

ESTADO DO RIO DE JANEIRO  
PROCURADORIA GERAL  
BIBLIOTECA  
Nº 141 de 1991

**DOCTRINA**

# Inovações Processuais na Constituição Federal de 1988 \*

Sydney Sanches

Ministro do Supremo Tribunal Federal

1. Vou, em primeiro lugar, resumir as principais inovações da Constituição Federal de 1988 sobre procedimentos de atuação jurisdicional.

Necessariamente, farei referência a questões processuais e procedimentais em novas ações e em novos recursos, inclusive em alguns aspectos de instrução e de mera investigação.

2. O inciso LXXII do art. 5.º estabelece: conceder-se-á *habeas data*:

“a” — para assegurar o conhecimento de informações relativas a sua pessoa, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público;

“b” — para a retificação de dados, em não se preferindo fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo.

Trata-se, como se vê, ao menos quanto à letra “a” de um mandado de segurança específico, relacionado com dados pessoais do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público. Quanto à letra “b”, se se entender que a hipótese é também de mandado de segurança específico, dependerá de prova pré-constituída. Caso contrário, só por ação de procedimento comum ou especial será possível a retificação, dependendo, neste último (procedimento especial) de lei própria.

Foi tratado o *habeas data* no título II, destinado aos “DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS”, mais precisamente no Capítulo I, relativo aos “DIREITOS E DEVERES INDIVIDUAIS E COLETIVOS”, cujo art. 5.º começa por enunciar a igualdade de todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, assegurando aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos que aponta em seus incisos, inclusive o já referido inc. LXXII, “a” e “b”.

Quanto ao processo e procedimento do *habeas data*, cuidaremos mais adiante.

3. 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 (inc. LXXI do art. 5.º).

Trata-se de inovação no direito constitucional e processual brasileiro, inspirado no direito alienígena.

\* Exposição feita na Faculdade de Direito de Osasco — SP.

Visa ordem judicial que imponha ao poder competente a regulamentação de normas constitucionais, que possibilite o exercício dos direitos e liberdades nela previstos, quaisquer que eles sejam, inclusive quanto às prerrogativas ali referidas.

A primeira questão a respeito é se se trata de norma constitucional auto-aplicável, ou se, também ela, depende de regulamentação. Neste último caso, curioso seria que um mandado injunção pudesse ensejar a regulamentação do próprio mandado de injunção.

Outra questão, se se entender que se trata de norma auto-aplicável, diz respeito ao processo e ao procedimento do mandado de injunção.

Sobre tudo isso falaremos mais adiante.

4. O § 21 do art. 153 da CF de 1967/1969 dizia: conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo não amparado por *habeas corpus*, seja qual for a autoridade responsável por ilegalidade ou abuso de poder.

A nova Constituição amplia expressamente o alcance do *writ*, dizendo, 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*, seja o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder autoridade pública, ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

O texto estende a legitimidade passiva ao agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público, praticamente acatando a orientação jurisprudencial que já se formara sob a égide da Constituição anterior.

5. A Constituição de 1967/1969, a lei de mandado de segurança em vigor e o próprio CPC não prevêm expressamente a possibilidade de mandado de segurança coletivo.

A LMS (1.533, de 31.12.51) alude a direito líquido e certo de "alguém" (art 1º), gerando o entendimento de que se trata de direito subjetivo.

E o art. 6º do CPC ainda esclarece: ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei.

A nova Constituição, no art. 5º, inc. LXX, altera esse quadro, ao dizer: 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.

Quanto ao processo do mandado de segurança coletivo, não de ser observadas as normas da LMS (1.533/51) e, subsidiariamente, as do CPC, exceto quanto à legitimidade ativa, pois sua impetração, como se viu, poderá ser feita pelas entidades referidas.

6. Quanto ao *habeas corpus*, seu cabimento era expressamente ex-

cluído pela Constituição anterior nas transgressões disciplinares (§ 21 do art. 153).

Já o inc. LXVIII do art. 5º da nova Constituição não faz essa exclusão expressa.

7. O art. 129, inc. I, do novo texto, estabelece a competência privativa do Ministério Público para promover a ação penal pública, na forma da lei, mas o inc. LIX do art. 5º esclarece que será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal.

8. O § 31 do art. 153 da CF anterior conferia a qualquer cidadão legitimidade para propor ação popular que visasse a anulação de atos lesivos ao patrimônio de entidades públicas.

O inc. LXXIII do art. 5º da Constituição futura dá tratamento mais amplo à ação popular: qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular visando 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.

9. Quanto ao *habeas corpus* e ao *habeas data*, a futura Constituição estabelece expressamente sua gratuidade (inc. LXXVII do art. 5º), o que não impede a extensão do benefício a outras ações, por lei.

10. A casa é o asilo inviolável do indivíduo; ninguém pode penetrar nela, à noite, sem consentimento do morador, a não ser em caso de crime ou desastre, nem durante o dia, fora dos casos e na forma que a lei estabelecer.

Era o que estatuiu o § 10 do art. 153 da CF anterior.

O texto novo deixa menor campo à lei: a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial (inc. XI do art. 5º).

11. Pelo texto anterior (§ 9º do art. 153), era inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas e telefônicas.

O inc. XII do art. 5º da nova CF é mais abrangente e também mais explícito nas exceções: é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal e instrução processual penal.

12. As entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente (inc. XXI do art. 5º da nova CF).

Isso amplia a legitimidade para propositura de ações.

13. O inc. XXIV do art. 5º do novo texto determina: a lei estabele-

cerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição.

14. A pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família, não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva, dispondo a lei sobre os meios de financiar seu desenvolvimento (inc. XXVI do art. 5º).

15. O § 18 do art. 153 da CF anterior limitava-se a dizer que era mantida a instituição do júri, competente para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

Já o art. 5º, inc. XXXVIII, da nova Constituição reconhece a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, mas assegura:

- a) — plenitude de defesa;
- b) — sigilo das votações;
- c) — a soberania dos veredictos;
- d) — a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

16. Os incisos XLII e XLIII do art. 5º da nova Constituição consideram crimes inafiançáveis a prática de racismo, tortura, de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos.

E o inc. XLIV crime inafiançável, também, a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático.

17. O inc. XLVIII estabelece que a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado.

E os incisos XLIX e L descem a pormenores, quanto aos presos, de um modo geral, e quanto às presidiárias em especial.

18. Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. Erige-se em norma legal o princípio do *due process of law*, não só para efeito de privação de liberdade, mas também de bens (art. 5º, inc. LIV).

19. O § 15 do art. 153 da Constituição anterior assegurava aos acusados ampla defesa, com os recursos a ela inerentes, e o § 16 que a instrução criminal seria contraditória.

Já o inc. LV do art. 5º da nova Constituição é mais amplo: aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

20. São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos (inc. LVI do art. 5º) (v. tb. inc. XII).

21. O civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei (inc. LVIII).

Sob a Constituição anterior que não tratava da matéria, a jurisprudência do STF consolidara-se na Súmula 568, segundo a qual a identificação criminal não constituía constrangimento ilegal, ainda que o indiciado já tivesse sido identificado civilmente.

22. A lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem (inc. LX do art. 5º).

23. Ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar e crime propriamente militar, definidos em lei (inc. LXI do art. 5º).

24. A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou a pessoa por ele indicada (inc. LXII).

As duas últimas comunicações são inovações constitucionais.

25. O preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado (inc. LXIII).

26. O preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou interrogatório policial (inc. LXIV).

27. A prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária (inc. LXV).

28. O § 12 do art. 153 da CF anterior determinava que a lei dispusesse sobre a prestação de fiança.

Pelo inc. LXVI do art. 5º da Constituição nova, ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança.

29. O § 17 do art. 153 da Constituição anterior diz que não haveria prisão civil por dívida, multa ou custas, salvo o caso do depositário infiel ou do responsável pelo inadimplemento de obrigação alimentar, na forma da lei.

Quanto a isso, o inc. LXVII do art. 5º do novo texto restringe tal prisão às hipóteses de inadimplemento voluntário e inescusável.

30. Têm aplicação imediata as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais (§ 1º do art. 5º).

31. O § 2º do art. 5º explicita que os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ele adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federal do Brasil seja parte.

Inclusive, portanto, aqueles concernentes ao processo e procedimento em Juízo.

32. O Capítulo IV da nova Constituição é destinado às "Funções Essenciais à Administração de Justiça", dentre as quais o Ministério

Pública, a Advocacia Geral da União, a Advocacia e a Defensoria Pública (arts. 127 a 135).

As normas ali previstas trazem também alguma repercussão no âmbito do processo e do procedimento em Juízo.

33. O inc. LXXIV do art. 5.º impõe ao Estado prestar assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos. Não mais simples assistência judiciária, mas, também, extrajudiciária.

Essa assistência jurídica pode ser regulada por legislação concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal (art. 24, XIII).

34. O art. 22 do novo texto diz que compete privativamente à União legislar sobre direito processual, mas o parágrafo único esclarece que lei complementar poderá autorizar o Estado a legislar sobre questões específicas dessa matéria (como a de outras).

Pode-se, pois, pela lei complementar, abrir ao Estado um bom campo de atuação legislativa, sobretudo em termos de procedimentos judiciais.

35. O art. 98 da nova Constituição impõe à União, no Distrito Federal e nos Territórios, e aos Estados, a criação de juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau (inc. I).

Amplia-se, também nesses pontos, o campo para inovações processuais e procedimentais.

36. O art. 129 do novo texto considera função institucional do Ministério Público promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos (inc. III) e requisitar as diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais (inc. VIII).

37. A legitimação do Ministério Público para as ações civis previstas no art. 129 não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo dispuserem a Constituição e a lei (§ 1.º do art. 129).

38. No capítulo III, destinado ao Poder Judiciário, mais precisamente nas Seções dedicadas às Disposições Gerais e aos Tribunais e Juízos, há importantes inovações processuais e procedimentais.

Discorreremos sobre algumas das principais.

39. Assim é que, já nas Disposições Gerais, estatui o inc. IX do art. 93 do novo texto constitucional: todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir,

limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e seus advogados, ou somente a estes.

40. Quanto aos precatórios judiciais, dispõe o § 1.º do art. 100 sobre sua atualização nos seguintes termos: é obrigatória a inclusão, no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento de seus débitos constantes de precatórios judiciais, apresentados até 1.º de julho, data em que terão atualizados seus valores, fazendo-se o pagamento até o final do exercício seguinte.

41. Mas o art. 33 das Disposições Transitórias contém tratamento específico para os precatórios judiciais pendentes de pagamento na data da promulgação da nova Constituição, ao dizer: ressalvados os créditos de natureza alimentar, o valor dos precatórios judiciais pendentes de pagamento na data de promulgação da Constituição, incluído o remanescente de juros e correção monetária, poderá ser pago em moeda corrente, com atualização, em prestações anuais, iguais e sucessivas, no prazo máximo de oito anos, a partir de 1.º de julho de 1989, por decisão editada pelo Poder Executivo até cento e oitenta dias da promulgação da Constituição.

E o parágrafo único acrescenta: poderão as entidades devedoras, para o cumprimento do disposto no parágrafo anterior, emitir, em cada ano, no exato montante do dispêndio, títulos de dívida pública não computáveis para efeito do limite global de endividamento.

42. Nas seções dedicadas ao tratamento dos Tribunais e Juízos, as inovações processuais e procedimentais decorrem, sobretudo, da fixação ou da alteração de sua competência originária ou recursal. E, principalmente, da criação de Tribunais Regionais Federais e do Tribunal Superior de Justiça.

São tantas essas inovações, que não poderemos nos deter sobre elas, mas apenas sobre algumas, de maior interesse para o tema que ora abordamos.

43. Como disse anteriormente, o mandado de injunção coloca-se entre os direitos e deveres individuais e coletivos, tratados no Capítulo I do Título II, este destinado aos "Direitos e Garantias Fundamentais".

É de ser concedido (art. 5.º, LXXI) 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.

43.1. O § 1.º do art. 5.º esclarece que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, inclusive, portanto, aquela do inc. LXXI, que trata do mandado de injunção.

43.2. Dificuldades surgirão, na prática, quanto aos aspectos procedimentais e processuais, que, ou serão superadas, com adoção das previstas na lei do mandado de segurança, com o qual guardam certa analogia, ou dependerão de lei especial.

Quanto ao prazo para cumprimento do mandado há de haver prudente critério dos Tribunais. Quanto às conseqüências do descumprimento do mandado de injunção, no prazo fixado, decorrerão do novo ordenamento constitucional.

Tudo isso, porém, seria melhor tratado em lei específica.

43.3. Os direitos e liberdades constitucionais, a serem amparados pelo mandado de injunção, são todos aqueles que a própria Constituição enuncia.

Não só os individuais, como os coletivos.

43.4. Quanto às prerrogativas, as inerentes à nacionalidade são tratadas do Capítulo III do Título II, este destinado aos "Direitos e Garantias Fundamentais" (arts. 12 a 13). E, em dispositivos esparsos sobre brasileiros e estrangeiros, especificamente portugueses. Quanto à soberania, as prerrogativas são as relativas à popular (art. 14). E quanto à cidadania, todas as decorrentes do novo ordenamento.

43.5. A competência para o processo e julgamento é dos órgãos judiciários estaduais e federais, conforme se trate de autoridade ou entidade municipal, estadual ou federal, incumbida de elaborar a norma regulamentadora.

43.6. A própria Constituição fixa algumas regras de competência, quanto ao mandado de injunção.

43.7. Assim é que o art. 105, I, "h", atribui ao Superior Tribunal de Justiça competência originária para processar e julgar mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta ou indireta, excetuados os casos de competência do Supremo Tribunal Federal e ressalvada a competência exclusiva da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral e da Justiça do Trabalho.

43.8. Ao Supremo Tribunal Federal cabe, originariamente, o processo e julgamento do mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, "q").

43.9. Ainda ao Supremo Tribunal Federal compete, em grau de recurso ordinário, julgar o mandado de injunção decidido em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão (art. 102, II, "a").

43.10. As demais regras de competência do Poder Judiciário, não fixadas explícita ou implicitamente, no sistema da Constituição, ficam remetidas à legislação federal e estadual, inclusive de organização judiciária.

44. O *habeas data* é, substancialmente, um mandado de segurança sobre matéria específica, tratada no art. 5º, LXXII, "a" e "b". Deve-

se regular, pois, pela lei que regula o mandado de segurança, naquilo que não contrariar a Constituição. Regulado, que é, o *habeas data*, entre as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, tem aplicação imediata (§ 1º do art. 5º). Quanto à hipótese da letra "b", se não houver prova pré-constituída, só por ação própria pode ser obtida a retificação.

44.1. Quanto à competência para o processo e julgamento do *habeas data*, contém a Constituição algumas normas.

44.2. Assim, o art. 109, VIII, prevê competência dos Juizes federais para o processo e julgamento de *habeas data* contra ato de autoridade federal, excetuados os casos de competência dos tribunais federais.

44.3. O art. 108, I, "c", competência originária dos Tribunais Regionais Federais para o processo e julgamento de *habeas data* contra ato do próprio Tribunal ou de juiz federal.

44.4. O art. 105, I, "b", competência originária do Tribunal Superior de Justiça para, originariamente, processar e julgar o *habeas data* contra ato de Ministro do Estado ou do próprio Tribunal.

44.5. Ao Supremo Tribunal Federal compete, originariamente, processar e julgar o *habeas data* contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, "d").

44.6. Ainda ao Supremo Tribunal Federal, em recurso ordinário, compete julgar o *habeas data* decidido em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão (art. 102, II, "a").

45. No mais e naquilo em que não houver contrariedade à Constituição, se aplicarão as normas de legislação federal e estadual, inclusive da organização judiciária.

46. O mandado de segurança coletivo é, obviamente, uma espécie do gênero mandado de segurança.

E para o gênero há, na nova Constituição, previsão de competência originária e recursal de juízos ou tribunais.

46.1. Assim, compete ao Tribunal Superior Eleitoral julgar o mandado de segurança, em grau de recurso das decisões denegatórias dos Tribunais Regionais Eleitorais (art. 121, V), dispondo a lei complementar sobre a organização e competência dos tribunais, dos juízes e das juntas eleitorais (art. 121).

46.2. Aos juízes federais compete o processo e julgamento de mandados de segurança contra ato de autoridade federal, excetuados os casos de competências dos tribunais federais (art. 109, VIII).

46.3. Os Tribunais Regionais têm competência originária para os mandados de segurança contra ato do próprio Tribunal ou de juiz federal (108, I, "c").

46.4. Ao Tribunal Superior de Justiça o mandado de segurança contra ato de Ministro de Estado ou do próprio Tribunal (105, I, "b") e, em

recurso ordinário, os mandados de segurança decididos em única instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando denegatória a decisão (1065, II, "b").

46.5. Ao Supremo Tribunal Federal competência originária para mandado de segurança contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal (102, I, "d").

E competência recursal ordinária para os mandados de segurança denegados, em única instância, pelos Tribunais Superiores (102, II, "a").

46.6. No mais, prevalecerão as normas da legislação infraconstitucional, federal ou estadual, naquilo em que não contrariarem a CF, inclusive no âmbito da organização judiciária.

47. No âmbito do Supremo Tribunal Federal, há consideráveis alterações processuais e procedimentais, no que concerne a sua competência originária ou recursal, jurisdicional, ou política.

Dentre elas, as mais importantes dizem respeito à ação direta de inconstitucionalidade e ao recurso extraordinário, ocorrendo ainda a inovação relativa à inconstitucionalidade por omissão, à arguição de descumprimento de preceito fundamental e à ação sobre direitos e vantagens daqueles que foram cassados, por motivos exclusivamente políticos, ou tiveram seus direitos políticos suspensos.

47.1. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe processar e julgar, originariamente, a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual (art. 102, I, "a").

Quanto a isso, as inovações principais dizem respeito à legitimidade ativa, pois a propositura já não é confiada mais, apenas, ao Procurador-Geral da República, mas também ao Presidente da República, à Mesa do Senado Federal, à Mesa da Câmara dos Deputados, à Mesa da Assembléia Legislativa, a todos os Governadores de Estado, ao Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, a partido político com representação no Congresso Nacional e a confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional (103, e seus incisos).

Declarada pelo STF, em ação direta, a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, a decisão opera *ipso iure* e *erga omnes*, não dependendo de ato do Senado Federal a suspensão de sua execução, como ocorre na declaração de inconstitucionalidade feita incidentalmente (art. 53, X).

Mas, quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, ouvirá, previamente, o Advogado-Geral da União, que, conforme o disposto no § 3.º do art. 103, "defenderá o ato ou texto impugnado".

Surgem, a respeito, algumas dúvidas. O Advogado-Geral da União

terá o dever de defender o ato ou texto impugnado, de âmbito estadual, mesmo que contrarie, por exemplo, a competência legislativa ou normativa da União?

Penso que não, a menos que se haja de encarar o Advogado-Geral da União como verdadeiro Curador de atos ou leis acoimados de inconstitucionais, o que não me parece razoável.

47.2. O § 2.º do art. 103 prevê competência do STF para declarar a inconstitucionalidade por omissão, ao dizer: declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva 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. Não estabelece, porém, explicitamente as consequências para a não adoção de providências. Estas, então, serão as decorrentes do sistema constitucional.

A ação de inconstitucionalidade por omissão guardará estreita afinidade com o mandado de injunção, mas não de ser tratados como institutos diferentes, aquela, em princípio, para atacar a omissão, em tese, e este, no interesse do impetrante.

47.3. O art. 102 da nova Constituição, depois de discriminar, nos incisos I, II, e III, a competência originária, recursal ordinária e extraordinária do STF, apresenta parágrafo único, do teor seguinte: a arguição de descumprimento de preceito fundamental decorrente desta Constituição será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.

Não se contendo a norma desse parágrafo nos limites dos incisos I, II e III, poderá a lei, a que se refere, tratar de arguição de descumprimento de preceito fundamental como lhe parecer adequado, inclusive quanto à legitimidade ativa, ao processo, procedimento e eficácia do julgado.

Aludindo o dispositivo a "preceito fundamental" parece dizer mais do que simples "direito fundamental" ou "garantia fundamental".

47.4. Quanto ao recurso extraordinário para o STF, só será possível, nas 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 da própria Constituição (art. 102, III).

Limita-se, pois, a competência do STF, em recurso extraordinário, a questões constitucionais federais, perdendo o poder de indicar as causas em que cabíveis o recurso extraordinário, inclusive mediante arguição de relevância, instituto que se extingue.

47.5. Parte dessa competência passa para o Superior Tribunal de Justiça, em recurso especial, nas causas decididas em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais (que são criados) ou

pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

- a) — contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;
- b) — julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face de lei federal;
- c) — der à lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal (art. 105, III).

47.6 Diz o art. 9º das Disposições Transitórias: os que, por motivos exclusivamente políticos, foram cassados ou tiveram seus direitos políticos suspensos no período de 15 de julho a 31 de dezembro de 1969, por ato do então Presidente da República, poderão requerer ao Supremo Tribunal Federal o reconhecimento dos direitos e vantagens interrompidos pelos atos punitivos, desde que comprovem terem sido estes evitados de vício grave.

Aduz o parágrafo único que o Supremo Tribunal Federal proferirá a decisão no prazo de cento e vinte dias, a contar do pedido do interessado.

47.7. Ainda entre as Disposições Transitórias, diz o § 1º do art. 27: até que se instale o Superior Tribunal de Justiça, o Supremo Tribunal Federal exercerá as atribuições e competências definidas na ordem constitucional precedente.

47.8. Até que se instalem os Tribunais Regionais Federais, o Tribunal Federal de Recursos exercerá a competência a eles atribuída em todo o território nacional (§ 7º do art. 27 das D.T.).

É de se presumir, também, que o TFR conserve sua competência atual até a instalação do STJ. E exercerá também até lá, a competência deste.

47.9. Compete à Justiça federal julgar as ações perante ela propostas até à data da promulgação da Constituição, e aos Tribunais Regionais e ao Superior Tribunal de Justiça as ações rescisórias das decisões por ela proferidas até, então, inclusive daquelas cujas matérias tenham passado à competência de outro ramo do Judiciário (art. 27, § 10 das LT.).

48. Essas, a meu ver, em resumo, as principais inovações da Constituição, em termos de processo e procedimento, destinadas à atuação jurisdicional e também política do Poder Judiciário.

Outras poderiam ser referidas.

Mas o tempo não permite.

Nem a bondosa compreensão dos ouvintes as toleraria.

## Poder Cautelar do Juiz (Medidas Provisórias) \*

*Cavaleiros*

E. D. Moniz de Aragão

Pode-se considerar o processo das medidas cautelares como uma das mais opulentas províncias do Direito, pelo que proporciona em oportunidades de contribuir para sua realização. Nele avulta sobremaneira, mais que em outros setores, a figura do magistrado, que atua discricionariamente em decorrência da própria função jurisdicional de que está provido, ainda mesmo na ausência de norma explícita que a tanto o autorize. Assim já ensinava CHIOVENDA<sup>1</sup>, cuja lição permanece válida nos dias atuais. Tal é o cunho discricionário dessa atuação, que CALAMANDREI aproximou-a do exercício do poder de polícia.<sup>2</sup>

Por certo acontece, como nos restantes departamentos do Direito Processual, de o poder cautelar do juiz ser desempenhado a benefício dos particulares, na tutela de interesses seus. Mas essa não é a sua missão primordial, nem a mais relevante. Em inúmeros casos o magistrado age provocado pelo litigante, sim, mas com o precípuo objetivo de salvaguardar o resultado útil do processo, seja quando busca a segurança da prova, seja quando visa à da própria sentença. Por isso mesmo a tutela cautelar pode e deve ser prestada até de ofício, independente de as partes terem-na solicitado.

Esta última observação traz à lembrança o problema do chamado princípio dispositivo, a recomendar a inércia da jurisdição, que não deve mover-se sem provocação do interessado — *ne procedat iudex ex officio* — regra esta que no caso encontra obstáculo no texto do próprio Código de Processo Civil, cujo art. 797 prescreve atuação espontânea do magistrado.<sup>3</sup> Se nas medidas cautelares incidentes, isto é, determinadas no curso e na pendência de algum processo, o problema não se resente de gravidade, no caso — raro, muito raro — de não preexistir processo algum e de, por isso, a medida cautelar ser efetivamente adotada por iniciativa do magistrado, a gravidade do problema se apresenta aguda. Todavia é bastante provável que na prática forense nem chegue a acontecer.

Para que a tutela cautelar seja obtida, ou concedida, é indispensável que o postulante esteja em situação de poder reclamá-la (ou ma-

\* Palestra proferida a 29 de junho de 1990 no Centro de Estudos Jurídicos da Procuradoria Geral do Estado. O texto foi revisado e acrescido das notas de rodapé.

1. *Instituições de Direito Processual Civil*, trad. J. Guimarães Menegale, 2ª ed. bras., Ed. Saraiva, São Paulo, 1965, § 11, nº 84, E, 1/280-281.

2. *Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares*, trad. Santiago Sentís Melendo, Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1945, nº 46, pág. 140.

3. Enfatizou-o Galeno Lacerda mal o Código tornara-se lei (Processo Cautelar, Revista Forense 246/151, esp. à pág. 154).