

## OS REMÉDIOS CONSTITUCIONAIS NA LEI MAGNA BRASILEIRA DE 1988

PINTO FERREIRA

1. *Garantias constitucionais do processo e jurisdição constitucional das liberdades.* — A história é a realização progressiva da liberdade, como assinalou Hegel nas suas *Lições de Filosofia da História*. A concretização deste ideário se realiza no Estado de Direito, que é um Estado de garantias constitucionais e que representa o supremo desenvolvimento da civilização política.

No Brasil a Constituição de 1988 foi a mais expressiva e com um rico arsenal filosófico e jurídico na enunciação do sistema processual e de seus valores com o agrupamento de garantias constitucionais do processo e de jurisdição constitucional das liberdades.

Os princípios e *garantias constitucionais* do processo são devidamente enunciados, como o devido processo legal, a presença do contraditório, ampla defesa, inafastabilidade do controle jurisdicional, controle da constitucionalidade das leis, presunção de inocência do acusado, motivação de todas as decisões judiciais, vedação de provas obtidas por meios ilícitos, entre outros.

Já a jurisdição constitucional das liberdades abrange remédios processuais elevados à dignidade constitucional, tais como o *habeas corpus*, *habeas data*, mandado de segurança individual, mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, ação popular, ação civil pública e as diversas ações de defesa, cumprimento e guarda da Constituição, como a ação incidental de inconstitucionalidade, a ação de inconstitucionalidade por omissão, a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade.

O nosso regime constitucional não avançou até a idéia de uma Corte Constitucional, à exemplo do existente nos países europeus, como na Áustria com a Constituição de 1920 revisada em 1945, da Itália de 1947, da França de 1958, a de Portugal de 1976, a da Espanha de 1978, com a pluridiversidade de nomeação por decisão do Poder Executivo, embora associado com o Senado,

porém os dois poderes são potências aliadas, além da temporariedade dos juízes.

2. *O habeas corpus*. — O remédio processual constitucional de mais longa tradição no Brasil é o *habeas corpus*, que vem desde a legislação do Império, embora de forma limitada, para transformar-se em um dos instrumentos processuais mais profundos de garantias dos direitos fundamentais. Aparece em nossa legislação como um remédio de direito constitucional, configurando-se como uma ação especial para permitir reclamação do estabelecimento de um direito fundamental violado que é a liberdade física, a liberdade de locomoção.

*O habeas corpus* é um dos *writs* oriundos do direito inglês, aparecendo formalmente no inciso 39 da Magna Carta de 1215, como um princípio de defesa da liberdade de locomoção embora de forma limitada e mesmo já existente nas monarquias precedentes. O *habeas corpus* também consta da *Petição de Direito* de 1628, porém de forma restrita e sem aplicabilidade às prisões determinadas pelo Rei ou *per speciale mandatum reais*. Mais tarde foi aperfeiçoado no Direito Norte-americano na Constituição federal de 1787 (art. I, Seção IX, a).

No Brasil o *habeas corpus* foi previsto pela primeira vez no Código de Processo Criminal de 1832, no art. 340 e depois incluído na CF de 1891 (art. 72, 22) na esfera dos direitos individuais e depois nas demais Constituições.

Historicamente, se se quiser avançar mais de longe na história, cabe observar a semente do *habeas corpus* no *interdictum de homine libero exhibendis*, embora de forma limitada e só para o cidadão romano. Assim sendo ele protegia o cidadão romano sua liberdade de locomoção ou liberdade física, como o *jus manendi, ambulandi, eundi ultra citroque*.

Rul Barbosa assim define o *habeas corpus*: “é a ordem dada ao juiz ao coator para fazer cessar a coação”.

O art. 5º, inciso LXVII, preceitua: “Conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção por ilegalidade ou abuso de poder”.

O *habeas corpus* pode ser preventivo ou liberatório. Uma condição preliminar do remédio é a existência de ato lesivo ou de sua ameaça à liberdade de locomoção. Ameaça ou lesão resultam de violência ou coação; a violência é o emprego da força física, a coação é o conjunto de outros meios podendo cercar o direito de locomoção, sem o uso da força física.

Tanto a violência como a coação decorre da ilegalidade ou abuso do poder.

Atualmente também se admite o uso do *habeas corpus* contra pessoa

particular, em casos bem definidos pela jurisprudência, pois a Constituição não se refere à autoridade pública como a única passivamente legitimada.

O texto constitucional anterior, que se referia a uma exceção com referência às transgressões disciplinares, foi trasladado para o 2º do art. 142.

3. *O mandado de segurança*. — O mandado de segurança surgiu com a designação proposta por João Mangabeira e tomou agasalho com a Constituição de 1934 (art. 113), desaparecendo na Carta Ditatorial de 1937 e depois mantido pelas Constituições anteriores.

A Constituição atual prescreve no art. 5º, inciso LXIX: “Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do poder público”.

São as seguintes as fontes históricas do mandado de segurança no Brasil: o *amparo* do direito mexicano; os diversos *writs* do direito anglo-americano, como o *writ of mandamus* e o *writ injunction*; a doutrina brasileira do *habeas corpus* firmada por Rui Barbosa e Pedro Lessa permitindo maior amplitude do *habeas corpus* além da proteção da liberdade de locomoção, quando o tribunal entendesse ser “incontestável” o direito, dele não cabendo “dúvida razoável”. O campo de atuação do *habeas corpus* se explica por exclusão, cabendo onde não sejam possíveis o *habeas corpus* e o *habeas data*.

O mandado de segurança é cabível para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, entendendo-se por direito líquido e certo o direito documentado, com a prova pré-constituída, amparando todos os direitos líquidos e certos e não só os direitos constitucionais. Pontes de Miranda entende como direito líquido e certo: “Aquele que não precisa ser aclarado com o exame de provas e dilações, que é de si mesmo concludente e inconcusso”, como explica em seus *Comentários à Constituição de 1946* (p.4, art. 141, 24).

O responsável pela ilegalidade ou abuso de poder pode ser: a) autoridade pública; b) agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do poder público.

O mandado de segurança constitui uma espécie de *tutela diferenciada* permitindo uma celeridade processual mais ampla que a do processo comum ordinário, e daí a sua ampla utilização.

4. *Mandado de segurança coletivo*. — Inovação do texto constitucional é o denominado mandado de segurança coletivo. Está previsto no art. 5º, LXX, do texto magno: “O mandado de segurança coletivo pode 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.

Não cabe confundir o mandado de segurança coletivo com o mandado de segurança litisconsorcial, pois este último é impetrado por uma pluralidade de pessoas unidas por litisconsórcio, cabendo assinalar que sempre se cogitou no País da admissibilidade do mandado de segurança litisconsorcial.

O mandado de segurança coletivo também pressupõe direito líquido e certo, como o mandado de segurança individual, distinguindo-se entretanto do mandado litisconsorcial, pois não escuda direitos particulares de alguns membros de um grupo determinado, porém protege *direitos difusos* dos membros de um sindicato, entidade de classe ou associação, representa uma coletividade. A questão do mandado de segurança coletivo suscita alguns problemas jurídicos, especialmente quanto a extensão da coisa julgada, por isso alguns comentários como Manoel Gonçalves Ferreira Filho em seus *Comentários à Constituição brasileira de 1988* (São Paulo, 1988, I, p. 78) argumentam que a “prudência mandaria considerar não auto-executável a norma em exame, para que lei de regulamentação completasse o texto constitucional, eliminando dúvidas e incertezas”.

Somente pode impetrar mandado de segurança coletivo partido político com representação no Congresso Nacional, deve haver um mínimo de representatividade, cabendo considerar que o partido político atualmente adquire personalidade jurídica como simples associação (CF, art. 17, § 20), pelo registro de seus estatutos não perante a justiça eleitoral, porém perante o órgão comum que é o registro civil das pessoas jurídicas. Também podem impetrar mandado de segurança a organização sindical ou entidade de classe, a legitimação correspondendo somente a direitos coletivos do grupo de pessoas que a entidade tem como membros, dispensada a autorização de tais membros.

Ainda têm legitimação ativa as associações, porém com um certo condicionamento: devem estar constituídas e em funcionamento há pelo menos um ano, apenas podendo agir para a defesa dos direitos da coletividade de seus membros integrantes.

5. *Mandado de injunção*. — O mandado de injunção é outra novidade do texto constitucional de 1988, apresenta semelhanças com a ação de inconstitucionalidade por omissão, por vezes doutrinadores a confundem, porém a diferença é visível.

Não se identifica com o *writ of injunction* do direito anglo-saxônico, mas com ele se aparenta. Em que consiste o mandado de injunção do direito anglo-saxônico? Ele é “um comando judicial, determinado a alguém da abs-

tenção de fazer certa coisa, ou de continuar a exercer uma atividade que produza dano irreparável” (vide a respeito Joel B. Grossman & Richard S. Wells, *Constitutional Law and Judicial Policy Making*, 3ª ed., New York, Longman, 1988, p. 703).

Em que consiste o mandado de injunção no direito brasileiro? O mandado de injunção no País tem como pressuposto a ausência de norma regulamentadora ou prerrogativa constitucional que inviabilize o exercício de direitos e liberdades constitucionais e ainda as prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

O Supremo Tribunal Federal decidiu ultimamente pela auto-exequiubilidade do mandado de injunção.

Qual é porém o provimento que deflui do mandado de injunção? Deve-se concluir pela analogia com o art. 103, § 2º, da Lei Magna, para acertar que o deferimento do referido *writ* implica em dar ciência ao poder competente para a adoção das providências necessárias e, se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em 30 dias.

Na verdade o mandado de injunção funcionou precariamente no País e é mesmo tido como remédio inócuo.

O texto constitucional procede a um *distinguo* entre “direitos e liberdades”. Por isso se procura comparar o exercício não só das liberdades públicas como também dos direitos econômicos e sociais, a nova geração de direitos humanos.

Mas o que se deve entender por prerrogativas no texto constitucional? A *prerrogativa* não se deve confundir com *privilégio*. O privilégio é no fundo um direito excepcional que se concede a alguém no seu próprio interesse, como antes da Revolução Francesa no *Ancien régime* quando direitos determinados eram assegurados à nobreza e ao clero e excepcionados para o Terceiro Estado.

Já a prerrogativa é tão-somente um direito excepcional que se amplia do regime comum e se atribui a agente político, porém no interesse público. Tem-se a impressão que o legislador constituinte empregou o termo prerrogativa como *sinônimo de direito subjetivo*.

O mandado de injunção originou-se na Inglaterra no século XIX e nasceu no juízo de equidade, é um remédio próprio da *Equity*, como um remédio outorgado por um juízo discricionário na falta de norma legal (*statute*), regulando a matéria, quando a *Common Law* não ofertasse proteção suficiente. O juízo discricionário não significa juízo arbitrário, porém apenas a possibilidade da escolha de uma entre várias alternativas legais no sentido de justiça e assim não está desvinculado de pautas jurídicas, porém orientado pelos valores jurídicos dominantes na sociedade, tais como os costumes, princípios gerais do direito, *conventions*.

Por isso é que também se diz de seu parentesco com o *writ of injunction* do direito americano, se aplicando cada dia mais e de uma forma alargada para a proteção dos direitos humanos. Por exemplo: violações da liberdade de palavra, da liberdade de associação, da liberdade religiosa, contra denegação do direito de igual oportunidade de educação por motivos raciais, concedidos mediante o uso da *injunction* para o direito do estudante negro utilizar-se da educação em escolas não agregadas (vide caso *Brown v. Board of Education of Topeka*, 1954 ).

6. *Habeas data*. — O *habeas data* é também inovação da Lei Magna de 1988 (art. 5º, LXXII), prescrevendo-se *in verbis*:

Conceder-se-á *habeas data*: a) 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; b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo.

O *habeas data* é uma garantia constitucional para proteger o direito à verdade sobre a própria pessoa com relação a registros ou bancos de dados.

Hoje em dia existe uma mutiplicidade de registros em arquivos ou bancos de dados, que podem ter um registro incorreto, prejudicando a pessoa. O *habeas data* tem assim uma dupla finalidade: permitir o conhecimento de dados a respeito de si próprio; retificar os dados inexatos. No primeiro caso o instituto adota o processo sumário semelhante ao *habeas corpus*; no segundo caso admite dilação probatória.

A expressão *habeas data* surgiu pela primeira vez no Brasil através da sugestão de José Afonso da Silva em reunião da Comissão Provisória dos Estudos Constitucionais ou Comissão Afonso Arinos, em reunião realizada no Hotel Glória, no Rio de Janeiro, presente o autor deste estudo.

A expressão foi utilizada no estrangeiro anteriormente no direito espanhol por Firmín Morales Prats, na obra *La tutela penal de la intimidade: privacy e informatica* (Barcelona, Ed. Destino, 1984, p. 329).

Outro jurista de renome, Frosini, também elucidou o mesmo pensamento em seu estudo *La protezione della riservatezza nella società informatica* ( In *Privacy e Banche dei Datti*, vários autores, Bolonha, 1981, p. 44): “A história jurídica da liberdade pessoal no mundo moderno se funda sobre o “*Habeas corpus*” *Act* de 1679 (...) oposto à detenção ilegal. Pode-se dizer, com uma paráfrase de caráter metafórico, que na legislação dos Estados modernos se reclama hoje um *habeas data*, um reconhecimento o direito do cidadão de dispor dos próprios dados pessoais do mesmo modo que tem o direito de dispor livremente do próprio corpo.”

Este pensamento de Firmín Morales é também expressivo: “O *habeas data*, ou conjunto de direitos que garante o controle da identidade informática, implica o reconhecimento do direito de conhecer, do direito de correção, de subtração ou anulação, e de agregação sobre os dados depositados num fichário eletrônico. Esse elenco de faculdades, que derivam do princípio de acesso aos bancos de dados, constitui a denominada “liberdade de informática” ou direito ao controle dos dados que respeitam ao próprio indivíduo (biológicos, sanitários, acadêmicos, familiares, sexuais, políticos, sindicais...)”.

No estrangeiro poucas Constituições protegem estes dados pessoais pela informática, com remédio específico como garantia constitucional, porém há no direito estrangeiro normas muito precisas de tal proteção. A lei francesa é muito objetiva e eficiente para permitir o direito de acesso aos fichários e de retificação dos dados, com sanções penais rigorosas. Veja-se a respeito da França a Lei 78-17, em 06.01.1978 (RF, 272:431 s.). O mesmo modo na Alemanha, com a Lei de Proteção contra o Emprego Abusivo de Dados de Identificação Pessoal no âmbito de Tratamento de Dados (RF, 272:423), ou no texto alemão: *Datenschutzgesetz — BDSG, de 27.02.77*.

Foram propostos vários nomes para tal remédio, porém como os de *habeas scriptum* e *habeas mentem*, porém o de *habeas data* tornou-se mais vulgarizado pela sua semelhança com o de *habeas corpus*.

7. *Ação popular*. — Outro remédio processual constitucional importante é a ação popular prevista no art. 5º, LXXIII, da CF vigente, *verbis*: “Qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.”

A ação popular permite ao cidadão e somente ao cidadão a obtenção de uma sentença judicial declarando a nulidade dos atos do Poder Público lesivos ao patrimônio da coletividade, bem como de pertencentes a entidades estatais ou de entidades autárquicas ou sociedades de economia mista ou qualquer entidade de que o Estado participe bem como à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural. O autor deve instruir a sua petição inicial com o título de eleitor que é a prova de cidadania.

A Lei Magna consagrou a isenção de custas em benefício do autor popular a fim de permitir o controle por parte da comunidade, visto que custas excessivas dificultam a possibilidade de ajuizamento da ação. O autor também fica isento do ônus da sucumbência, salvo comprovada má fé, porque obrigou o réu a gastar com o advogado que deve ser ressarcido.

As raízes históricas da ação popular já remontam o direito romano, é a *actio popularis*. Com ela se atribui ao povo ou qualquer dele a legitimidade para ajuizar, através de qualquer de seus componentes como cidadão, o benefício da tutela jurisdicional de determinado interesse gerado pela coisa pública que pertencesse à coletividade, e pelo cidadão ele mesmo, singularmente, *ut singulis*. O autor popular estava ligado à *gens*, visando um benefício da comunidade e as ações podiam ser propostas para a defesa da legalidade geral, da legalidade administrativa, da segurança, do patrimônio público, de ausente, de menores etc.

O direito lusitano, que ainda se agasalhou no Brasil no período colonial também conhece a ação popular. Doutrinadores como Lobão e Corrêa Telles positivaram a sua existência para a defesa dos lugares públicos, das coisas do domínio público e de uso comum do povo.

O século XX acolheu a ação popular com restrições e muitos países a ignoram. Foi acolhida pela progressista Constituição da República da Espanha de 1931 (art. 123, n. 4), como também alguns Estados membros da Alemanha e sobretudo na Baviera com a sua Constituição de 4 de dezembro de 1946, com a chamada *Popularklage*, no art. 98, n. 4 (vide a respeito Hans Nawiasky, *Die Verfassung des freistaates Bayern*, Muenchen, 1953, p. 107).

Na Itália também se conheceu a ação popular antes do fascismo e na França o prof. Vedel assinalou pontos de contato entre as ações populares clássicas do direito romano e o recurso por excesso de poder.

No Brasil a Constituição de 1964 (art. 103, § 38) reconheceu a ação popular, porém o artigo não foi regulamentado. A Carta Autoritária de 1937 não conheceu a dita ação. A Constituição de 1946 (art. 141, § 38) a restabeleceu, sendo regulamentado o texto pela Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965. A Constituição de 1967 a admitia. Do mesmo modo aconteceu com a Lei Magna de 1988.

O sujeito ativo da ação popular é o cidadão, aquele que goza do uso dos direitos políticos, que pode ingressar com ação popular, instruindo-a com o título eleitoral. O cidadão aparece como substituto processual, em nome próprio, porém agindo no interesse da comunidade, ou seja, no interesse alheio (Súmula nº 365 do STF).

Quem é o sujeito passivo da ação popular? A Constituição não esclarece devidamente, porém a lei regulamentadora disciplina que deve ser proposta contra entidade que em seu nome praticou o ato impugnado e também os beneficiários do ato impugnado. Combina a doutrina com a jurisprudência, sendo a entidade, dirigentes, beneficiários, como ligados por comunhão visível de interesses.

Qual o âmbito de extensão da ação popular? Para alguns autores a ação popular somente pode impugnar atos administrativos, porém outros como Paulo Barbosa de Campos Filho pretende que também tanto os atos administrativos como os judiciais podem ser impugnados. Diversas decisões rejeitam a ação popular contra a lei em tese, porém em alguns outros tribunais se admite a ação popular contra lei em tese.

A *causa petendi* que permite a ação popular tem sido discutida, com duas soluções: a) a lesividade do ato para viciá-lo de forma radical; b) a nulidade ou anulabilidade do ato com o *plus* que é a lesividade.

O entendimento atual, embora não seja claro, autoriza que os atos lesivos viciados por incompetência, vício formal, é de ilegalidade do objeto, desvio de finalidade, inexistência de motivo, e mesmo atos lesivos cujos vícios não foram os indicados, podem ser anulados.

A Constituição atual isentou de custas o autor popular, pois esta isenção facilita o controle, porém quanto ao ônus da sucumbência diferentemente disciplinou, pois se o autor errou, levou o réu a gastar com advogado, e deve ser ressarcido.

8. *Ação civil pública*. — A ação civil pública está consagrada na Constituição de 1988, em seu art. 129, inciso III, declarando que é função institucional do Ministério Público “promover o inquérito civil e a ação civil pública, para proteção do patrimônio público social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”.

Há assim uma certa abrangência com a ação popular, quanto à possibilidade de propositura para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente a que se dedica também a ação popular, surgindo também outras categorias de direitos e interesses, quais sejam os *interesses difusos e direitos*.

Ampliou-se a ação do Ministério Público, que aparece não só como titular da ação penal como também da ação civil pública para a tutela dos interesses públicos, coletivos, sociais e difusos.

Os juristas paulistas já haviam insistido desde longa data para a implantação da ação civil pública. Do mesmo modo alguns juristas mineiros como Ronaldo Cunha Campos, autor do livro *A ação civil pública* (Rio de Janeiro, 1989).

Daí surgiu então a lei nº 7.347, de 24.07.1985, sobretudo por influência de juristas de São Paulo, visando criar um mecanismo ágil para o resguardo eficaz dos chamados direitos coletivos e interesses difusos. Examinando-se o perfil histórico do processo civil romano, as *actiones populares* foram a semente original do resguardo dos interesses difusos e da origem da ação popular e da ação civil pública.

Escreve a respeito José Celso de Melo Filho (*Constituição Federal Anotada*, São Paulo, Saraiva, 1986, p. 433): “Os interesses difusos constituem valores cuja titularidade transcendem a esfera meramente individual das pessoas. São direitos que pertencem a todos, reunidos em comunhão social. Deles, ninguém, isoladamente, é o sujeito. Não se concentram num titular único, simplesmente porque inerem a todos e a cada um de nós enquanto membros participantes da coletividade.”

Nem sempre a lei a todos identifica, daí a dificuldade de um elenco exaustivo. Alguns interesses difusos são evidentes, como as concernentes ao direito do consumidor, ao patrimônio ambiental, histórico, artístico, estético e cultural. Então se salientam o direito à habitação, o direito à saúde, o direito ao ambiente ecologicamente equilibrado, o direito ao aproveitamento racional dos recursos naturais, o direito à publicidade comercial honesta, o direito à utilização adequada do solo urbano e rural, bem como outros. Por isso mesmo muitos interesses difusos são *inominados*, embora alguns sejam mais *evidentes*, como salienta José Celso de Melo Filho.

A ação pública pode ser ajuizada pelo Ministério Público, pela União Federal, pelos Estados-membros, pelos municípios, pelas respectivas autarquias e entidades paraestatais — (sociedades de economia mista, empresas públicas), por fundações e associações comunitárias. Neste caso são exigidos dois requisitos: 1<sup>o</sup> — a associação deve está constituída e devidamente personificada há um ano, pelo menos; 2<sup>o</sup> — deve incluir entre seus objetivos institucionais a proteção e a preservação dos interesses difusos mencionados em lei.

A origem histórica da ação civil pública se encontra sobretudo no direito norte-americano com a *class action* e também um pouco nas *Massactionen* do direito alemão. No direito norte-americano os pré-requisitos de admissibilidade da *class action*, nos termos da *Rules 23 da Federal Rules of Civil Procedure*, são exigidos: a) o número grande de interessados tornando impraticável o seu comparecimento no processo; b) ocorrência de questões de fato e de direito comuns aos litigantes; c) a pretensão do representante do grupo, deve ser típica, ou seja, deve refletir os interesses da totalidade do grupo; d) a Corte deve observar se as pessoas que se apresentam como delegados do grupo se encontram tecnicamente instrumentalizadas para tal ato. Estes são os pré-requisitos, porém ainda é necessário que um dos seguintes requisitos seja atendido, assim resumidos por Ronaldo Cunha Campos: “a) a admissão de demandas isoladas de vários membros do grupo pode levar a julgamentos ‘inconsistentes’ quanto à legalidade da conduta do opositor do grupo, ou cria o risco que decisões concernentes a alguns membros (que litigam separadamente) poderiam ter

eficácia dispositiva quanto aos interesses de outros membros (em suma, processos distintos constituiriam risco quanto à coerência do julgamento ou risco quanto à interesses de membros do grupo); b) o opositor do grupo agiu, ou recusou-se a agir, invocando razões aplicáveis a todo o grupo, de tal sorte que se recomenda a edição de uma solução apta a alcançar o grupo como um todo; c) as questões comuns de fato ou de direito, comuns ao grupo, predominam sobre quaisquer questões a afetar apenas individualmente um ou outro integrante da classe, daí porque a '*class action*' surge como melhor método disponível para a justa solução da lide".

9. *As diferentes ações de defesa da Constituição.* — Existem diferentes ações de defesa da Constituição no direito constitucional pátrio para o controle da constitucionalidade das leis. Predomina de um modo geral e sistemático a existência de um *controle concentrado da Constituição*, por inspiração de Kelsen com a chamada Corte Constitucional, ou de um *controle difuso* da Constituição prevalecente no direito norte-americano com a sua Constituição de 1787. Esta designação se deve a Mauro Cappelletti e ficou popularizada no direito contemporâneo. Diversos casos podem ser mencionados destes remédios processuais que garantem no sistema constitucional a sua letra e o seu espírito quais sejam: a) a ação incidental de inconstitucionalidade; b) a ação direta de inconstitucionalidade; c) ação direta de inconstitucionalidade interventiva, que ocorre no caso do inciso VII do art. 34, do provimento por parte do Supremo Tribunal Federal, de representação do Procurador Geral da República; d) ação de inconstitucionalidade por omissão; e) ação declaratória de constitucionalidade.

10. *A ação incidental de inconstitucionalidade.* — A ação incidental de inconstitucionalidade é própria da jurisdição difusa de controle de constitucionalidade própria do direito norte-americano e que prevaleceu pela influência de Rui Barbosa na Constituição pátria de 1891, ainda perdurando atualmente.

Na ação incidental de inconstitucionalidade se observam os seguintes caracteres: a) toda a pessoa que tenha legítimo interesse moral ou econômico pode iniciar a propositura da ação; b) o juiz monocrático e os tribunais podem declarar a inconstitucionalidade da lei, porém os tribunais somente por maioria absoluta de seus membros ou do respectivo órgão especial (CF de 1988, art. 97); c) o pedido de declaração de inconstitucionalidade surge incidentalmente, *incidentur tantum*.

O Supremo Tribunal Federal é o órgão final de declaração de inconstitucionalidade, que pode subir do juiz monocrático até o mesmo. Os membros do STF são em número de 11. A maioria absoluta era entendida como sendo de 07 membros, porém hoje se entende como de 6 membros.

A ação incidental de inconstitucionalidade é um modo difuso de defesa da Constituição.

11. *A ação direta de inconstitucionalidade.* — A ação direta de inconstitucionalidade representa uma forma de controle concentrada da Constituição. Ela surgiu por inspiração de Hans Kelsen, autor da Constituição Austríaca de 1920, revisada em 1945. No País a Constituição de 1988 a consagrou definitivamente em seu art. 103, porém limitando o elenco dos entes legitimados para a sua propositura, quais sejam: I — o Presidente da República; II — a Mesa do Senado Federal; III — a Mesa da Câmara dos Deputados; IV — a Mesa de Assembléia Legislativa; V — o Governador de Estado; 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.

O Procurador Geral da República deverá ser previamente ouvido em todas as ações de inconstitucionalidade.

Quando o STF apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o Advogado-Geral da União, que defenderá o ato ou texto impugnado.

A jurisdição concentrada através de uma Corte constitucional é adotada em vários países, como a República Federal da Alemanha, a Itália com a sua Constituição de 1947, Portugal de 1976 e Espanha com a Lei Magna de 1978.

O art. 102 da Constituição federal pátria em seu § 1º, tem um dispositivo expressivo que permitirá uma futura evolução da jurisdição constitucional, *in verbis*: “Arguição de descumprimento de preceito fundamental decorrente desta constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da Lei” (Red. da EC. nº 3, de 17.03.1993).

A idéia de “preceitos fundamentais” não significa expressão sinônima de “princípios fundamentais”, como observa José Afonso da Silva em seu *Curso de Direito Constitucional Positivo*, é mais abrangente e congloba preceitos revelando o sentimento básico do regime constitucional, como a autonomia dos Estados e os direitos e garantias fundamentais consignados no título II. Continua o precitado jurista: “É aí que aquele dispositivo poderá ser fértil como fonte de alargamento da jurisdição constitucional da liberdade a ser exercida pelo nosso pretório Excelso”.

*A Constituição pátria declara: na forma da lei.* — Esta lei pode ser imitada de Lei de 17.04.1951, que na República Federal da Alemanha instituiu a *Verfassungsbeschwerde*, o qual se originou da Constituição da Baviera de 02 de dezembro de 1946, como expõem Hans Nawiasky e Hans Lechne (cit., p. 107): “Zu Art. 98 Satz 4. Die popularklage des Art. 98 Satz 4 BV konkurriert-

*nummehr in den Faellen, in denen behauptet wird, dass ein bayer. Gesetz oder eine bayer. Verordnung ein nach Art. 142 GG aufrecht erhaltenes Grundrecht verletzt, mit der Verfassungsbeschwerde”.*

Na literalidade dos textos a *Verfassungsbeschwerde* é traduzido por agravo constitucional ou recurso constitucional, porém tem um sentido mais amplo como ocorre com a *Popularklage* procedente da Baviera, atribuindo o direito de ação popular a qualquer pessoa do povo, direito de ação a *quisquis de populi*, conforme o qual pode ser declarada a inconstitucionalidade de ilegitimidade restritiva de direito fundamental, mediante recurso à Corte Constitucional, e isto por *qualquer pessoa* e não por alguns entes como no Brasil.

O assunto é bem analisado por Mauro Cappelletti na obra *La giuridizione costituzionale della libertà* (Milão, Giuffrè, p. 71, 1974), dizendo o seguinte: “O recurso constitucional consiste no meio de queixa jurisdicional perante o Tribunal Constitucional Federal (com sede em Karlsruhe), a ser exercido por particulares pretendendo a tutela de seus *direitos fundamentais*, assim como o de outras situações subjetivas constitucionais lesadas por um ato de qualquer autoridade pública”.

A *Verfassungsbeschwerde* se aproxima do mandado de segurança pátrio, porém é mais ampla do que este: é um meio de invocação da prestação jurisdicional na defesa dos direitos fundamentais apresenta-se como recurso porque é também meio de impugnação de decisões judiciais.

Presentemente, embora o mandado de segurança não tenha cabimento contra lei em tese, pode ser utilizado quando se tratar de lei de efeito concreto.

É de se considerar que a Súmula 267 do STF, conforme a qual não cabe “mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição” não se entende mais com tal rigidez, posto que a Constituição Federal não aponta nenhuma limitação à impetração do *writ*. Neste sentido se orienta o doutrinador Francisco Ivo Dantas Cavalcanti em sua tese de concurso *O Valor da Constituição* (1995, p. 124). Da mesma maneira o RE 76.909 (RS), 5.12.73, Revista Trimestral de Jurisprudência, 70:504, Rel. Min. Xavier de Albuquerque. Esclarece Arruda Alvim e Teresa Arruda Alvim Pinto que “neste acórdão, fixou-se a tese de que cabe mandado de segurança contra ato judicial de que caiba recurso, desde que este recurso seja desprovido de efeito suspensivo e que o ato judicial atacado causa prejuízo irreparável de muito difícil reparabilidade. O acórdão não foi fruto de votação unânime, mas esta foi a tese vencedora (*Repertório de jurisprudência e doutrina sobre mandado de segurança contra ato judicial*, RT, 1989, p. 10).

11. *Ação de inconstitucionalidade por omissão*. — A Constituição pátria também prevê a ação de inconstitucionalidade por omissão em seu art. 103, §

2<sup>o</sup>, *verbis*: “Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva a norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias”.

Esclarece Jorge Miranda em seu *Manual de direito constitucional* (Coimbra Editora Ltda., 1983, 6<sup>a</sup> ed., t. 2, p. 402): “A verificação da existência de inconstitucionalidade por omissão não altera a ordem jurídica, circunscreve-se a factor — a juntar, provavelmente, a outros — suscetivos de levar os órgãos legislativos a transformar o seu comportamento de negativo em positivo.”

Gomes Canotilho em sua obra *Direito Constitucional* (Livraria Almedina, Coimbra, 1978, 4<sup>a</sup> ed., p. 828-829) salienta a discussão do sentido do *silêncio legislativo* na doutrina e na jurisprudência constitucionais. Entende-se “principalmente, porém não exclusivamente, como omissão legislativa inconstitucional, o não cumprimento de imposições constitucionais permanentes e concretas”.

Daí resulta, conforme o mencionado tratadista português:

a) — Omissão, em sentido jurídico-constitucional, significa não fazer aquilo a que, de forma concreta, se estava constitucionalmente obrigado. A omissão legislativa, para ganhar significado autônomo e relevante, deve conexas-se com uma exigência constitucional de ação, não bastando o simples dever geral de legislar para dar fundamento a uma omissão inconstitucional;

b) — As omissões legislativas inconstitucionais derivam do não cumprimento de imposições constitucionais legiferantes em sentido estrito, ou seja, do não cumprimento de normas que, de forma permanente e concreta, vinculam o legislador à adoção de medidas legislativas concretizadoras da Constituição;

c) — Existe ainda a omissão legislativa quando a Constituição consagra normas sem suficiente densidade para se tornarem exequíveis por si mesmas, reenviando implicitamente para o legislador a tarefa de lhe dar exequibilidade prática;

d) — Existe também omissão legislativa inconstitucional quando o legislador não cumpre as ordens de legislar constitucionalmente consagradas em certos preceitos constitucionais”.

A ação de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção não prosperaram no direito constitucional pátrio, e a opinião leiga comum costuma confundi-los, porém cabe distingui-los com precisão da seguinte maneira:

1 — Somente são legitimadas para a propositura da ação de controle de inconstitucionalidade por omissão aquelas pessoas mencionadas no art. 103 da CF; no mandado de injunção é titular da ação qualquer pessoa inviabilizada

para exercer os direitos e liberdades constitucionais e as prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

2 — O Supremo Tribunal Federal tem competência privativa para apreciação do controle da inconstitucionalidade por omissão, não podendo conhecê-la nenhum outro órgão do Poder Judiciário; já diferentemente no mandado de injunção a competência não é mais privativa do STF, que a possui tanto na forma de competência originária (art. 102, q), como de competência derivada (art.102, II, a).

3 — No controle de inconstitucionalidade por omissão o Supremo Tribunal Federal deve dar “ciência ao poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em 30 dias (art. 103, § 2º); no mandado de injunção não se cogita desta comunicação, cabendo ao Poder Judiciário, de forma imediata, tornar viável o exercício dos direitos violados suprindo a lacuna existente.

4 — No controle por inconstitucionalidade por omissão os efeitos beneficiam a todos, conseqüentemente serão *erga omnes* no mandado de injunção os efeitos são *inter partes*, só beneficiando aqueles que integram a relação jurídica processual.

5 — No controle por inconstitucionalidade por omissão a decisão é simplesmente *declaratória*; no mandado de injunção a decisão é *satisfativa*. Neste caso pode ser configurada a desobediência com as sanções daí cabíveis.

No País o prof. Francisco Ivo Dantas Cavalcanti estudou a matéria não somente em sua tese de concurso intitulada *O Valor da Constituição* como em seu ensaio *Mandado de Injunção — Guia Teórico e Prático* (1989).

No MI 369-DF e no 361-RJ o Ministro Carlos Mario da Silva Veloso bem distinguiu os dois institutos, dizendo o seguinte: “Faço o que, segundo penso, a Constituição quer que eu faça para o caso concreto elaboro a norma a ser observada nos seguintes termos: o aviso prévio será de 10 dias por ano de serviço ou fração superior a 6 meses, observando o mínimo de 30 dias (CF, art.7º, XXI) .

Tanto o mandado de injunção como a ação de inconstitucionalidade por omissão não se desenvolveram na prática no direito constitucional brasileiro.

12. *A ação declaratória de constitucionalidade.* — A Emenda Constitucional nº 3, de 17.03.1993, introduziu no País a ação declaratória de constitucionalidade.

Preceitua o “art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipua-mente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I — processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal

ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal”.

Além disso o § 2º do mesmo art. 102 preceitua: “As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal produzira eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e o Poder Executivo”.

Preceitua ainda o § 4º do art. 103, conforme redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 17.03.1993: “A ação declaratória de constitucionalidade poderá ser proposta pelo Presidente da República, pela Mesa do Senado Federal, pela Mesa da Câmara dos Deputados ou pelo Procurador Geral da República.

A ação declaratória de constitucionalidade surgiu de uma situação prática, quando se discutiu o IPMF (imposto sobre a transmissão de valores e de créditos e de direitos de natureza financeira) para vigência até 31.12.94, a fim de evitar sucessivas ações judiciais sobre o mesmo.

Diversos autores salientaram a inconstitucionalidade de tal ação, como entre outros Ana Maria Scartezzini, afirmando que a dita ação extingue o princípio do contraditório e fere a independência dos poderes, transformando o STF em órgão sancionador da atividade legislativa.

Parecer também foi elaborado pela OAB mediante grupo de trabalho formado pelo saudoso Geraldo Ataliba e ainda por Sérgio Sérvulo, Souto Maior Borges, Eduardo Bottallo e Isabel Derzi, afirmando que tal ação traz em seu conteúdo vários vícios, quais sejam: a) a ação incorre em grave erro técnico, por que impossibilita de identificar o réu e definir o respectivo universo; b) é mais grave do que a avocatória, comprometendo os princípios do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório e da dupla instância de julgamento; c) elimina o direito de acesso do cidadão ao judiciário, significando com isto a violação do princípio da inafastabilidade do controle judicial; d) inviabiliza o controle de inconstitucionalidade por via incidental (vide: *Juristas analisam a emenda 3/93*, in *A voz do advogado*, órgão oficial da OAB, seção do DF, nº 100, p. 13 e s., junho de 1993).

No mesmo sentido ou quase idêntico os trabalhos de Ana Maria Scartezzini, no livro coordenado por Ives Gandra da Silva Martins e Gilmar Ferreira Mendes, *Ação declaratória de constitucionalidade* (Saraiva, 1994).

Julgando a matéria o Supremo Tribunal Federal deduziu que a ação declaratória de constitucionalidade, tal como a ação direta de inconstitucionalidade se insere no sistema de controle concentrado de constitucionalidade de normas, posto que o Supremo Tribunal Federal aprecia a controvérsia em tese,

declarando a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo, com eficácia *erga omnes* através do voto do eminente relator Ministro Moreira Alves.

Assim se introduziu no Brasil o *efeito vinculante das decisões erga omnes* e levando à obrigatoriedade do precedente judiciário, própria do direito norteamericano, embora com ampla discussão jurídica a respeito da legitimidade do *stare decisis* em nosso direito.

13. *Recurso extraordinário*. — O recurso extraordinário é um remédio de longa tradição no direito brasileiro, que permite a guarda da Constituição Federal previsto desde a 1ª República, e hoje em dia disciplinado na Constituição Federal de 1988, no art. 102, inciso III. O recurso extraordinário é uma imitação do *writ of error* norteamericano, que hoje foi substituído pelo *appeal* (cf. Haller, *Supreme Court und Politik in den USA*, Berna, 1972, p. 105).

Cabe ao Supremo Tribunal Federal julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única e última instância quando a decisão recorrida: contrariar dispositivo da Constituição; declarar a inconstitucionalidade do tratado ou lei federal; julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição.

A arguição de descumprimento de preceito fundamental da constituição será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.

As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo.