porque depende da intenção do legislador desde que apareça na lei”⁴².

Houve um avanço impactante no controle de constitucionalidade, no Brasil, após a Constituição Federal de 1988. Além de se manter o controle incidental, de índole mais democrática e popular, presente no recurso extraordinário, dentre outros meios, trouxe-se a experiência europeia do controle concentrado. Assim, vieram diversos procedimentos da jurisdição constitucional, como a ação direta de constitucionalidade (Adi), a ação declaratória de constitucionalidade, a ação de inconstitucionalidade por omissão, a arguição de descumprimento de preceito constitucional e, agora, a reclamação contra o descumprimento de súmula vinculante, além de manter a ação constitucional de intervenção. Por outro lado, vários institutos do processo constitucional foram mantidos, como o habeas corpus, o mandado de segurança e a desapropriação, além de se criarem outros, como o habeas data, o mandado de injunção e o mandado de segurança coletivo.

Ocorreu uma ampliação da jurisdição constitucional, não só quanto aos procedimentos utilizados, mas também pela popularização dos meios, que passaram a fazer parte do cotidiano do cidadão brasileiro e dos operadores do direito. A Constituição Federal de 1988 talvez seja o primeiro texto constitucional que realmente teve efetividade, não só pela sua aplicação nos processos judiciais, mas também pelo conhecimento e discussão no seio da sociedade brasileira⁴³. A jurisdição constitucional foi muito ampliada, desde 1988, sendo uma experiência bem sucedida, apesar dos problemas mais recentes, pelo conservadorismo do Superior Tribunal de Justiça, e pelo projeto centralizador do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça.

⁴² “A tarefa suprema da interpretação é a crítica superior, isto é, a restituição de sentido a um texto corrompido” (SAVIGNY, Friedrich Karl Von. 2005. Metodologia Jurídica. São Paulo: Rideel, p. 27).

⁴³ “O Processo Constitucional deve ser instrumento eficaz para fazer consagrar, respeitar, manter ou restaurar os direitos individuais e coletivos, quando lesados, através de qualquer fonte, seja ela do próprio poder, dos indivíduos, grupos ou mesmo de ordem econômica e social inadequada, à realização da dignidade humana. Os Tribunais Constitucionais não têm apenas, a missão de interpretar e aplicar o direito comum, mas a realização das aspirações da sociedade humana” (BARACHO, José Alfredo de Oliveira. 1984. Processo Constitucional. Rio de Janeiro: Forense, p. 364).

BIBLIOGRAFIA

- ALMEIDA, Luiz Cláudio Carvalho. 2004. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, n° 52, out.-dez.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. 2008. Curso de Direito Administrativo. 25ª ed. São Paulo: Malheiros.
- BARBI, Celso Agícola. 1993. Do Mandado de Segurança. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. 1984. Processo Constitucional. Rio de Janeiro: Forense.
- BARROSO, Luis Roberto. 1982. Direito Constitucional Brasileiro: o problema da federação. Rio de Janeiro: Forense.
- BERMUDES, Sergio. 2005. A Reforma do Judiciário pela Emenda Constitucional n° 45. Rio de Janeiro: Forense.
- BONAVIDES, Paulo, e PAES DE ANDRADE. 1989. História Constitucional do Brasil. Brasília: Paz e Terra Política.
- CALAMADREI, Piero. 1991. Direito Processual Civil. Campinas: Bookseller, vol. I.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. 2003. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Almedina.
- CARNELUTTI, Francesco. 2000. Sistema de Direito Processual Civil: introdução e função do processo civil. São Paulo: ClassicBook, vol. I.
- CAVALCANTI, Themístocles Brandão. 1966. Do Controle da Constitucionalidade. Rio de Janeiro: Forense.
- COSTA, Nelson Nery. 2009. Constituição Federal Anotada e Explicada. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense.
- _____. 2005. Processo Administrativo e Suas Espécies. 4ª ed./2ª tir. Rio de Janeiro: Forense.
- DE PLÁCIDO E SILVA. 2004. Vocabulário Jurídico. 24ª ed. Rio de Janeiro: Forense.
- FERRAZ, Sérgio. 1993. Mandado de Segurança: individual e coletivos – aspectos polêmicos. 2ª ed. São Paulo: Malheiros.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. 2006. Curso de Direito Constitucional. 32ª ed. São Paulo: Saraiva.
- FRANCO, Afonso Arinos de Melo. 1981. Direito Constitucional: teoria da constituição e as constituições do Brasil. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense.
- FRANÇA, R. Limongi. 1994. Hermenêutica Jurídica. 3ª ed. São Paulo: Saraiva.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle Figueiredo. 2008. Curso de Direito Administrativo. 9ª ed. São Paulo: Malheiros.
- HORTA, Raul Machado. 2002. Direito Constitucional. 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey.
- LAGO, Paulo Francisco Rocha. 1986. A Desapropriação. Rio de Janeiro: Instituto Brasileiro de Administração Municipal (IBAM).
- MARTINS, Sérgio Pinto. 2005. Comentários à CLT. 9ª ed. São Paulo: Atlas.

- MAXIMILIANO, Carlos. 1947. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos.
- MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. 2005. *Direito Processual Constitucional*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense.
- MEIRELLES, Hely Lopes Meirelles. 1986. Tombamento e Indenização. In: *Estudos e Pareceres de Direito Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. IX.
- MELLO, Fernando Barros de, e FERREIRA, Flávio. 2010. Entidades Contestam Mendes e Afirnam que Justiça é Lenta. In: *Folha de São Paulo*. São Paulo: Folha de São Paulo, 4.2.2010.
- MIRANDA, Jorge. 2002. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense.
- _____. 1996. *Manual de Direito Constitucional: constituição e inconstitucionalidade*. 3ª ed. Coimbra: Coimbra, tomo II.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. 2006. O Futuro da Justiça: alguns mitos. In: NADER, Paulo (coord.) *Revista Forense Comemorativa 100 Anos: doutrina geral do direito*. Rio de Janeiro: Forense, tomo II.
- _____. 1986. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense.
- PINTO FERREIRA. 1992. *Comentários à Constituição Brasileira: arts. 92 a 126*. São Paulo: Saraiva, 4º vol.
- PONTES DE MIRANDA. 1995. *Comentário ao Código de Processo Civil*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, tomo I.
- REIS FRIEDE. 1999. *Curso Analítico de Direito Constitucional e de Teoria Geral do Estado*. Rio de Janeiro: Forense.
- RIBEIRO, Fávila. 1986. *Direito Eleitoral*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense.
- RUFFIA, Paolo Biscaretti di. 1984. *Direito Constitucional: instituições de direito público*. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- SAVIGNY, Friedrich Karl Von. 2005. *Metodologia Jurídica*. São Paulo: Rideel.
- SEABRA FAGUNDES, Miguel. 1984. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva.
- SILVA, José Afonso da. 1995. *Direito Urbanístico Brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros.
- SOARES, Orlando. 1991. *Comentários à Constituição da República Federativa do Brasil*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense.
- SOUZA, Nelson Oscar de. 2006. *Manual de Direito Constitucional*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense.
- ZANETI JÚNIOR, Hermes. 2004. Os Novos "Writs" Constitucionais Brasileiros na Esfera Civil: mandado de segurança coletivo, habeas data e mandado de injunção. In: OLIVEIRA, C. A. Álvaro de. *Processo e Constituição*. Rio de Janeiro: Forense.

