

**CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE
PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO

CÓDIGO DE DIREITO PROCESSUAL CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

Jasminie Serrano Martinelli

Presidente Prudente/SP

2.020

**CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE
PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO

CÓDIGO DE DIREITO PROCESSUAL CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

Jasminie Serrano Martinelli

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Sérgio Tibiriçá Amaral.

Presidente Prudente/SP

2.020

CÓDIGO DE DIREITO PROCESSUAL CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

Monografia aprovada como
requisito parcial para obtenção
do Grau de Bacharel em Direito

Sérgio Tibiriçá Amaral

Daniel Colnago Rodrigues

João Pedro Gindro Braz

Presidente Prudente, 27 de novembro de 2.020.

Não subestime o poder da visão e direção.
Essas são forças irresistíveis, capazes de
transformar o que pode parecer ser
obstáculos invencíveis em caminhos
percorríveis e oportunidades de expansão.

Jordan B. Peterson

Dedico esse trabalho ao Professor Sérgio
Tibiriçá Amaral.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao meu orientador, Prof. Dr. Sérgio Tibiriçá Amaral, pela dedicação, honra e ética de trabalho e de ensino. Agradeço aos meus pais, que sempre incentivaram o estudo e a dedicação, sem medir esforços para tanto. Agradeço a todos os professores da Toledo Prudente Centro Universitário, que pelos pelas aulas sempre transmitiram conhecimento que ultrapassam as palavras dos livros. Por fim, agradeço a todos, que estiveram ao meu lado nesta trajetória, aos meus colegas de classe e, futuramente, de profissão.

RESUMO

O presente trabalho tem por escopo o estudo do desenvolvimento normativo e doutrinário do Direito Processual Constitucional e a sua regulamentação no Estado brasileiro. Definiu-se o surgimento da matéria, e suas bases de atuação, que lhe conferem um status de matéria autônoma. As bases da disciplina foram divididas em processo, ação e jurisdição constitucional. Enfatizou-se a utilidade e necessidade de sistematização do processo constitucional, ao passo que se destacou peculiaridades, dessas três bases que as diferem dos Códigos processuais do ordenamento jurídico de hierarquia infraconstitucional. Além de que, em análise profunda das ações constitucionais, buscou-se cimentar aplicabilidades diversas às garantias constitucionais em face de Tratados Internacionais, como a declaração da anticonvencionalidade das leis internas quando das sentenças proferidas pela Corte IDH, de violação de direitos humanos, através da garantia constitucional do Mandado de Injunção. Contudo, mesmo com profundos estudos e evidências da importância da ordenação do processo constitucional, para garantia dos direitos fundamentais, ainda hoje, em um Estado Democrático de Direito, são muitas as violações de direitos humanos, seja pela manutenção de uma lei incompatível ao processo democrático, seja pelo descumprimento das decisões da Corte Interamericana, que se regulamentadas por um Código de Processo Constitucional Brasileiro a sua efetiva execução no direito interno.

Palavras-chave: Direito processual constitucional; Direitos Humanos; Controle de Convencionalidade; Anticonvencionalidade; Mandado de Injunção. Código de Processo Constitucional Brasileiro.

RESUMÉN

El ámbito de este trabajo es el estudio del desarrollo normativo y doctrinal del Derecho Procesal Constitucional y su regulación en el Estado brasileño. Ha definido el surgimiento de la materia, y sus bases de acción, que le dan el estatus de materia autónoma. Las bases de la disciplina se dividieron en proceso, acción y jurisdicción constitucional. Se subrayó la utilidad y la necesidad de sistematizar el proceso constitucional, al tiempo que se destacaron las peculiaridades de estas tres bases que difieren de los códigos de procedimiento del sistema jurídico de jerarquía infraconstitucional. Además, en un análisis minucioso de las acciones constitucionales, se trató de cimentar diversas aplicabilidades a las garantías constitucionales frente a los tratados internacionales, como la declaración de la anticonvencionalidad de las leyes internas en las sentencias dictadas por el Tribunal del IDH, de las violaciones de los derechos humanos, mediante la garantía constitucional del Mandamiento Judicial. Sin embargo, incluso con estudios profundos y pruebas de la importancia del ordenamiento del proceso constitucional para garantizar los derechos fundamentales, aún hoy, en un Estado democrático de derecho, se producen muchas violaciones de los derechos humanos, ya sea por el mantenimiento de una ley incompatible con el proceso democrático, ya sea por el incumplimiento de las decisiones de la Corte Interamericana, que si se regulan por un Código de Procedimiento Constitucional brasileño, se aplicarían efectivamente en el derecho interno.

Palabras clave: Derecho procesal constitucional; Derechos Humanos; Control de la Convencionalidad; Anticonvencionalidad; Orden Judicial. Código de Procedimiento Constitucional Brasileño.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADIn – Ação Direta de Inconstitucionalidade

CF/88 – Constituição Federal de 1988

DPC – Direito Processual Constitucional

CPC*Const* – Código de Processo Constitucional

Corte IDH – Corte Interamericana de Direitos Humanos

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 O SURGIMENTO DO DIREITO PROCESSUAL CONSTITUCIONAL	15
2.2 Natureza Jurídica e Bases da Disciplina	17
2.1 Da Nomenclatura Direito Processual Constitucional	19
3 PROCESSO	22
3.1 Utilidade e Necessidade de um Código de Processo Constitucional.....	25
3.2 Do Regimento Interno Do Superior Tribunal Federal ao Normatizar Normas Processuais	27
4 AÇÕES CONSTITUCIONAIS	29
4.1 Controle de Constitucionalidade.....	30
4.1.1 Controle de Constitucionalidade Preventivo e Repressivo.....	31
4.1.2 Controle Concentrado	33
4.1.3 Controle Difuso.....	40
4.3 Habeas Data.....	41
4.4 Mandado de Injunção.....	41
4.4.1 O mandado de injunção e artigo 5º, § 2º da Constituição Federal.....	42
4.5 Ação Popular	45
4.6 Habeas Corpus.....	47
4.7 Mandado de Segurança.....	48
4.8 Outras ações Constitucionais que deveriam compor o Código de Processo Constitucional	49
4.8.1 Da ação de <i>Impeachment</i>	50
4.8.2 Da Reclamação Constitucional (RLC).....	51
4.9 Controle de Convencionalidade no direito brasileiro	52
4.9.1 Bloco de convencionalidade <i>latu senso</i>	54
4.9.2 Anticonvencionalidade	55
5 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL	59
5.1 Magistratura Constitucional	59
5.2.1 Corte Suprema Especializada	59
5.2.2 Tribunal Constitucional Autônomo.....	60
5.2.3 Tribunal Constitucional Subordinado.....	60
5.2.4 Salas Constitucionais.....	61
5.3 Da tramitação do processo perante uma Corte Constitucional	61
5.5 Das sentenças constitucionais.....	61
6. DO CÓDIGO DE PROCESSO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO	67
6.1 Da Estrutura do Código de Processo Constitucional	67
CONCLUSÃO	70
REFERÊNCIAS	73

1 INTRODUÇÃO

O ponto cardeal para compreender o resultado do Direito Processual Constitucional (doravante *DPCConst*) se faz no entrelaço entre o binômio, direitos fundamentais e processo, que para esta disciplina devem persistir interligados pelo respeito aos direitos fundamentais consagrados na Magna Carta. Em que pese a correspondência entre os objetos de estudo, esta nova disciplina configura uma matéria autônoma e deste modo, deve localizar-se no em um diploma próprio, e não nos entremeios da Constituição Federal, a qual incorpora os direitos fundamentais. A sugestão de um Código Processual Constitucional é bastante ousada para uma apreciação acadêmica de graduação, mas trata-se, segundo os estudos feitos, de uma importante contribuição doutrinária.

Dessa feita, cabe à sistematização do *DPCConst*, que tem como máxima a regulação das garantias processuais para a concretização de direitos, princípios e valores constitucionais, desempenhar este papel. Trata-se de uma pesquisa na doutrina nacional e também em estrangeira, que inicialmente utilizou-se o método histórico, a fim de demonstrar as experiências já efetivada na Argentina e Peru, por exemplo, buscou-se, ainda, uma análise histórica dessa construção, dentre a utilização de outros métodos como o dedutivo.

Para tornar eficaz a prática dos direitos e garantias fundamentais e o estudo dos instrumentos estabelecidos na Carta Magna de 1988, inicia-se um estudo doutrinário acerca da sistematização de um diploma processual constitucional que traria em voga os procedimentos necessários capazes de dar eficácia plena, às garantias constitucionalmente previstas e às ações propriamente constitucionais, de forma a integrar também o Direito Internacional amplamente, bem como seus mecanismos de exteriorização, quais sejam a Corte Interamericana de Direitos Humanos e Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

A sistemática é oportuna à medida que em âmbito legislativo há uma pluralidade crescente de normas dispersas e heterogêneas para regular as garantias constitucionais, que vão desde a Constituição até regimento interno do Supremo Tribunal Federal, passando por legislação ordinária. Desta forma existindo a

codificação no Estado, tais garantias se encontrariam claramente definidas e passíveis de aplicação de maneira a facilitar um controle entre elas.

Nessa toada os países Latino-Americanos vêm se organizando de forma a instaurar em seus ordenamentos jurídicos ensaios do Processo Constitucional, algumas ações que se traduzem em um diploma ou lei regulamentadora, juntamente com a instauração de uma jurisdição Constitucional. Destaca-se alguns exemplos, de maneira a comparar o Estado brasileiro, que apresenta um *déficit* quando da não normatização da matéria. Os únicos países que possuem um Código de Processo Constitucional são o Peru, a Bolívia e Costa Rica.

Em análise ao Direito Comparado, a fim de introduzir o presente tema e demonstrar sua relevância, destaca-se a organização processual-constitucional de alguns Estados Latino-Americanos. O Estado Costa Rica, por meio de emendas legislativas, instaurou, em 1989, em seu perímetro Salas Constitucionais, que possuem o monopólio do Controle de Constitucionalidade, e que têm como premissa respeitar o trâmite da Lei de Jurisdição Constitucional.

A Província de Entre Rios, na Argentina, por sua vez, criou uma lei de procedimentos Constitucionais da Província Entre Rios, Ley nº 8369, datada de 1990, que em um único diploma regula uma série de ações constitucionais, *v.g.* a ação de amparo, a ação de execução e a de proibição de violação de lei, o habeas corpus e o controle de constitucionalidade e inconstitucionalidade.

Na Guatemala, o sistema de justiça constitucional é regulado pela Constituição de 1985 e a sua lei simultânea normatiza as ações constitucionais de Amparo, Exposição Pessoal e Constitucionalidade (Decreto nº 1-86). O objetivo desta lei simultânea é desenvolver as garantias e defesas da ordem constitucional e os direitos inerentes ao indivíduo protegidos pela Constituição Política da República da Guatemala, as leis e as convenções internacionais ratificadas.

Ademais, no Peru, o Código de Processo Constitucional (Lei nº 28237) datado de 2004, e regula os processos constitucionais de *habeas corpus*, amparo, *habeas data*, cumprimento, inconstitucionalidade, ação popular e conflitos de competência, a fim de garantir a primazia da Constituição e a aplicação efetiva dos direitos constitucionais.

Passando para análise do caso brasileiro, objeto de estudo, em vista que no Brasil não há um clamor para a instauração de uma codificação, como há acontecido em outras latitudes, ainda existem impasses normativos os quais, deveriam sofrer um controle de constitucionalidade e convencionalidade efetivo, que poderiam ser realizados através de uma análise sistemática ao Código de Processo Constitucional (doravante *CPC^{Const}*).

Em que pese no Brasil, ter um projeto de *CPC^{Const}*, promovido pela OAB – Ordem dos Advogados do Brasil, este projeto é pouco efetivo e está tramitando no Senado há mais de 5 anos, que faz com que alguns de seus dispositivos estejam obsoletos, seja por regulação infraconstitucional por lei ordinária de ação constitucional, como é o caso da Lei 13.300, que foi sancionada em 23 de junho de 2016 – a Lei do Mandado de Injunção – seja porque o STF, já enfrentou referida questão em sede de controle concentrado.

Em que pese a tramitação deste projeto, não há ainda no Estado Brasileiro, um clamor pela instauração deste *CPC^{Const}*, sendo o primeiro indício, a própria demora de tramitação deste anteprojeto, seja pela escassa doutrina brasileira, acerca do assunto, ou até mesmo a falta do estudo desta disciplina como uma matéria autônoma nas universidades.

Fato é que recentemente, na data de 24 de novembro de 2020 o Presidente da Câmara, Rodrigo Maia, através de um ato do Presidente nomeou uma comissão de notáveis para elaboração de um anteprojeto de um Código de Processo Constitucional, considerando a necessidade de consolidação, sistematização e harmonização do regime jurídico aplicável ao processamento e ao julgamento das ações de controle abstrato de constitucionalidade, das reclamações constitucionais, do mandado de segurança, do habeas data, do mandado de injunção, e dos recursos extraordinários.

As conclusões estão em capítulo próprio no qual a autora desta apreciação acadêmica traz sua opinião de que tal código iria se tornar um instrumental importante não apenas para os controles difuso e concentrado de constitucionalidade, mas também para harmonizar o controle de convencionalidade, que pode ser feito pela Comissão IDH e a Corte de San José, mas também por qualquer juiz ou tribunal brasileiro. Uma única sistematização traria certamente muitos benefícios e também

ajudaria a difundir a checagem das normas internas diante dos tratados internacionais de direitos humanos.

2 O SURGIMENTO DO DIREITO PROCESSUAL CONSTITUCIONAL

Ab initio, é preciso buscar o marco de surgimento do Direito Processual Constitucional (doravante DPConst), sendo que, para isso é necessário se desapegar de um momento preciso, e incumbir tal feito a uma doutrina em construção e eventos desde a Carta Magna de 1215, ainda com os antecedentes da Constituição, que asseguraram o devido processo legal.

Nessa toada, não é possível destacar um momento singular da formação desta disciplina, que adiante será caracterizada, haja vista sua construção ao decorrer da estruturação do direito e da sociedade, em chamados, respingos históricos.

As primeiras ideias do DPConst, surgem no sistema do *comum law*, no final do século XVII, quando do surgimento das primeiras constituições escritas, mesmo que não houvesse o emprego do termo, mas sim de algumas de suas bases.

Ao que se tem registro, a primeira ação constitucional disciplinada fora o *habeas corpus*, cumpre então delimitar a sua origem histórica, para então concluir qual o momento de dispersão dos ideias de implementar procedimentos para efetivar as garantias constitucionais.

Nessa toada, há três momentos em discussão para a origem desta garantia constitucional, quais sejam, a primeira defende o surgimento durante a vigência do Império Romano, pelo qual todo cidadão podia reclamar a exibição do homem livre detido ilegalmente por meio de uma ação privilegiada que se chamava *interdictum de libero homine exhibendo*¹.

A segunda origem, que é a mais pacífica pelos doutrinadores, é criação da Magna Carta, foi outorgada pelo Rei João Sem Terra em 19 de junho de 1215 nos campos de Runnymede, na Inglaterra, por pressão dos barões, que trazia como obrigação de uma autoridade de apresentar o indiciado ante o juiz de direito.

Por fim, outros autores apontam a origem do *habeas corpus* no reinado de Carlos II, sendo editada a *Petition of Rights*, que culminou com o *Habeas Corpus Act* de 1679, o qual regulou com maiores detalhes o procedimento constitucional e reafirmou a tutela da liberdade individual.

¹ PACHECO, J. E. de Carvalho. *Habeas corpus*. Curitiba: Juruá, 1983. p. 16.

Cumprе ressaltar que, quanto a primeira corrente há uma deturpação ao consenti-la, pois a noção de liberdade da Antiguidade e mesmo da Idade Média em nada se assemelha com os ideais modernos de igualdade, pois, como ensina por Pontes de Miranda, naquela época, “os próprios magistrados obrigavam homens livres a prestar-lhes serviços”².

Por uma interpretação sistemática, pouco avanço fora incluído ao *Habeas Corpus Act* de 1679, que já não tivesse consagrado na Magna Carta de 1215, sendo assim, é possível enunciar este marco, como a consubstanciação do primeiro respingo histórico da disciplina, podendo como certo, chamá-lo de semente da aspersão do DPC.

Em seguida é imprescindível identificar as raízes, que solidificaram e pulverizaram o estudo do DPC, como o criação dos Tribunais Austríacos (1920), que solidificaram, a base da jurisdição constitucional. Neste sentido, destaca-se que:

Los cimientos de nuestra disciplina fueron establecidos por Hans Kelsen en su destacado artículo “La Garantía Jurisdiccional de la Constitución (La Justicia Constitucional)”, publicado en 1928, al fijar las bases de las garantías jurisdiccionales de la Constitución, hecho que lo ubica como el precursor del Derecho Procesal Constitucional³.

Neste enredo, emerge a imagem de Hans Kelsen, que foi integrante e relator permanente de dito Tribunal, haja vista no momento em questão poucos juristas dominarem o fundamento teórico do controle de constitucionalidade concentrado⁴.

Logo após, inicia-se existência de uma ciência estruturada de Direito Processual Constitucional na Europa Continental e na América Latina no período

² MIRANDA, Pontes. *Comentários à Constituição de 1946*. Rio de Janeiro: Henrique Cahem, 1946. p. 303.

³ CORADO DE PAZ, Manuel, *La codificación del derecho procesal constitucional. Luces y sombras. Reflexiones en torno al caso mexicano*, publicado em *Derecho Procesal Constitucional. Codificación Procesal Constitucional*, Diretor Científico, VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés. Pág. 277.

⁴ GARCÍA BELAUNDE, Domingo, Dos cuestiones disputadas sobre el derecho procesal constitucional, publicado em *Derecho procesal Constitucional Americano y Europeo*. Coordinador Victor Bazán, T.I. pág, 4, Editorial Abeló Perrot, Buenos Aires, Argentina, 2010.

compreendido entre os anos de 1928 a 1956, ocasião na qual se publica a obra de Héctor Fix Zamudio, definindo conceitualmente a disciplina⁵.

Nas palavras de Eduardo Ferrer Mac-Gregor:

Kelsen sembró la semilla. Alcalá-Zamora descubre el pequeño retoño. Couture, Calamandrei y Cappelletti hacen que broten sus primeras ramas. Fix-Zamudio le da la forma para convertirlo en un árbol lo suficientemente visible para que otros lo advirtieran y bajo su sombra se cobijen⁶.

Sem embargo, a definição conceitual e sistemática do DPConst corresponde aos estudos do mexicano Héctor Fix-Zamudio, que em sua tese de doutorado, denominada “*La Garantía Jurisdiccional de la Constitución Mexicana. Ensayo de una Estructuración Procesal del Amparo*”, publicada em 1955, define, estabelece os limites científicos e determina a natureza jurídica do Direito Processual Constitucional.

2.2 Natureza Jurídica e Bases da Disciplina

O objeto da disciplina direito processual constitucional é, muito provavelmente, o mais complexo e controvertido. Com efeito, a doutrina não é uníssona sequer em relação a definição do conteúdo desse ramo da ciência jurídica, sendo certo que diversos autores chegam a fazer uma distinção entre direito constitucional processual e direito processual constitucional, e colocam em xeque ainda a sua autonomia.

O conteúdo material é amplamente dividido e discutido por estudiosos sobre o assunto, como a seguir será delineado. No entanto, deveras discussões, caminham para uma mesma finalidade, conferir autonomia plena à matéria.

Nesse sentido, é vital que se delimite algumas nuances na doutrina contemporânea acerca dos elementos de formação da matéria.

⁵ FERRER MAC GREGOR, Eduardo, “El Origen Científico del Derecho Procesal Constitucional”, publicado em “La ciencia del Derecho Procesal Constitucional”, Coordenadores Eduardo Ferrer Mac Gregor e Jorge Silvero Salgueiro, p. 49, editado por Corte Suprema de Justiça del Paraguay, Assunção, fevereiro.

⁶FERRER MAC GREGOR, Eduardo, *loc cit.*

Há que se destacar que a discussão acerca de ação e direito material já fora amplamente debatida na doutrina brasileira, quando da conceituação e definição da natureza jurídica do direito de ação, para o tema do Direito Processual Civil.

Dentre as correntes que ecoaram na doutrina Brasileiro, o Código de Processo Civil adotou a teoria eclética, que é facilmente ilustrada a partir da análise do art. 5º, inc. XXXV da CF-88, que traz o direito ação de forma abstrata, *in verbis*: “XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;”.

Se até mesmo a lei geral brasileira (infraconstitucional), Lei 13.105/15, adotou tal teoria, não há o que se falar em nível constitucional em subordinação do direito de ação ao direito material, por iminência de incorrer em inconstitucionalidade todo um Código Processual em vigência.

Conceituado o direito de ação constitucional, como matéria autônoma, resta delimitar seu objeto de estudo, em vista de serem diversas as discussões doutrinárias sobre o tema, em todas as latitudes americanas.

Para Alfredo Gozaíni, jurista argentino, há três pilares que figuram o conteúdo do Direito Processual Constitucional, a saber a jurisdição constitucional, as garantias constitucionais e os processos constitucionais, que em conjunto incorporam e defendem de diversas maneiras a proteção dos direitos humanos⁷.

Em seguida, para Rubén Hernández Valle o Direito Processual compreende a magistratura e os processos constitucionais⁸.

Em terceira análise, Héctor Fix-Zamudio, o propulsor mexicano da sistematização da disciplina, sustenta a trilogia entre jurisdição, ação e processo constitucional⁹.

⁷GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo, “El Derecho Procesal Constitucional como Ciencia. Alcance y Contenidos”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo (coords.), Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho. Tomo I. Teoría general del derecho procesal constitucional, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, IMDPC, Marcial Pons, 2008, p. 746.

⁸ HERNANDEZ VALLE, Rubén. Introducción al Derecho Procesal Constitucional, México, Editorial Porrúa, 2005 p.10.

⁹ ZAMUNDIO, Héctor Fix. Alcance y Contenido del Derecho Procesal Constitucional, em Garcia Belaúnde (coord.). Em torno al Derecho Procesal Constitucional (um hecho abierto y no concluido), México, IMDPC, 2011, p.164 e 165.

Para o autor brasileiro, Paulo Roberto Figueiredo Dantas¹⁰, o processo constitucional possui quatro sustentáculos, quais sejam, jurisdição, ação, defesa e processo.

A fim de classificar e organizar o objeto do presente estudo, tem-se que em uma análise comparativa e sistemática, com a base na Teoria Geral do Processo Civil brasileiro¹¹, a característica de separação tríade das bases é a mesma defendida por Héctor Fix-Zamudio.

Assim entende-se que o direito processual constitucional brasileiro, deve ser segmentado em ações constitucionais, processo constitucional e jurisdição constitucional.

2.1 Da Nomenclatura Direito Processual Constitucional

À nomenclatura da disciplina deve ser dada a devida atenção, ao nomeá-la, é possível conferir maior autonomia ou subordinação a esta. Por exemplo alguns autores a chamam de jurisdição constitucional, por outro lado outros, a conceituam como direito constitucional processual, por sua vez também existe a nomenclatura direito processual constitucional.

Ocorre que, apesar de semelhantes as definições, estas possuem conteúdo distintos e que conforme a denominação, representará um objeto de estudo, seja como matéria subordinada ou não, conforme a expressão utilizada, assim importante é a definição e a nomenclatura da disciplina.

Pacificou-se, com estudos da doutrina, a distinção entre o direito constitucional processual e o direito processual constitucional. Para a corrente doutrinária majoritária, a primeira definição teria por objeto o estudo sistematizado do conjunto de princípios e regras de processo contido na constituição; o segundo, o estudo das normas que disciplinam a chamada jurisdição constitucional.

¹⁰ DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo, *Direito processual constitucional* – 9. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2019, p.25.

¹¹ JUNIOR, Humberto Theodoro. *Curso de Direito Processual Civil*. 50. Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009, p. 54.

Nesse sentido, por exemplo, Paulo Hamilton Siqueira Júnior¹², afirma que o direito constitucional processual “é um capítulo do direito constitucional e da teoria geral do processo”, ao passo que o direito processual constitucional, “este sim, configura-se como ramo autônomo do direito, com método e objeto de estudo próprio”.

Ainda, quanto ao termo difundido na Europa para nomear esta disciplina, qual seja Justiça Constitucional, em tradução livre, tampouco se adequa ao objeto de estudo delineado, assim:

Justicia Constitucional o Jurisdicción Constitucional, sin embargo, la distinción va más allá de la simple referencia terminológica, trasciende incluso a su ubicación y contenido, pues en el caso europeo se considera parte de la ciencia constitucional, mientras que en el nuestro se pugna por su autonomía científica, a través de dos perspectivas: i) la autonomía mixta, cuyo desarrollo debe partir de los principios, instituciones, conceptos, métodos y estructuras del derecho procesal y del derecho constitucional; y ii) la autonomía procesal, que parte, exclusivamente, del derecho procesal, sin que esto sea óbice para un acercamiento al derecho constitucional¹³.

Na mesma toada é a lição do de Cândido Rangel Dinamarco, para quem o direito processual constitucional é composto pela tutela constitucional do processo, de forma que o define como:

O conjunto de princípios e garantias vindos da constituição, tais como as garantias da tutela jurisdicional, do devido processo legal e do contraditório, além da denominada jurisdição constitucional das liberdades, composta, em sua definição, pelo arsenal de meios predispostos pela constituição para maior efetividade do processo e dos direitos individuais e grupais¹⁴.

Ao ensejo da conclusão desse item, com base nas definições apresentadas, tem-se que a terminologia Direito Processual Constitucional, é a nomenclatura adequada a ser utilizada, tendo em vista que representa a disciplina como uma matéria autônoma a qual possui própria natureza jurídica e objeto de estudo próprio, ao passo que se depreende que o direito constitucional processual, e

¹² JÚNIOR, Paulo Hamilton Siqueira. Direito processual constitucional. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 84.

¹³ CORADO DE PAZ, Manuel, La codificación del derecho procesal constitucional. Luces y sombras. Reflexiones en torno al caso mexicano, publicado em Derecho Procesal Constitucional. Codificación Procesal Constitucional, Diretor Científico, VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés. Pág. 277.

¹⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel, Instituições de direito processual civil. 9. ed., rev. e atual., segundo o novo Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 2017, v. 1, p. 120.

a jurisdição constitucional, correspondem às bases que compõem o Direito Processual Constitucional, sendo portanto matérias subordinadas à esta.

Consoante com a divisão apresentada, bem como, estabelecido o *nomen iuris* da matéria, passa-se à separação e aclaração entre processo constitucional, ações constitucionais e jurisdição constitucional, vez que à medida em que se completam passam a consolidar as nuances da matéria.

3 PROCESSO

A definição de processo está ligada a suscetíveis atos preordenados que visam um fim, qual seja a resolução do mérito por meio de sentença. A conceituação é esboçada por Couture, elenca que em uma noção comum e genérica a palavra processo bem se relaciona com progresso, transcurso de tempo que visa ir além, desenvolvimento¹⁵.

Como se observa com a breve cognição supramencionada, o processo constitucional, muito se assemelha aos demais processos encontrados no ordenamento jurídico brasileiro, aplicando-se os princípios do devido processo legal, ampla defesa e contraditório substancial.

A diferença se dá quando da análise de alguns princípios norte processuais, como o princípio do contraditório, vital para o processo civil, que no processo constitucional não se aplica com tanta intensidade¹⁶, pois no trâmite de um processo constitucional o juiz não deve permanecer ligado à fatos e fundamentos jurídicos alegados pelas partes, mas sim, deve se basear em normas constitucionais e convencionais.

Segundo Pablo Dário Bernié, o âmbito processual constitucional, convida-nos ainda, a refletir sobre modernos paradigmas, como a congruência do pedido e do resultado, para o DPC não é o mesmo, vez que pode-se resolver outro ponto que não o solicitado, se com ele se obtém melhor resultado de solução à problemática; também se aplica o mencionado a questões de legitimidade, que já não é tão específica, pois a sentença pode não alcançar somente os litigantes, quando a defesa dos interesses difusos absorvem diferentes tipos de resposta que excedem um marco pontual; ainda pode haver variabilidade em torno da via recursiva; por citar alguns¹⁷.

Destarte a semelhança de teor entre o processo constitucional e os demais processos do ordenamento jurídico, por ambos apresentarem normas

¹⁵ COUTURE, Eduardo, Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Edit. Depalma, Buenos Aires, ano de 1981, p.121.

¹⁶ BERNIÉ, Pablo Dario Vilalba, Derecho Procesal Constitucional, contenidos esenciales, Colômbia. Ed. Nueva Jurídica, 2019, pág. 58.

¹⁷ BERNIÉ, *loc. cit.*

procedimentais para regular o direito material, há grandes diferenças no sentido de aplicação destes procedimentos.

Quando se fala em processo constitucional, o objeto é sistematizar a aplicação e efetivação de direitos fundamentais, que por sua vez são líquidos e certos, sendo a maior prova de sua existência sua normatização na Constituição Federal ou em Tratados Internacionais que os regulam. Assim, ao inferir, o magistrado, que é verdadeiro o alegado, deve levar em consideração se a relação produzirá efeitos *inter partes* ou *erga omnes*.

Dessa forma destaca-se que o processo é o instrumento instituído pelo Estado para viabilizar o exercício da função jurisdicional, de forma que, através da exercício do processo, iniciado pelo direito de ação, que o cidadão se vale do Poder Judiciário para efetivar seus direitos e garantias constitucionais que lhe são assegurados pela Constituição, e que por outra face é o processo o veículo para o exercício do direito de ação que o judiciário poderá realizar o controle de constitucionalidade.

Inclusive, para Paulo Roberto Figueiredo Dantas, observando as cartas magnas da grande maioria das civilizações ocidentais, é perceptível que continham em seu corpo – algumas mais, outras menos – normas de cunho processual, destinadas, sobretudo, a dar efetividade aos direitos e garantias constitucionais, sendo esta uma tendência que surgiu com o fenômeno do constitucionalismo e a criação dos chamados Estados modernos¹⁸.

Não diferente, na Constituição de 1988 brasileira há diversas normas de cunho processual-material v.g. o art. 5º, quando delimita os direitos e garantias fundamentais, traça uma relação de princípios constitucionais processuais, como, por exemplo, os do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, ainda, apresenta como uma regra-matriz constitucional os remédios constitucionais, a saber: mandado de segurança individual, mandado de segurança coletivo, habeas corpus, habeas data, mandado de injunção individual, mandado de injunção coletivo e ação

¹⁸ DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo, Direito processual constitucional – 9. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2019, pág. 27.

popular – que são ações propriamente constitucionais¹⁹ e do controle concentrado de constitucionalidade.

Ademais, o Poder Judiciário tem suas principais regras fixadas pelo próprio texto constitucional, constando, todos os órgãos de composição deste poder. Por mais, consta-se nesta norma-matriz as competências de quase todos os órgãos jurisdicionais, com exceção dos tribunais e juízes eleitorais, juizados especiais e dos Estados.

Assim, em face do conteúdo híbrido da CF-88 é que se faz necessária a devida divisão dos conteúdos em dois diplomas, em vista das diferenças de aplicabilidade de cada um deles.

O conteúdo material tem natureza declaratória, ou seja, tem por objetivo a positivação dos direitos fundamentais, por outro lado, a norma de cunho processual, tem natureza executória/assecuratória, na hipótese de descumprimento das normas positivas e afirmativas asseguradas pelo direito material é que passa a se exercer as a matéria executória, representadas pelas garantias.

Para a declaração dos direitos positivados não é necessário, muito mais que um artigo, na Constituição, respeitado os trâmites formais para normatização. No entanto para a eficácia das garantias se faz necessária a regulação de normas processuais complementares, em vista da sua eficácia limitada, que são feitas por meio de leis ordinárias.

Com o advento da CF-88, chamada de Constituição garantista, muitas dessas normas assecuratórias, tiveram sua devida regulação, o que resultou em leis esparsas e que, por vezes demoraram mais de dezesseis anos para terem sua regulação efetiva, o que incorre em grave atentado contra a democracia, pois mesmo positivadas, as garantias constitucionais não estavam estas aptas a surtirem efeitos.

Resta evidente que, apesar das correspondências, o processo constitucional tem relevância e utilidade ao ordenamento jurídico brasileiro, pois tem como escopo regular as peculiaridades que cada ação constitucional possui, na ocasião de sua aplicação.

¹⁹ As implicações e funcionamento destas ações constitucionais serão estudadas no Capítulo 4, páginas 28-47.

3.1 Utilidade e Necessidade de um Código de Processo Constitucional

Tecidas as considerações necessárias acerca do processo, a Codificação Processual Constitucional é o instrumento adequada não só como uma forma de organizar e reunir, todas as ações propriamente constitucionais, como também as garantias, mas também é um mecanismo que, conforme será delineado adiante, tem o condão de garantir eficácia e aplicabilidade ampla dos direitos fundamentais, portanto é este o entendimento acerca desta disciplina:

El tratamiento normativo orgánico y sistematizado de las reglas que disciplinan los distintos procesos y recursos constitucionales, así como las concernientes a la magistratura constitucional. La codificación propone dar una estructura concentrada a normas de distinto nivel, generalmente dispersas, sancionadas sin plan prefijado, elaboradas a borbotones y en distintas épocas, desde luego que – también – por distintos legisladores²⁰.

Na opinião de Sergio Díaz Ricci, a falta de organização e sistematização de um CPCConst, *“no solo genera graves dificultades conceptuales sino además provoca desconcierto en los tribunales que deben aplicarlas, esta realidad era una manifestación de la debilidad de la consciencia constitucional de nuestros pueblos”*²¹.

Em atenção à tendência das constituições modernas, que configura em sua estrutura diversas normas de caráter processual princípios constitucionais, para avaliar a utilidade e necessidade de um CPCConst, é preciso definir, *in literis*, a que correspondem esses termos.

A fim de determinar se um Código Processual Constitucional é viável e, por sua vez, necessário no Brasil, é primeiro importante determinar a acepção dos termos viabilidade e necessidade. Assim, viabilidade²² é a qualidade do que é viável, daquilo que pode ser realizado, desenvolvido, e necessário²³, caracteriza Impossível de ser dispensado, aquilo que não se consegue evitar; inevitável.

²⁰ SAGÜÉS, Néstor Pedro, *La Codificación del Derecho Procesal Constitucional*. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5109789.pdf>. Acesso em: 27/09/2020.

²¹ DÍAZ RICCI, Sergio, Necesidad de un Código Procesal Constitucional, disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/344/10.pdf>

²² VIÁVEL. Dicionário Eletrônico Michaelis. Disponível em: <http://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/>. Acesso em: 13 setembro, 2020.

²³ NECESSÁRIO. Dicionário Eletrônico Michaelis. Disponível em: <http://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/>. Acesso em: 13 setembro, 2020.

Entre estas virtudes, Sergio Díaz Ricci salienta que:

A existência de uma única lei aplicável por los distintos tribunales, no sólo elimina la dispersión normativa sino evita las contradicciones que se pueden incurrir. En segundo lugar, se establece un régimen unificado que trasunta los principios propios de la juridicidad constitucional, a modo de guías orientadoras del accionar del juez. En tercer lugar, es una llama de atención a la conciencia del tribunal, pues este nuevo marco regulatorio constituye un escenario diferente, distinto del que habitualmente actúa el magistrado, que le revela cuál es el rol que ahora debe protagonizar: el de defensor de la Constitución y cómo debe hacerlo: sometido a las reglas y principios de la materia constitucional²⁴.

A este respeito, Eduardo Andrés Velandia Canosa afirma que:

Un código procesal constitucional nos brindaría unidad de materia, lo cual a su vez consolidaría la dogmática del derecho procesal constitucional, ya que nos permitiría diferenciarlo de los demás, lo cual a su vez permitiría que se identificara con precisión la labor, límites y estructura de la jurisdicción constitucional, la cual en algunos casos pareciera ser invisible y por lo mismo inaplicable por los jueces²⁵.

Nesse sentido, a sistematização de um Código de Processo Constitucional traria uma unidade de matéria, que permitiria, o fácil acesso às normas constitucionais, e portanto a sua aplicação processual, além de clarear aos juízes de direito comuns, a aplicabilidade destas normas, que por vezes se fazem invisíveis e portanto inaplicáveis pela jurisdição ordinária.

O Brasil, por possuir uma Constituição rígida, e que, portanto, prescinde o controle de constitucionalidade, para garantir a eficácia dos ditames constitucionais,

²⁴ DÍAZ RICCI, Sergio, "Un Código Procesal Constitucional y Algunos Problemas de la Jurisdicción Constitucional en Argentina", en Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, Madrid, 2005, p. 81. Tradução para o português: A existência de uma única lei aplicável pelos diferentes tribunais, não só elimina a dispersão normativa, mas também evita as contradições que possam surgir. Em segundo lugar, é estabelecido um regime unificado que transcreve os princípios da legalidade constitucional como directrizes para as acções do juiz. Em terceiro lugar, é um alerta para a consciência do tribunal, uma vez que este novo quadro regulamentar constitui um cenário diferente, diferente daquele em que o juiz normalmente actua, o que lhe revela o papel que deve agora desempenhar: o de defensor da Constituição e como o deve fazer: sujeito às regras e princípios da matéria constitucional

²⁵ VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés, "Codificaciones Procesales y el Código Procesal Constitucional Modelo", en Velandia Canosa, Eduardo Andrés (coord.), Derecho Procesal Constitucional, Tomo I, Volumen II, Bogotá, Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional, VC Editores, 2011, p. 54. Tradução para o português: um código processual constitucional dar-nos-ia unidade de matéria, o que por sua vez consolidaria o dogma do direito processual constitucional, uma vez que nos permitiria diferenciá-lo dos outros, o que por sua vez nos permitiria identificar com precisão o trabalho, os limites e a estrutura da jurisdição constitucional, que em alguns casos parece ser invisível e, portanto, inaplicável pelos juízes.

tem-se que o Código de Processo Constitucional é viável e possui ampla utilidade, principalmente para estabelecer limites à Corte Constitucional, bem como garantir a sistematização processual e adequada das ações propriamente constitucionais.

3.2 Do Regimento Interno Do Superior Tribunal Federal ao Normatizar Normas Processuais

O Regimento Interno do STF, envolve diversas normas processuais, de acordo com o julgamento da ADI 1.015 MC, rel. min. Paulo Brossard, j. 3/8/1994, estabeleceu o precedente de que:

O regimento interno dos tribunais é lei material. Na taxinomia das normas jurídicas o regimento interno dos tribunais se equipara à lei. A prevalência de uma ou de outro depende de matéria regulada, pois são normas de igual categoria. Em matéria processual prevalece a lei, no que tange ao funcionamento dos tribunais o regimento interno prepondera. Constituição, art. 5º, LIV e LV, e 96, I, a.

Ademais, o recente entendimento da Corte Constitucional, no julgamento do HC, 143.333, rel. Min. Edson Fachin, julgado em 12 de abril de 2018 e publicado no DJE em 21 de março de 2019, que ratificou o precedente acima exposto:

Os regimentos internos dos Tribunais, editados com base no art. 96, I, a, da Constituição Federal, consubstanciam normas primárias de idêntica categoria às leis, solucionando-se eventual antinomia não por critérios hierárquicos mas, sim, pela substância regulada, sendo que, no que tange ao funcionamento e organização dos afazeres do Estado-Juiz, prepondera o dispositivo regimental.

Em que pese a jurisprudência pacificada de que os regimentos internos são direcionados para a organização administrativa e procedimental *latu senso* dos tribunais, não devendo transpor o limite material ao normatizar normas processuais, que são reguladas, de acordo com o art. 24, da Constituição Federal, a União, os Estados e o Distrito Federal têm competência concorrente para legislar sobre procedimentos em matéria processual (inciso XI).

Em análise a competência legislativa dos órgãos judiciais, através do Regimento Interno, J. Cretella Junior aduz que:

O Regimento Interno, que é lei material dos tribunais, estabelecerá seu regime jurídico-administrativo, quanto às funções processuais e as funções administrativas. Quanto às normas processuais, os tribunais são obrigados a transpô-la para o regimento respectivo, não podendo nenhuma inovação a respeito²⁶.

Partindo dessa premissa se entende que o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, estende-se além dos limites atribuídos pela Constituição Federal de 1988. Não tendo competência originária para inovar em matéria constitucional, tampouco ir de encontro com o Código de Processo Civil.

Ocorre que o regimento interno do Supremo Tribunal Federal possui autonomia para disciplinar seu regulamento interno, sua forma administrativa, entretanto, conforme apontado, no trâmite desta normatização, dever-se-á considerar as restrições impostas pela Constituição Federal de 1988 (art. 96, inc. I, alínea “a”).

Porquanto, exista hierarquia entre normas processuais e normas regimentais, o entendimento do Supremo Tribunal Federal é em sentido diverso, razão pela qual as alternativas quanto à possibilidade de impugnação a eventual ofensa destes, resta extremamente reduzida.

Nessa senda, caberia ao Código de Processo Constitucional, ao recepcionar as leis infraconstitucionais e o Regimento Interno do STF, e em seguida, realizar o controle de constitucionalidade, verificar estes dispositivos que ferem diretamente os limites formais de competência da Constituição, e não recepcioná-los, cabendo ao Poder Legislativo, que detém originalmente o poder de legislar, incorporá-los, não infringindo o art. 24, da CF-88.

²⁶ CRETELLA, José Junior, *Comentários à Constituição 1988*, p. 3033/4

4 AÇÕES CONSTITUCIONAIS

As ações constitucionais são assim denominadas, pois são nascidas embrionariamente nas várias versões da Magna Carta desde 1215 e outros *bills* da Inglaterra, surgiram apenas no século XVIII, ou seja, nas revoluções da França e dos Estados Unidos da América do Norte, como garantias dos direitos. Dessa forma configuram-se como propriamente constitucionais, sendo, normas imperativas cujo objeto jurisdicional é a proteção dos direitos fundamentais²⁷.

As ações constitucionais estão inteiramente ligadas à expansão da jurisdição da Constituição, ao passo que é necessário um judiciário para aplicar ditas ações,

Nessa toada, cabe a ação constitucional exercer uma função de anti-inércia do judiciário, enquanto a parte pode expor suas preocupações, pretensões ao judiciário, e que ao fazê-lo poderá destacar irregularidades no diploma na aplicação dos direitos fundamentais.

Para tanto, é preciso concordar com Velandia Canosa que direito de ação possui três características: a) a de ativar a função jurisdicional; b) dita função sempre implica o desenvolvimento de um processo e c) o objetivo é obter uma sentença de mérito²⁸.

No entanto algumas características do direito de ação, são peculiares ao Direito Processual Constitucional, como por exemplo a abrangência da sentença, que pode ter efeito *erga omnes*. Como ressalta Pablo Dario Bernié, a evidente expansão do interesse da causa, provoca a imperiosa necessidade de ampliar as fronteiras de legitimidade para propor a ação²⁹.

Desta feita, passa-se à análise de algumas ações constitucionais presentes no ordenamento jurídico brasileiro.

²⁷ ALFONSO MORENO, Rene. Aproximación la codificaciones procesal constitucional. Disponível em: VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés (diretor científico). Tendencias contemporáneas del derecho procesal, Bogotá: Universidad Libre, 2018, p. 120.

²⁸ VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés, *La justicia Constitucional y su modelo transnacional*, publicado em *Derecho Procesal Constitucional*, Dir. Eduardo Velandia Canosa, Tomo III, Vol. I, p. 110, Bogotá, Colômbia, 2012.

²⁹ BERNIÉ, Pablo Dario Vilalba, *Derecho Procesal Constitucional, contenidos esenciales*, Colômbia. Ed. Nueva Jurídica, 2019, pág. 74.

4.1 Controle de Constitucionalidade

Como ponto de partida corresponde esclarecer que, por um lado o Controle de Constitucionalidade dá vida à Constituição, esta gira e se nutre em torno deste mecanismo, cuja principal característica é de construir uma ordem implícita ligada à casuística judicial e extrajudicial. Por outro lado, o controle de constitucionalidade gravita em torno das normas infraconstitucionais, de forma a exercer análise dos postulados constitucionais que atuam como fontes das demais leis, sendo uma garantia da unidade do sistema.

O controle de constitucionalidade no modelo brasileiro não foi uma inovação trazida pela Constituição de 1988, mas sim um instrumento utilizado desde a Constituição Republicana de 1891, que, no entanto, ganhou maior autonomia de aplicação no atual diploma, como explica o Ministro do Supremo Tribunal Federal brasileiro, Luís Roberto Barroso:

No Brasil, o controle de constitucionalidade existe, em molde incidental, desde a primeira Constituição republicana, de 1891. Por outro lado, a denominada ação genérica (ou, atualmente, ação direta), destinada ao controle por via principal – abstrato e concentrado –, foi introduzida pela Emenda Constitucional n. 16, de 1965, que atribuía a legitimação para sua propositura exclusivamente ao Procurador-Geral da República. Nada obstante, a jurisdição constitucional expandiu-se, verdadeiramente, a partir da Constituição de 1988. A causa determinante foi a ampliação do direito de propositura no controle concentrado, fazendo com que este deixasse de ser mero instrumento de governo e passasse a estar disponível para as minorias políticas e mesmo para segmentos sociais representativos³⁰.

Em tratando-se de controle de constitucionalidade, o norte do estudo está atrelado à Supremacia da Constituição sobre o ordenamento jurídico e, também, à rigidez constitucional e proteção dos direitos fundamentais, cuja estrutura kelseniana, reproduz um escalonamento normativo³¹.

A existência deste escalonamento normativo é pressuposto para a supremacia constitucional, de forma que da ocupação constitucional de posição hierarquicamente superior do sistema normativo, o legislador encontrará diretrizes de

³⁰ STF - AI 829.714 AgR, rel. min. Roberto Barroso, j. 26-11-2013, 1ª T, DJE de 3-2-2014

³¹ Conferir a esse respeito: MORAES, Alexandre de. Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003

a forma de elaboração legislativa e o conteúdo³², ao passo que, nas constituições rígidas, verifica-se a superioridade da norma magna em relação àquelas produzidas pelo Poder Legislativo, no exercício da função legiferante ordinária³³.

Alessandro Pizzorusso aponta a finalidade de controle de constitucionalidade, como a proteção dos direitos fundamentais, afirmando que, na organização da justiça constitucional italiana, apesar da inexistência de procedimentos específicos, como o recurso de amparo, ou a *Verfassungsbeschwerde* alemã, o controle desenrola-se nos próprios processos ordinários civis, penais ou administrativos de forma incidental, pela remessa dos autos à Corte Constitucional, concebido para resolver uma questão prejudicial para a decisão do procedimento em curso, garantindo-se, igualmente, a supremacia dos direitos constitucionalmente protegidos³⁴.

Por conseguinte, a fim de conservar a rigidez constitucional em contrapeso ao poder constituinte do Estado, a Constituição Federal Brasileira, regula instrumentos auto executáveis para manutenção da ordem desta.

Desta feita, neste ponto torna-se imperioso destacar modelos de controle de constitucionalidade no diploma brasileiro, qual seja o controle preventivo e o controle repressivo, bem como o controle difuso e o controle concentrado.

4.1.1 Controle de Constitucionalidade Preventivo e Repressivo

O controle de Constitucionalidade no Brasil, pode se dar em dois momentos, de maneira repressiva ou preventiva. O Controle de Constitucionalidade Preventivo, é uma checagem feita ainda durante o processo legislativo, buscando evitar que uma norma se transforme em lei trazendo o vício da inconstitucionalidade³⁵.

O princípio da legalidade e o processo legislativo constitucional são decorrentes da atuação mútua de ambos; dessa forma, para que qualquer espécie

³² MORAES, Alexandre. Direito constitucional – 36. ed. – São Paulo: Atlas, 202, pág. 756.

³³ Maurice Hauriou apontava em 1927 a necessidade de consagração de sistemas de controle de constitucionalidade na França (*Derecho público y constitucional*. 2. ed. Madri: Reus, 1927. p. 159).

³⁴ PIZZORUSSO, Alessandro. *Tribunales constitucionales...* Op. cit. p. 238

³⁵ MORAES, *loc.cit.*

normativa ingresse no ordenamento jurídico, deverá submeter-se ao procedimento formal previsto constitucionalmente.

Em análise a este procedimento, é possível vislumbrar duas hipóteses de controle preventivo de constitucionalidade, que buscam evitar, em suma, o ingresso no ordenamento jurídico de leis inconstitucionais: as comissões de constituição e justiça e o veto jurídico.

Sendo assim, esta espécie de controle se dá, pelo Legislativo através das Comissões de Constituição de Justiça, e pelo Executivo, quando no exercício do veto jurídico, consubstanciado em dispositivo constitucional, art. 66,§1º, em que o Presidente da República, no exercício de suas atribuições, poderá vetar o projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional por entendê-lo inconstitucional.

O Controle de Constitucionalidade Repressivo, pode ser exercido pelo Legislativo, sendo esta a via de exceção através da elaboração de Medidas Provisórias (art. 63, § 5º) ou por Delegação (art. 49, V), ou ainda, como é a regra do controle repressivo e objeto do presente estudo, este pode ser exercido pelo judiciário, através das ações constitucionais.

Vale ressaltar que no Brasil, o controle de constitucionalidade repressivo judiciário é misto, ou seja, é exercido tanto da forma concentrada, quanto da forma difusa.

O art. 102, I, a, da CF afirma competir 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 e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal.

Por sua vez, o art. 97 estende a possibilidade do controle difuso também aos Tribunais, estabelecendo, porém, uma regra, ao afirmar que somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público³⁶.

³⁶ STF - Rcl 24.284 AgR, rel. min. Edson Fachin, j. 22-11-2016, 1ª T, DJE de 11-5-2017.

São várias as espécies de controle concentrado protegidas pela Constituição Federal: ação direta de inconstitucionalidade genérica (art. 102, I, a); ação direta de inconstitucionalidade interventiva (art. 36, III); ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º); ação declaratória de constitucionalidade (art. 102, I, a, *in fine*; EC nº 03/93); arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, § 1º).

Isto posto, passa-se à análise do controle de constitucionalidade através das ações constitucionais que efetivam o constitucionalidade concentrado.

4.1.2 Controle Concentrado

O controle concentrado de constitucionalidade tem previsão constitucional no art. 102, inc. I, “a”, na Lei 9868/99 e no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, artigos 169 a 178, e é exercitado através de duas ações, quais sejam, a ação direta de inconstitucionalidade, sendo esta genérica ou por omissão, e a ação direta de constitucionalidade.

A denominação de “controle concentrado” advém da forma e exercício destas ações que se configuram de maneira concentrada, ao passo que ambas possuem competência originária para proposição o Supremo Tribunal Federal.

A importância de exercer o controle de constitucionalidade, se traduz a partir da concepção de que a Constituição se converte em um instrumento dinamizador e de fortalecimento dos direitos fundamentais, que por sua vez consolidam os direitos humanos positivados, no denominado Marco Constitucional, transformando a Magna Carta em uma norma exigível judicialmente e de cumprimento obrigatório³⁷.

Deste contorno, é possível extrair as principais funções e conseguintes objetos do Controle de Constitucionalidade, que pode ser exercido no Brasil, de forma concentrada, através das ações propriamente constitucionais.

As ações propriamente constitucionais, por sua vez, podem ser ajuizadas, contra atos positivos e negativos do legislador, assim há no ordenamento

³⁷ BERNIÉ, Pablo Dario Villalba. Derecho Procesal Constitucional – Contenidos Essenciales – Tercera Reimpresão. Bogotá, Colômbia, 2019, pág. 113.

jurídico brasileiro quatro ações propriamente constitucionais são estas: Ação Direita de Inconstitucionalidade; Ação Direita de Inconstitucionalidade por Omissão; Ação Direta de Constitucionalidade; e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

Dentre as limitações do exercício do controle de constitucionalidade, tem-se que as cláusulas pétreas não podem ser invocadas para sustentação da tese da inconstitucionalidade de normas constitucionais originárias inferiores em face de normas ou princípios constitucionais superiores, porquanto a Constituição as prevê apenas como limites ao Poder Constituinte derivado reformador, não partilhando da própria produção originária³⁸. Assim, não haverá possibilidade de declaração de normas constitucionais originárias como inconstitucionais.

4.1.2.1 Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADIN (art. 102, inc. I, “a”)

Destarte, o ordenamento jurídico brasileiro contemplar a conduta negativa do legislador originário, sendo esta atacada pela ação direta de inconstitucionalidade por omissão, portanto, a incompatibilidade entre a conduta positiva exigida pela constituição e a conduta negativa do Poder Público omissor configura-se na chamada inconstitucionalidade por omissão³⁹.

A ação direta de Inconstitucionalidade (doravante ADIN), tem como objetivo, o exame de lei ou ato normativo, que esteja em dissonância ao consubstanciado na Magna Carta, com sua consequente a invalidação.

A principal matéria que está em xeque, é a verificação de constitucionalidade da norma, sem que para isso, seja necessário um caso concreto, como ocorre no controle difuso.

Quando a circunstância evidenciar que o ato encerra um dever-ser e veicula, em seu conteúdo, enquanto manifestação subordinante de vontade, uma

³⁸ STF – Pleno – Adin nº 815-3, Rel. Moreira Alves, *Diário da Justiça*, Seção I, 10 maio 1996, p. 15.131, onde se salienta que: “a tese de que há hierarquia entre normas constitucionais originárias dando azo declaração de inconstitucionalidade de umas em face de outras é impossível com o sistema de Constituição rígida”.

³⁹ RAMOS, Dirceo Torrecillas. O controle de constitucionalidade por via de ação. São Paulo: Angelotti, 1992. p. 100.

prescrição destinada a ser cumprida pelos órgãos destinatários, deverá ser considerado, para efeito de controle de constitucionalidade, como ato normativo⁴⁰.

Dessa forma, conforme decidiu o Supremo Tribunal Federal:

A ação direta de inconstitucionalidade não constitui sucedâneo da ação popular constitucional, destinada, esta sim, a preservar, em função de seu amplo espectro de atuação jurídico-processual, a intangibilidade do patrimônio público e a integridade da moralidade administrativa (CF, art. 5º, LXXIII). A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem ressaltado que atos estatais de efeitos concretos não se expõem, em sede de ação direta, à jurisdição constitucional abstrata da Corte.

A competência originária, para julgar esta ação é do Supremo Tribunal Federal, que de acordo com o art. 102 da Constituição Federal, é o órgão responsável por processar e julgar a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual.

O rol de legitimados que podem propor esta ação constitucional, é taxativo e está disposto no art. 103, CF (I a IX), sendo estes: o Presidente da República, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa do Senado Federal, as Mesas das Assembleias Legislativas, os Governadores de Estado, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da OAB, partidos políticos com representação no Congresso Nacional e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Quanto ao objeto da ação constitucional cabe destacar que é possível declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal, estadual ou distrital, no exercício de competência equivalente à dos Estados-membros (cf. item 10.2.5), editados posteriormente à promulgação da Constituição Federal (cf. item 10.2.6) e que ainda estejam em vigor.

Neste íterim, ressalta-se que há um limite material da ação de inconstitucionalidade para normas constitucionais, vez que não se pode invocar uma cláusula pétrea, para derrogar uma norma constitucional, ou seja, não há possibilidade

⁴⁰ Cf. NEVES, A. Castanheira. O problema da constitucionalidade dos assentos. Coimbra: Coimbra, 1994.

de exercer o controle de normas constitucionais originárias inferiores em face de normas ou princípios constitucionais superiores⁴¹.

A finalidade da ação direta de inconstitucionalidade, portanto, é retirar do ordenamento jurídico lei ou ato normativo incompatível com a ordem constitucional. Para a existência do controle, pressupõe-se um ato positivo do Legislador, porém desconexo com os preceitos fundamentais.

Entende-se também que a ação direta de inconstitucionalidade não tem o poder de retirar do ordenamento jurídico a norma contrária à Constituição, automaticamente, para tanto seria necessário um ato do Legislativo. O julgado do Supremo Tribunal Federal apenas tem o condão de apontar a inconstitucionalidade.

4.1.2.2 Ação Declaratória de Constitucionalidade – ADECON (art. 102, I, a, *in fine*; EC nº 03/93)

A ação direta de constitucionalidade, introduzida pela emenda Constitucional nº 3, de 17/03/1993, insere no ordenamento jurídico constitucional e, que posteriormente sofreu alterações com a Emenda Constitucional nº 45/04, a ação declaratória de constitucionalidade, que consiste em um processo objetivo destinado a afastar a insegurança jurídica ou o estado de incerteza sobre a validade de lei ou ato normativo federal, busca, portanto, preservar a ordem jurídica constitucional.

O imperativo que rege as normas infraconstitucionais, as quais se questiona a constitucionalidade é a presunção desta. Ocorre que esta presunção é relativa, vez que poderá ser afastada, tanto pelos órgãos do Poder Judiciário, por meio do controle difuso de constitucionalidade, quanto pelo Poder Executivo, que poderá esquivar-se de cumprir determinada norma legal por concluir por inconstitucionalidade.

Os legitimados a propor esta ação estão expostos, também no artigo 103, da Constituição Federal, coube, porém à lei infraconstitucional, Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, estabelecer o procedimento da ação declaratória de

⁴¹ STF – Pleno – Adin nº 815-3, Rel. Moreira Alves, *Diário da Justiça*, Seção I, 10 maio 1996, p. 15.131, onde se salienta que: “a tese de que há hierarquia entre normas constitucionais originárias dando azo à declaração de inconstitucionalidade de umas em face de outras é impossível com o sistema de Constituição rígida”

constitucionalidade, seguindo os preceitos básicos fixados pelo Supremo Tribunal Federal⁴².

Importante destacar que declarada a constitucionalidade de uma lei ou ato normativo federal em ação declaratória de constitucionalidade, não há a possibilidade de nova análise contestatória da matéria, sob a alegação da existência de novos argumentos que ensejariam uma nova interpretação no sentido de sua inconstitucionalidade⁴³.

Por fim, destacou o Supremo Federal que o motivo impeditivo dessa nova análise se faz pois no momento em que se analisa concentradamente a constitucionalidade das leis e atos normativos, não o Supremo não se vincula tão somente à causa de pedir, tendo, pois, cognição plena da matéria, examina e esgota todos os seus aspectos constitucionais⁴⁴.

4.1.2.3 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF (art. 102, § 1º)

A arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (doravante ADPF), está regulada no artigo 102, § 1º, da Constituição Federal, e o Congresso Nacional editou a Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999, em complementação, tornando-a integrante controle concentrado de constitucionalidade brasileiro.

O objeto da arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental constitui na análise de norma constitucional de eficácia limitada, que depende de edição de lei, sendo cabível para evitar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público; para reparar lesão a preceito fundamental resultante de ato do Poder Público e quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição.

Os legitimados ativos, são os mesmos colegitimados para propositura da ação direta de inconstitucionalidade (CF, art. 103, I a IX). Os efeitos da decisão,

⁴² Voto do Ministro-Relator Moreira Alves, na Ação declaratória de constitucionalidade nº 1-1/DF.

⁴³ MORAES, Alexandre, Direito constitucional – 36. ed. – São Paulo: Atlas, 2020, pág. 791.

⁴⁴ STF – Agravo de Instrumento nº 174.811-7/RS – Rel. Min. Moreira Alves, Diário da Justiça. Seção I, 2 maio 1996, p. 13.770.

são quanto à eficácia que será contra todos, *erga omnes*, e vinculantes relativamente aos demais órgãos do Poder Público, cabendo, inclusive, reclamação para garantia desses efeitos.

Por fim, após a decisão haverá comunicação às autoridades ou órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados, fixando-se as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental.

4.1.2.4 Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão – ADIno (art. 103, § 2º)

Em contrapartida ao analisado na ação direta de inconstitucionalidade, em que o seu exercício é um pressuposto de uma atitude positiva, porém infundada em constitucionalidade, o Ação Direta de Constitucionalidade por Omissão (doravante ADIno), tem como pressuposto uma atitude inerte do órgão legislador.

A incompatibilidade entre a conduta positiva exigida pela constituição e a conduta negativa do Poder Público omissa configura-se na chamada inconstitucionalidade por omissão⁴⁵. Ainda neste sentido, ressalta Canotilho:

[...] a omissão legislativa (e ampliamos o conceito também para a administrativa) só é autônoma e juridicamente relevante quando se conexas com uma exigência constitucional de ação, não bastando o simples dever geral de legislador para dar fundamento a uma omissão constitucional. Um dever jurídico-constitucional de ação existirá quando as normas constitucionais tiverem a natureza de imposições concretamente impositivas⁴⁶.

A Lei nº 12.063, de 27-10-2009, estabeleceu a disciplina processual da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, acrescentando o Capítulo II-A, com os arts. 12-A até 12-H na Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999.

Quanto a legitimidade, em consonância com o art. 12-A da Lei nº 9.868/99, podem propor a ação direta de inconstitucionalidade por omissão os

⁴⁵ RAMOS, Dirceo Torrecillas. *O controle de constitucionalidade por via de ação*. São Paulo: Angelotti, 1992. p. 100.

⁴⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *As garantias do cidadão na justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 354.

legitimados à propositura da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade (art. 103, CF).

4.1.2.4.1 Mandado de injunção x ação direta de inconstitucionalidade por omissão

O legislador constituinte previu duas ações constitucionais, que possuem o mesmo objeto, qual seja, as omissões legislativas no ordenamento jurídico brasileiro. Esta inconstitucionalidade, pode ser combatida, portanto, através do ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade por omissão ou pela interposição de mandato de injunção.

Há grande discussão doutrinária acerca da necessidade destes dois instrumentos processuais constitucionais que visam coibir a inconstitucionalidade por omissão.

As semelhanças entre a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção se perfaz na causa de pedir desses instrumentos da jurisdição constitucional são semelhantes, ou seja, a inércia do Poder Legislativo em regulamentar os dispositivos constitucionais de eficácia limitada.

É inegável que o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão assemelhem-se pelo fato de serem, ambos, instrumentos de controle da omissão, tendo cabimento no caso de ausência de norma regulamentadora de natureza infraconstitucional. Contudo, esse é o único ponto de identidade entre os dois institutos, que se assemelham no ponto de partida, mas seguem caminhos absolutamente distintos, tendo finalidades diametralmente diversas.

Sendo assim, partindo do comparativo de que o mandado de injunção faz parte de um instrumento de controle difuso e a ADINo, faz parte do rol de controle abstrato, algumas diferenciações são eminentes, principalmente ao que diz respeito à legitimidade ativa, aos efeitos da decisão e à finalidade dos mecanismos processuais constitucionais.

Como visto, os legitimados para propor uma ADINo estão dispostos em um rol taxativo no art. 103 da Constituição Federal, contrariamente, a legitimidade

para propor um mandado de injunção é ampla e irrestrita, sendo que qualquer pessoa, natural ou jurídica, pode se valer desta garantia constitucional.

Em relação aos efeitos, as repercussões de um julgado de ADIn são vinculantes e erga omnes, enquanto a decisão jurídica oriunda do mandado de injunção está adstrita às partes que compuseram o polo da demanda, sendo assim sua eficácia é subjetiva.

Isto posto, resta evidente que não houve, por parte do legislador originário um *bis in idem* processual, visto que pela diferenciação do uso de uma ou outra ação, o pronunciamento judicial ocasiona efeitos totalmente díspares.

Destacadas as divergências, resta evidente que estas ações constitucionais devem integrar o Código Processual Constitucional Brasileiro, tendo em vista seus diversos efeitos jurídicos.

4.1.3 Controle Difuso

O Controle Difuso de Constitucionalidade, caracteriza-se pela permissão a todo e qualquer juiz ou tribunal realizar no caso concreto a análise sobre a compatibilidade do ordenamento jurídico com a Constituição Federal.

A ideia de controle de constitucionalidade realizado por todos os órgãos do Poder Judiciário nasceu com o constitucionalismo inglês que é consagrado pelo *common law*, em especial o modelo norte americano que nos casos “Thomas Bonhan” de 1610, que foi aplicada pelo Juiz Marshall da Suprema Corte American no caso *Madison versus Marbury* (1803), afirmando que é próprio da atividade jurisdicional interpretar e aplicar a lei. E ao fazê-lo, em caso de contradição entre a legislação e a Constituição, o tribunal deve aplicar esta última por ser superior a qualquer lei ordinária do Poder Legislativo⁴⁷.

Portanto, para o modelo de controle difuso, não é necessário tribunal constitucional específico para realizar o controle, mas sim que todos os juízes e tribunais são competentes para resolver conflitos de constitucionalidade, em consequência aplicar ao caso a norma constitucional que melhor se adeque ao caso

⁴⁷ US Court – 137 (1803). Conferir a íntegra de decisão: MORAES, Alexandre de. Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais. São Paulo: Atlas, 2000. p. 97-100.

concreto, cumpre ressaltar que por basear-se em um estudo casuístico esse controle de efeito *inter partes*.

4.3 Habeas Data

Constituição Federal prevê em seu art. 5º, LXXII, que será concedido 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;105 b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo.

Aponta-se sua origem remota na legislação ordinária nos Estados Unidos, por meio do Freedom of Information Act de 1974, alterado pelo Freedom of Information Reform Act de 1978, visando possibilitar o acesso do particular às informações constantes de registros públicos ou particulares permitidos ao público⁴⁸.

Assim, é possível definir o habeas data como o direito que assiste a todas as pessoas de solicitar a exibição dos registros públicos ou privados, via judicial, nos quais estejam incluídos seus dados pessoais, sendo possível assim o conhecimento do conteúdo destes, para que eventualmente, sejam retificados os dados inexatos ou obsoletos ou que impliquem discriminação.

4.4 Mandado de Injunção

O art. 5º, inciso LXXI, da Constituição Federal prevê, de maneira inédita, que se concederá mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Indispensável as observações de Canotilho, ao discorrer sobre as perspectivas do mandado de injunção e da inconstitucionalidade por omissão no Direito brasileiro, fez a seguinte observação:

⁴⁸ MORAES, Alexandre de, Direito Constitucional – 36. ed.. - São Paulo, Atlas, 2020, pág. 168. E-book.

Resta perguntar como o mandado de injunção ou a ação constitucional de defesa perante omissões normativas é um passo significativo no contexto da jurisdição constitucional das liberdades. Se um mandado de injunção puder, mesmo modestamente, limitar a arrogante discricionariedade dos órgãos normativos, que ficam calados quando a sua obrigação jurídico-constitucional era vazar em moldes normativos regras atuativas de direitos e liberdades constitucionais; se, por outro lado, através de uma vigilância judicial que não extravase da função judicial, se conseguir chegar a uma proteção jurídica sem lacunas; se, através de pressões jurídicas e políticas, se começar a destruir o ‘rochedo de bronze’ da incensurabilidade do silêncio, então o mandado de injunção logrará os seus objetivos⁴⁹.

Em vista da definição e adequação do mandado de injunção, passa-se à uma análise mais profunda do mandando de injunção, que já existia da Grã-Bretanha durante o período anterior ao Bill of Rights, que veio depois da Revolução Gloriosa e também foi utilizado nas 13 colônias da América do Norte.

4.4.1 O mandado de injunção e artigo 5º, § 2º da Constituição Federal

O objetivo de elencar o instrumento é para seu uso quando da regularização de uma norma Constitucional, na medida em que esta se encontra sem eficácia, por não estar normatizada no corpo jurídico infraconstitucional do Estado.

Uma das hipóteses de aplicação, é para garantir o cumprimento das normas internacionais do bloco de convencionalidade que condena um Estado violador de Direitos Humanos pelo órgão de proteção regional de direitos humanos v.g. Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Desta feita, para entender o elencado tem-se que, o Brasil assinou a Convenção Americana de Direitos Humanos em 07 de setembro 1992⁵⁰ e em 12 de outubro de 1998 declarou reconhecer, por tempo indeterminado, como obrigatória e de pleno direito a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, em todos os casos relacionados com a interpretação ou aplicação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em conformidade com o artigo 62, sob reserva de reciprocidade e para fatos posteriores a esta declaração⁵¹.

⁴⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. Constituição dirigente e vinculação do legislador. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

⁵⁰ Disponível em: < https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/d.Convencao_Americana_Ratif..htm > Acesso em 21/04/2020.

⁵¹ Idem.

Desta forma, através da devida institucionalização da Convenção Americana de Direitos Humanos, pelos trâmites previstos na Constituição Brasileira, dando-lhe validade de norma infraconstitucional à época, porém com a emenda 45, que acrescentou o parágrafo 3º ao art. 5 LXXVIII, conferindo-lhes *status* de emendas constitucionais.

Dita emenda, somente de 2004, se deu após a ratificação da Convenção Americana, no entanto, sustenta-se, que os tratados tradicionais não teriam hierarquia infraconstitucional, mas supralegal. Esse posicionamento se coaduna com o princípio da boa-fé, vigente no direito internacional, chamado também de pacto sunt servanda, e que tem como reflexo o art. 27 da Convenção de Viena, segundo o qual não cabe ao Estado invocar disposições de seu Direito interno como justificativa para o não cumprimento de tratado⁵².

Volto a destacar o artigo 5º, parágrafo 2º da Constituição Federal que determina os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, Flávia Piovesan, entende, neste sentido:

A Carta de 1988 consagra de forma inédita, ao fim da extensa Declaração de Direitos por ela prevista, que os direitos e garantias expressos na Constituição “não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (art. 5o, § 2o). Ora, ao prescrever que “os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros direitos decorrentes dos tratados internacionais”, a contrario sensu, a Carta de 1988 está a incluir, no catálogo de direitos constitucionalmente protegidos, os direitos enunciados nos tratados internacionais em que o Brasil seja parte. Esse processo de inclusão implica a incorporação pelo Texto Constitucional de tais direitos⁵³.

Levando em consideração uma interpretação sistemática e teleológica da Constituição brasileira e da Convenção de Viena, é possível atribuir aos direitos garantidos nos tratados de direitos humanos devidamente ratificados pelo Estado brasileiro uma natureza especial qual seja, a natureza de norma constitucional.

⁵² PIOVESAN, Flávia, *Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional*, ed. Somos, Brasil, São Paulo, 2018, pág. 138,

⁵³ PIOVESAN, *loc. cit.*

Aprofundando nesta ideia, destaca-se duas entidades do sistema interamericano de proteção e promoção dos direitos humanos nas Américas, qual seja a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, cuja competência contenciosa fora aceita em 1998.

Neste enredo, na ocasião em que um Estado é julgado pelo órgão contencioso do sistema de proteção dos direitos humanos, e eventualmente sobrevém uma condenação internacional com obrigações do Estado de fazer e de se abster, é que se faz valiosa a análise dos polos sentença internacional x mandado de injunção.

A Corte Interamericana tem construído sólida jurisprudência no sentido de se distinguir reparações e indenizações de forma que a primeira constitui gênero e a segunda espécie. Assim, costuma utilizar o conceito de reparação integral que contempla os seguintes elementos: a) garantia de não repetição (o Estado deve assegurar que os atos lesivos não se repetirão); b) obrigação de investigar os fatos e sancionar os responsáveis (trata-se de medida que exige o devido processo legal e o tempo razoável para o seu desfecho); c) reparação material de natureza pecuniária e simbólica (indenização).

No entanto, o Brasil ainda não se posicionou legalmente sobre a forma de cumprimento das decisões da Corte, apesar de já ter sido condenado e ainda existirem outros processos em trâmite contra o Estado para serem julgados.

Por conseguinte, quando há uma sentença condenatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que tem como sanção, uma medida extrapatrimonial, como por exemplo a obrigação do Estado em criar lei regulamentadora, e este a descumpre, esta decisão é passível, por se tratar de uma norma Constitucional como regulamenta o Art. 5º, § 2º da CF, de sofrer uma ação de injunção, enquanto não houver uma norma regulamentadora de cumprimento de sentença internacional.

A despeito da falta de legislação interna, o Estado Brasileiro a fim de não violar direitos humanos, por omissão, em não acatar medidas de não repetição, quando de uma condenação, deverá, o autor da ação que tramitou nacionalmente, impetrar mandado de injunção, conforme previsão e regulamentação dada pela Lei 13.300/16.

Pouco se fala sobre atividade probatória na referida Lei, no entanto, não deve se perder de vista que deve ser anexado, à inicial documento apto, de forma que a petição inicial será desde logo indeferida quando a impetração for manifestamente incabível ou manifestamente improcedente.

Sendo assim, ao anexar junto ao mandado de injunção sentença condenatória inapelável, promulgada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, a qual determina uma obrigação Estatal extrapatrimonial, tal prova de necessidade de adição da norma regulamentadora, é incontestável.

Resta concluir que, não só as ações constitucionais supracitadas serão incluídas, mas também qualquer instrumento que proporcione autonomia de aplicação às normas constitucionais, *v.g.* mandado de segurança, *habeas corpus*, a regulação da ação de impeachment, o funcionamento de plenário do Supremo Tribunal Federal, os incidentes de SIRDR, e a ação popular.

4.5 Ação Popular

A ação popular está disposta no art. 5º, LXXIII, da Constituição Federal, está disciplinada que qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise 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 cultural⁵⁴.

O objeto da ação popular é o combate ao ato ilegal ou imoral e lesivo ao patrimônio público, sem contudo configurar-se a *ultima ratio*, ou seja, não se exige o esgotamento de todos os meios administrativos e jurídicos de prevenção ou repressão aos atos ilegais ou imorais e lesivos ao patrimônio público para seu ajuizamento.

A legislação infraconstitucional, a Lei da Ação Popular (Lei nº 4.717/65), em seu art. 4º, apesar de define exemplificativamente os atos com presunção legal de ilegitimidade e lesividade, passíveis de ação popular, e regula entre outras hipóteses, a legitimidade, os requisitos e a competência.

⁵⁴ MORAES, Alexandre. Direito constitucional – 36. ed. – São Paulo: Atlas, 202, pág. 753

Uma das peculiaridades reguladas pela lei da Ação Popular, quanto a legitimidade subjetiva, pois, somente tem legitimidade para propositura da ação popular, o cidadão.

Em relação ao aspecto objetivo, conforme decidiu o Supremo Tribunal Federal, a ação popular é destinada “a preservar, em função de seu amplo espectro de atuação jurídico-processual, a intangibilidade do patrimônio público e a integridade da moralidade administrativa (CF, art. 5º, LXXIII)⁵⁵”.

A ação popular deve ser incluída no CPC^{Const}, por ter uma natureza jurídica de garantia constitucional, sendo um instrumento de exercício da soberania popular.

Por mais, dentre as peculiaridades de legitimidade ativa, supramencionada, que causam divergências da doutrina em relação a este aspecto. A jurisprudência e a doutrina majoritária entendem que o cidadão, autor da ação popular, age como substituto processual, pois defende em juízo, em nome próprio, um interesse difuso, pertencente à coletividade⁵⁶.

No entanto, Alexandre de Moraes, entende que a legitimidade ativa, pertence ao cidadão, que em face de expressa previsão constitucional teve sua legitimação ordinária ampliada, e, em nome próprio e na defesa de seu próprio direito – *participação na vida política do Estado e fiscalização da gerência do patrimônio público* –, poderá ingressar em juízo⁵⁷.

Em uma análise ao direito comparado, na Constituição Portuguesa, a ação popular traduz-se, por definição, num alargamento da legitimidade processual ativa a todos os cidadãos⁵⁸.

⁵⁵ STF – Pleno – Adin nº 769/MA – Medida Cautelar – Rel. Min. Celso de Mello, Diário da Justiça, Seção I, 8 abr. 1994, p. 7.224.

⁵⁶ RF 235/167; MELLO FILHO, José Celso. Constituição... Op. cit. p. 481; MARQUES, José Frederico. As ações populares no direito brasileiro. RT 266/11; CINTRA, Antonio Carlos Araújo. Estudo sobre a substituição processual no direito brasileiro. RT 438/35.

⁵⁷ Nesse sentido: TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Cruz. Constituição de 1988 e processo. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 185; MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Ação popular. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996; BASTOS, Celso; MARTINS, Ives Gandra da Silva. p. 369. v. 2.

⁵⁸ Lei 38, de 23 de agosto de 1995, que regula a ação popular constitucional em Portugal, visa à proteção dos direitos e interesses denominados transindividuais. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=722&tabela=leis&so_miolo= . Acesso em 20/10/2020.

Nesse sentido, o Direito Processual Constitucional, de maneira organizada e já na parte geral, disciplinaria a legitimidade, para a propositura de qualquer ação propriamente constitucional, sendo este o cidadão, brasileiro nato ou naturalizado, inclusive aquele entre 16 e 18 anos, e ainda, o português equiparado, no gozo de seus direitos políticos, possuem legitimação constitucional para a propositura da ação popular. A comprovação da legitimidade será feita com a juntada do título de eleitor (brasileiros) ou do certificado de equiparação e gozo dos direitos civis e políticos e título de eleitor (português equiparado).

4.6 Habeas Corpus

A Constituição Federal prevê no art. 5º, LXVIII, que conceder-se-á *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*.

Em que pese a previsão constitucional desta garantia, não há no âmbito infraconstitucional, uma regulamentação processual, contraditoriamente, posto que representa a máxima proteção do indivíduo contra abusos perpetrados contra sua liberdade. Trata-se de outra garantia que se faz presente na Magna Carta 1215, mas que João Sem-terra apenas reconheceu, pois era um direito que o avô de João, Guilherme da Normandia já utilizava para os saxões e bretões ocupantes das ilhas britânicas.

Oportuno se torna analisar a conjuntura internacional, do direito comparado, e realçar que na Espanha esta garantia se encontra disciplinada por meio da *Ley Organica* nº 6/1984, disciplinou o procedimento do *habeas corpus*, determinando que “*la inmediata verificación judicial de la legalidad y las condiciones de la detención, y lo suficientemente sencillo como para que sea accesible a todos los ciudadanos y permita, sin complicaciones innecesarias, el acceso a la autoridad judicial*”⁵⁹.

⁵⁹ Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/pdf/1984/BOE-A-1984-11620-consolidado.pdf>. Acesso em: 22/08/2020.

Em remate, cumpre concluir que com a normatização de um Código Processual Constitucional, caberia ao poder legislativo, estabelecer normas procedimentais, para regularizar esta matéria constitucional.

4.7 Mandado de Segurança

O mandado de segurança, tem seu fundamento constitucional no art. 5º, inciso LXIX, que fora introduzido no direito brasileiro na Constituição de 1934. A concessão de mandado se dá para proteção do direito líquido e certo, não amparado pela interposição do *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 Público⁶⁰.

O mandado de segurança tem seu respectivo espelho no direito estrangeiro com a chamada *acción de amparo*, que tem previsão em constituições latino-americanas, como por exemplo, na Constituição da Argentina de 1994, na Constituição Colombiana de 1991 e na Constituição Paraguaia de 1992.

A Lei nº 8369 da Província de Entre Rios da Argentina, que é uma Lei Processual Constitucional, conceitua a *acción de amparo*, em seu artigo 1º, como:

Artículo 1º – Las personas de existencia visibles o ideal tendrán acción de amparo contra toda decisión, acto, hecho u omisión de autoridad administrativa o judicial o legislativa en ejercicio de funciones administrativas, funcionario, corporación o empleado público, provincial o municipal o de un particular, que en forma actual o inminente, amenace, restrinja, altere, impida o lesione de manera manifiestamente ilegítima el ejercicio de un de un derecho o garantía implícito o explícito reconocido por la Constitución Nacional o Provincial, con excepción de la libertad individual tutelada por el Hábeas Corpus⁶¹.

No direito interno, conforme definido pela Lei nº 12.016/09, 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

⁶⁰ Conferir Lei nº 12.016, de 7-8-2009. Anteriormente, Lei nº 1.533, de 31-12-1951 e Lei nº 4.348, de 26-6-1964

⁶¹ ARGENTINA. *Op. cit.*

por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça.

A doutrina brasileira, na definição específica de de Hely Lopes Meirelles, define o mandado de segurança como:

O meio constitucional posto à disposição de toda pessoa física ou jurídica, órgão com capacidade processual, ou universalidade reconhecida por lei, para proteção de direito individual ou coletivo, líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, lesado ou ameaçado de lesão, por ato de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça⁶².

Apesar de ser uma ação propriamente constitucional, o STF carece de competência constitucional originária para processar e julgar mandado de segurança impetrado contra qualquer ato ou omissão de Tribunal judiciário.

Por essa razão, a jurisprudência do Supremo é pacífica em reafirmar a competência dos próprios Tribunais para processarem e julgarem os mandados de segurança impetrados contra seus atos e omissões⁶³.

E na regulação específica dentro do diploma, cabe observar o resultado de julgamento ADIN nº 4296, que tramita, no STF, para a correção redacional do art. 28, § 2º, da Lei nº 12.216 de 07 de agosto de 2009.

E em concordância com a proposta do Anteprojeto da OAB, para o Código de Processo Constitucional Brasileiro, retirar o art. 29 da lei do Mandado de Segurança que garante a suspensão de sentença, porque isto destrói a segurança jurídica.

4.8 Outras ações Constitucionais que deveriam compor o Código de Processo Constitucional

O cerne do desenvolvimento deste tópico atém-se em propor outras ações constitucionais que deveriam integrar o Código de Processo Constitucional

⁶² MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado de segurança. p. 03.

⁶³ STF – Mandado de Segurança nº 22.485-1/RS (medida liminar) – Rel. Min. Celso de Mello, Diário da Justiça, Seção I, 27 mar. 1996, p. 8.920; STF – Mandado de Segurança nº 21.447/PE, Rel. Min. Celso de Mello.

brasileiro, mas que não estão presentes nos Códigos de Processuais Constitucionais de outros Estados latino-americanos, seja por representarem medidas propriamente brasileiras, seja por falta de normatização destes Códigos.

Estas duas ações propostas, a ação de Impeachment e a Reclamação Constitucional, tampouco encontram-se presentes no Anteprojeto da OAB de Criação de um Código de Processo Constitucional Brasileiro, no entanto, necessária a sistematização destas no *CPCConst*.

4.8.1 Da ação de *Impeachment*

A Lei 1.79/50, regula o processamento da Ação de *Impeachment*, que é um fenômeno político, que ocorre para apurar crime de responsabilidade, cujo conceito e fundamento constitucional encontra-se no art. 95 da CF-88.

Em nenhum dos Estados latino-americanos, que fazem parte dessa pesquisa, não há a preocupação em integrar a ação de Impeachment, no âmago do Código de Processo Constitucional, o qual garantiria um *status* processual-constitucional ao desenvolvimento da ação e os questionamentos quanto aos seus requisitos formais se transgridem a Convenção Americana de Direitos Humanos que garante aos Estados membros a proteção de seus direitos fundamentais.

Em decorrência da falta de assistência procedimental, o processo de impeachment é muito questionado, razão pela qual surge a defesa de inserção desta disciplina no *CPCConst*, para que conste especificamente todas as normas atinentes ao andamento do processo de responsabilização do presidente. Tal criação parte da ideia de obrigação do Estado em respeitar, fazer respeitar e não violar a Convenção.

En efecto, un código procesal constitucional nos brindaría unidad de materia, lo cual a su vez consolidaría la dogmatica del derecho procesal constitucional, ya que nos permitiría diferenciarlo de los demás, lo cual a su vez permitiría que se identificara con precisión la labor, límites y estructura de la jurisdicción constitucional, la cual en algunos casos pareciera ser invisible y por lo mismo inaplicable por los jueces⁶⁴.

⁶⁴ VELANDIA, Eduardo Andrés Canosa. Necesidad E Importancia de la Codificación Procesal Constitucional, Bogotá: Universidad Libre, 2017, pág. 585.

Fato é que, quando do julgamento dessa ação, os juízes que exercem funções jurisdicionais, mesmo que em julgamento eminentemente políticos, ao passo que estão investidos e devem prezar pelas garantias processuais, respeitando o devido processo legal. Desta forma no processo de destituição de cargo de representante político democraticamente eleito, dever-se-á resguardar as garantias fundamentais e convencionais.

De frente as repercussões das organizações estatais e dos atuais escândalos políticos em alguns países Americanos, eminente se torna a discussão dos juízos políticos, sob uma análise formal e principiológica com o engajamento de se ater a uma solução viável que sanaria toda e qualquer dúvida sobre o procedimento.

Nesse cenário, figura o *DPConst* que se apresenta como uma solução viável em vista deste cenário regional de instabilidade e insegurança jurídica que além de cercear os direitos delineados no artigo 23 da Convenção de Direitos Humanos, também põe em risco todos os seus demais artigos uma vez que com a corrupção moral de um representante democraticamente eleito, cria-se um cenário instável interno, pois as medidas necessárias e fundamentais para a proteção do cidadão se encontram diante de uma negativa Legislativa, pois este não tem potencial para aprová-las.

Urge a necessidade de que os Estados em seus ordenamentos internos estabeleçam aparatos jurídicos os quais disciplinem de maneira efetiva o formalismo necessário para a Ação de Impeachment, desta forma haverá o cumprimento integral do respeito aos direitos políticos do cidadão, e não se abre margem para um golpe de Estado velado.

4.8.2 Da Reclamação Constitucional (RLC)

A Reclamação (RCL) é definida como um instrumento jurídico com status constitucional que tem por objetivo preservar a competência do Supremo Tribunal Federal (STF) e garantir a autoridade de suas decisões. Insta acentuar que a origem da reclamação constitucional se deu da construção jurisprudencial do STF

que, com o decorrer do tempo, foi incorporada ao texto constitucional (artigo 102, inciso I, alínea “I”, da Constituição Federal).

Esta garantia constitucional-processual tem seu regulamento estabelecido pelo artigo 13 da Lei 8.038/1990 e pelos artigos 156 e seguintes do Regimento Interno da Corte (RISTF). A ação deve ser ajuizada diretamente no STF, que controle a competência originária para processamento desta ação.

A Reclamação é cabível em três hipóteses. Uma delas é preservar a competência do STF – quando algum juiz ou tribunal, usurpando a competência estabelecida no artigo 102 da Constituição, processa ou julga ações ou recursos de competência do STF. Outra, é garantir a autoridade das decisões do STF, ou seja, quando decisões monocráticas ou colegiadas do STF são desrespeitadas ou descumpridas por autoridades judiciárias ou administrativas.

Também é possível ajuizar Reclamação para garantir a autoridade das súmulas vinculantes: depois de editada uma súmula vinculante pelo Plenário do STF, seu comando vincula ou subordina todas as autoridades judiciárias e administrativas do País. No caso de seu descumprimento, a parte pode ajuizar Reclamação diretamente ao STF. A medida não se aplica, porém, para as súmulas convencionais da jurisprudência dominante do STF.

Assim, deverá integrar o CPCConst, a reclamação constitucional, tendo em vista sua natureza jurídica assecuratória da ordem social e segurança jurídica, não sendo um direito líquido, mas sim uma garantia processual.

4.9 Controle de Convencionalidade no direito brasileiro

De certo a Emenda Constitucional n.º 45/2004, que acrescentou o § 3.º ao art. 5.º da Constituição, trouxe a possibilidade de que os tratados internacionais de direitos humanos fossem aprovados com um quórum qualificado, para o fim de passarem, de um status materialmente constitucional para a condição de tratados “equivalentes às emendas constitucionais”. Segundo a o que ensina Valério Mazzuoli esse acréscimo constitucional reforçou, no direito brasileiro, a exigência de os juízes e tribunais controlarem a convencionalidade das leis.

Um estudo sistematizado do ordenamento jurídico brasileiro, exterioriza que não há uma norma vigente que regula e sistematiza o controle de convencionalidade. Destarte, no Código Tributário Nacional, em seu artigo 98, consagra que os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha⁶⁵.

Em estudo aos ensinamentos de Valério Mazzuoli, quanto a nomenclatura de controle de convencionalidade, é que, deve-se nomear este controle somente à dupla-verificação vertical entre a norma doméstica e os Tratados Internacionais que visam a proteção de direitos humanos, como segue:

[...] Toda convenção internacional (utilizando-se a nomenclatura “convenção” apenas genericamente, podendo ser um “tratado”, “acordo”, “pacto” etc.) é paradigma do controle de convencionalidade lato sensu. Apenas preferimos nominar de controle de convencionalidade o exercido exclusivamente em relação aos tratados de direitos humanos (que, no Brasil, podem ter status ou “equivalência” de emenda constitucional, a depender do quórum de aprovação, como já se viu), tendo em vista o fato de que, à luz da jurisprudência das cortes internacionais de direitos humanos, não se utiliza essa expressão quando se trata de compatibilizar as obrigações do Estado relativamente aos tratados comuns. Outro motivo pelo qual preferimos reservar a expressão “controle de convencionalidade” para a compatibilização das normas internas com os tratados (apenas) de direitos humanos é o de não perder de vista que esses tratados se igualam em hierarquia às normas constitucionais (daí a proximidade do neologismo “convencionalidade” com “constitucionalidade”)⁶⁶.

Nesse sentido, as expressões “controle de convencionalidade” andaria lado a lado à expressão “controle de constitucionalidade”. Por esse motivo, aparta-se e diferencia-se a nomenclatura do controle que tem como paradigma os tratados comuns, daquela relativa aos tratados internacionais de direitos humanos - controle de convencionalidade.

⁶⁵ Artigo 98, Código Tributário Nacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172.htm Acesso em: 27 de abril, 2020.

⁶⁶ Mazzuoli, Valério de Oliveira. Controle jurisdicional da convencionalidade das leis – 5. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 118.

4.9.1 Bloco de convencionalidade *latu sensu*

A definição se traduz como todo o corpus formal (tratados e costumes) e jurisprudencial *latu sensu* (sentenças e opiniões consultivas) presente em determinado entorno geográfico que integra aquilo que se nomina “bloco de convencionalidade”.

Este *corpo iuris* que deve servir de paradigma e referencial ético a juízes e tribunais nacionais quando do exercício de compatibilização das normas domésticas com as do sistema internacional (global e regional) de proteção dos direitos humanos⁶⁷.

Neste sentido, os juízes e tribunais internos, quando do exercício do controle de convencionalidade, estão também vinculados a todo esse *corpus juris* internacional de proteção, devendo prevenir e reprimir qualquer conduta ou ato atentatório ao exercício dos direitos e liberdades previstos nos tratados de direitos humanos; não poderão, assim, alegar (quando menos benéficas à pessoa protegida) quaisquer normas contrárias do direito interno, como leis de anistia, regras sobre prescrição, irretroatividade da lei penal, *non bis in idem*, coisa julgada etc.⁶⁸.

O entendimento da Corte Interamericana sobre a interpretação da Convenção Americana pode ser colhido pelos juízes e tribunais locais de quaisquer manifestações da Corte, seja das sentenças ditadas nos casos contenciosos, das decisões sobre reparações ou de suas opiniões consultivas (estas, aliás, fornecem tanto aos magistrados quanto aos demais operadores do direito rico material sobre a interpretação que tem feito a Corte de vários dispositivos da Convenção). Apenas quando inexistir manifestação da Corte Interamericana sobre determinada questão *sub iudice* é que poderão os juízes internos interpretar, com maior autonomia, a Convenção Americana⁶⁹.

⁶⁷ Mazzuoli, Valério de Oliveira. Controle jurisdicional da convencionalidade das leis – 5. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 121

⁶⁸ Cf. LUCCHETTI, Alberto J., Los jueces y algunos caminos del control de convencionalidad, in ALBANESE, Susana (coord.), *El control de convencionalidad*, Buenos Aires: Ediar, 2008, p. 162

⁶⁹ V. SAGÜÉS, Néstor Pedro, El “control de convencionalidad” en el sistema interamericano, y sus anticipos en el ámbito de los derechos económico-sociales, cit., p. 386.

No entanto, a interpretação do judiciário local, sobre as normas do Pacto de San José, não é absolutamente livre, mas deve corresponder às regras internacionais de hermenêutica e aos princípios internacionais de direitos humanos, dando enfoque ao princípio *pro homine*.

Deve-se concluir então que o bloco de convencionalidade possui intrínseca relação com o bloco de constitucionalidade, como consagra Valério Mazzuoli:

O bloco de convencionalidade lato sensu – composto das fontes formais do direito internacional dos direitos humanos e das decisões (sentenças e opiniões consultivas) da corte regional de proteção respectiva – dialoga com o bloco de constitucionalidade estatal sempre no sentido de ampliar o gozo dos direitos e liberdades consagrados em ambos os ordenamentos (o internacional e o interno). Todo esse mosaico protetivo, para falar como ERIK JAYME, “dialoga” entre si para melhor proteger o ser humano sujeito de direitos. No que tange, porém, à jurisprudência das cortes regionais de proteção, como, v.g., da Corte Interamericana ou da Corte Europeia de Direitos Humanos, percebe-se, é verdade, maior aptidão para ser aplicada pelo Judiciário do Estado (num diálogo “de cima para baixo”) que, ao revés, a jurisprudência deste no âmbito da instância exterior⁷⁰.

Desta forma, resta concluir que, as diretrizes do direito internacional, não são somente a aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos, como também a aplicação de suas jurisprudências e sentenças, conjuntamente a suas interpretações. Não obstante, para que tenha sentido esta definição, é necessário conjugar com o Controle de Constitucionalidade para a efetivação dos direitos humanos seja protegida de todos os ângulos, vertical e horizontalmente.

4.9.2 Anticonvencionalidade

A Anticonvencionalidade pode ser conceituada quando há uma norma interna, que fora declarada como violatória da Convenção, pela CIDH em um caso concreto, nesta oportunidade, o efeito desta seria por derivação de retirar do ordenamento legal esta norma infraconstitucional, com o objetivo de evitar futuros casos declarativos de anticonvencionalidade sobre esta mesma norma. Os Estados deveriam prestar poder de cautela, ao evitar que insistentemente a Corte se posicione

⁷⁰ MAZZUOLI, *loc cit*, p.160.

pela condenação do Estado por idênticos feitos já julgados anteriormente. No caso *La Cantuta v.s. Peru*, em seu voto o Juiz Sérgio García Ramirez, sustentou que:

Não teria sentido afirmar a “anticonvencionalidade” da norma em um hipótese particular e deixar incólume a fonte de violação para os casos que se apresentem no futuro, longe de estabelecer uma garantia de não repetição – propósito crucial do sistema tutelar os direitos humanos, estaria abrindo a porta à reiteração da violação. Seria impraticável e frustrante requerer novos pronunciamentos da Corte Interamericana que abarquem e resolvam uma série indefinida de casos da mesma natureza, levados a consideração daquela, um a um, com o propósito de obter a respectiva declaração de “anticonvencionalidade”⁷¹.

É necessário adentrar à ideia de anticonvencionalidade, pois não se trata somente de declarar a anticonvencionalidade da norma, mas torna-se um dever do Estado, ao ratificar um Tratado internacional de direitos humanos, efetivar as garantias de proteção deste arguindo que a incompatibilidade produz consequências ainda mais amplas, como a derrogação da norma interna.

A anticonvencionalidade opera este efeito amplo, em qualquer estado, quer este tenha ratificado o tratado com força normativa infraconstitucional, supraconstitucional ou de igual força da Constituição, pelo princípio do pacto *sunt servanda*, que estabelece a Convenção de Viena em seu artigo 27, segundo o qual não cabe ao Estado invocar disposições de seu Direito interno como justificativa para o não cumprimento de tratado⁷².

Um sistema muito similar à aplicação do efeito de anticonvencionalidade foi instalado na Espanha através de uma reforma legislativa feita pela Lei Orgânica 7/2015, de 21 de julho, que modificou a Lei Orgânica 6/1985, aplicando o princípio de *revisión de sentencias firmes*, que é um mecanismo que visa garantir o efetivo cumprimento das decisões ditadas pelo Tribunal Europeu.

Em apertada síntese, explica-se o instituto, que é um processo de revisão que opera de maneira excepcional com que se pode quebrar a eficácia da

⁷¹ Corte IDH, caso *La Cantuta v.s. Peru*, sentença 29/11/2006, voto de Sérgio Garcia Ramirez, parágrafo 7.

⁷² Esta Convenção não foi ratificada pelo Estado Brasileiro até o presente momento, disponível em: Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional, Brasília 69/71. < https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=701DBCD1773F1FB1F2C5DA2890871FFD.proposicoesWeb2?codteor=1427770&filename=MSC+589/2015> Acesso em 02/05/2020.

coisa julgada de uma sentença. Razões de segurança jurídica justificam que as sentenças transitadas em julgada sejam imodificáveis à medida que supõem a aplicação irrevogável do direito ao caso concreto. Não obstante, em casos excepcionais o ordenamento jurídico deveria permitir que se possa quebrar a eficácia de coisa julgada de uma sentença, quando a sentença tenha se dado injustamente⁷³, como no caso de uma condenação internacional do Estado, em que se declarou a inconveniência da norma interna.

A lei supracitada, traz modificações ao ordenamento jurídico espanhol e ao que concerne ao cumprimento de sentença do TEDH, analisando, o preâmbulo dispõe:

Se incluye, también, una previsión respecto de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que declaren la vulneración de alguno de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y en sus Protocolos, estableciéndose que serán motivo suficiente para la interposición del recurso de revisión exclusivamente de la sentencia firme recaída en el proceso «a quo». Con ello se incrementa, sin lugar a dudas, la seguridad jurídica en un sector tan sensible como el de la protección de los derechos fundamentales, fundamento del orden político y de la paz social, como proclama el artículo 10.1 de nuestra Constitución.

Indubitavelmente, o exemplo europeu traz um grande avanço para a instrumentalização do efeito de anticonveniência, para as partes litigantes em um determinado caso de violação de direitos humanos. A dúvida deve perdurar ao passo que, se instale um mecanismo de revisão de sentença para todos os outros casos semelhantes, e não somente para aplica-lo ao caso concreto, em que foi feito o estudo casuístico.

Uma possibilidade de aplicação no Brasil, seria com o instrumento de Suspensão em Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (SIRD), suscitada pelo Supremo Tribunal Federal, sendo que os quando houver controvérsia nacional. atribuição de segurança jurídica e celeridade na prestação jurisdicional de demandas repetitivas, os litígios que incluam algum ponto do que se trata o caso que está sendo

⁷³ CUCARELLA GALIANA, Luis Andrés, Defensa de la Constitución y amparo de derechos humanos: Legitimación plural y tutela colectiva. Disponível em: VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés (diretor científico). Derecho Procesal Constitucional, Bogotá: Universidad Libre, 2019, p. 597.

julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, ficam suspensos, até a resolução deste.

4.10 Das Ações Constitucionais no CPC^{Const}

Restou demonstrado que as ações constitucionais, sejam estas propriamente constitucionais ou garantias constitucionais, estão dispersas no ordenamento jurídico brasileiro, por leis ordinárias promulgadas, no decorrer dos anos seguintes da CF-88.

Ocorre que a carência de sistematização em um diploma único, incorre em supressão ou inexatidão quando do exercício das ações e garantias constitucionais, de forma que os “remédios constitucionais” perdem a sua força hierarquicamente superior, conferido por seu rango constitucional.

Outro ponto decisivo para matéria sob exame, é o fato de que as dispersas leis ordinárias, como é o caso da Lei nº 12.016/09, apresentam um requisito formal, quanto ao quórum de aprovação de projeto de lei ordinária ou modificação desta, se dá por maioria simples (art. 47, CF).

Registra-se ainda que quórum simples para modificação das leis ordinárias, que descrevem o processo de tramitação constitucional, facilita a alteração destas leis, e as afastam, paradoxalmente cada vez mais do nível constitucional, de forma que nem são consideradas pela doutrina brasileira para fins de conceito de bloco de constitucionalidade.

Ao serem recepcionadas estas leis reguladoras das ações propriamente constitucionais ao Código de Processo Constitucional, que adentrará ao ordenamento jurídico brasileiro como lei complementar, dar-se-á, as leis reguladoras das ações constitucionais, passarão pelo crivo do legislador e serão recepcionadas através do quórum qualificado, o que lhes aproximará do rango constitucional, ao passo que próprias emendas constitucionais possuem tal quórum de aprovação.

Ademais de que ao serem recepcionadas, passarão pelo controle de constitucionalidade preventivo, ao passo que descartar-se-ão dos dispositivos, inconstitucionais, do CPC^{Const}.

5 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

A definição de jurisdição é poder concedido aos juízes pelo *iurisdictio* que possuem para aplicar o direito ao caso concreto. Além de entender o significado de jurisdição, o escopo é introduzir uma estrutura de jurisdição a fim de elucidar o papel do juiz, na construção do direito processual constitucional.

Como uma proposta de normas procedimentais para ordenar as garantias e direitos constitucionais, o compromisso com a jurisdição é de identificar a competência, os limites e as particularidades deste instituto.

Diante desta premissa, as ordens dos juízes constitucionais, são, portanto, de efetivar, em qualquer estudo casuístico o controle de constitucionalidade e o controle de convencionalidade, para, em seguida, aplicar e tutelar o funcionamento dos direitos infraconstitucionais.

5.1 Magistratura Constitucional

A magistratura constitucional deve compreender toda judicatura do Estado, em todos os níveis, dever-se-ia aplicar os parâmetros constitucionais antes de adentrar à normas infraconstitucionais, para resolver o caso concreto, como já concretizado pelo controle de constitucionalidade difuso, que corresponderia ao modelo de juízes constitucionais ordinários.

No entanto, é ainda necessário um órgão supremo, com caráter preventivo das decisões que afirmem um posicionamento estrutural de desenvolvimento do ordenamento jurídico, ou até mesmo para realizar o controle de constitucionalidade concentrado. Desta feita, cumpre enumerar alguns modelos de jurisdição constitucional.

5.2.1 Corte Suprema Especializada

Para este modelo há uma corte especializada em assuntos constitucionais que realiza um controle da Constituição e das normas infraconstitucionais, dividindo-se em dois modelos, podendo ser um modelo que

apenas existe o controle de constitucionalidade concentrado, como é o caso do Panamá, Uruguai e Honduras, e em outro molde em que é permitido o controle difuso, porém ainda há uma corte suprema que, entre outras funcionalidades, possuem função constitucional, e integra um controle mais amplo, este é o caso do México, Brasil, Argentina e República Dominicana.

5.2.2 Tribunal Constitucional Autônomo

Em casos de países como o Chile, Peru, Guatemala e Equador, há uma Corte Constitucional que apenas detém a função de realizar o controle de constitucionalidade concentrado, sendo esta a única matéria de competência da Corte. A França, por sua vez, também tem o chamado Conselho Constitucional que inclusive o controle preventivo, ou seja, toda a lei francesa antes de ser promulgada passa pela apreciação do referido tribunal. No entanto, trata-se de um órgão político, pois todos os ex-presidentes e os ex-primeiros-ministros passam a fazer parte do conselho, juntamente com as indicações do legislativo eleito e também dos Chefe de Estado e de Governo atuais.

5.2.3 Tribunal Constitucional Subordinado

Neste modelo o órgão está subordinado ao poder judicial, é independente, pois resolve as questões constitucionais, porém subordina-se aos outros tribunais sem competência constitucional. Assim há uma corte que protege a constituição, que mantenha sua integridade, sendo que este Tribunal está na mesma hierarquia de outros como a Corte Suprema de Justiça e o Conselho de Estado.

Este modelo, abarca o que é conhecido como Constitucionalismo Strong, e é evidenciado em Estados com Colômbia e Bolívia.

Um fenômeno que marca este molde, é conhecido na Colômbia como “choque de trens” pois em uma questão que envolve questões constitucionais e não constitucionais, quando o Tribunal Constitucional realiza o controle de constitucionalidade, e por ora, venha a corrigir e revogar uma sentença da Suprema Corte, sendo estes tribunais de mesma hierarquia, por exemplo, ocorre este

fenômeno, que se torna ainda mais polêmico quando uma decisão de 9 juízes revoga a decisão de 25 magistrados. Para sustentar a aplicação deste modelo, o principal argumento é de que se sacrificam alguns direitos em paradigma da segurança jurídica.

5.2.4 Salas Constitucionais

Consoante ao nome dado ao modelo, a definição, pois corresponde a um espaço geográfico de sala, que se situa na própria Corte Suprema de Justiça, implicando na inexistência de um Tribunal físico autônomo próprio. O modelo é adequado ao permitir um menor gasto de manutenção, porém em algumas questões administrativas se apresenta negativamente, por não possuir receita própria de manutenção. Este é o modelo adotado por Salvador, Nicarágua, Costa Rica, Paraguai, Venezuela e Honduras. Em nível de Brasil, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo tem uma sala para o controle de constitucionalidade composta pelos trinta desembargadores mais antigos, que funciona durante a semana para apreciar os pedidos das ações estaduais.

5.3 Da tramitação do processo perante uma Corte Constitucional

Em seguida, em análise às sentenças constitucionais, pontua-se que durante o processo que tramita perante uma Corte Constitucional, alguns princípios essencialmente constitucionais são mitigados, como por exemplo o do duplo grau de jurisdição em procedimentos de competência originária das Supremas Cortes, bem como a ampla defesa, tendo em vista que não há total debate sobre as provas e os fatos, mas somente uma contraposição do caso com as normas constitucionais.

5.5 Das sentenças constitucionais

Nos estudos desta jurisdição constitucional se faz necessário dar a devida atenção aos efeitos das sentenças, que por vezes produzem efeitos que podem configurar uma função legislativa, vez que o efeito da sentença é vinculante e erga omnes no tocante a validade da norma questionada.

No Brasil, a fim de tentar solucionar a questão da separação de poderes seria imprescindível que, em controle de constitucionalidade concentrado, a legislação atacada seja incompatível com a Constituição, e que essa incompatibilidade tenha sido ou venha a ser reconhecida por ato estatal específico, com força vinculativa, através de um processo próprio, como por exemplo uma ação revisional de sentença constitucional, ou pela Cláusula de senado, nos termos do art. 52, X, da Constituição, quando o Senado suspende a execução de preceito normativo julgado inconstitucional pelo STF.

O Supremo Tribunal Federal proferiu, em diversas oportunidades e julgamentos, que além de resolver a dúvida sobre a constitucionalidade ou não da norma ainda aplicou modulação dos efeitos desta decisão, que interpretou conforme a Constituição a certos dispositivos normativos.

Até o advento da Lei 9.868, de 1999, não havia posituação desta característica atribuído pelo Supremo a estas questões, como dispõe o art. 27 da referida lei que estabeleceu:

Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Perceptível que o legislador brasileiro optou por um modelo pleno, ao passo que a depender do caso concreto há a adoção de outras medidas que não somente a declaração de nulidade total da norma.

Ao que diz respeito ao aspecto temporal, o artigo 27 da lei de n. 9.868/99 prevê que o Supremo Tribunal Federal terá a opção de declarar a inconstitucionalidade apenas a partir do trânsito em julgado da decisão (declaração de inconstitucionalidade *ex nunc*). Poderá, ainda, declarar a inconstitucionalidade, com a suspensão dos efeitos por algum tempo a ser fixado na sentença (declaração de inconstitucionalidade com efeito pro futuro). Nessa hipótese, por motivo de segurança jurídica ou de interesse social, a lei continuará sendo aplicada por um determinado prazo, a ser determinado pelo próprio Tribunal.

Da dicção do art.102 § 2ºda Constituição Federal, extrai-se que 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.

O efeito vinculante e erga omnes, estão previstos constitucionalmente, e somente, já a modulação dos efeitos da decisão do Supremo Federal, estão previstas na forma lei, infraconstitucional.

Ocorre que, em detrimento da separação de poderes de Montesquieu, o Legislador infraconstitucional, adotou uma anomalia quanto aos efeitos da sentença. Esta irregularidade, faz com que o Supremo Federal Constitucional, de certa forma, decida acerca do da constitucionalidade ou não de uma norma a depender do momento político vigente, ficando a par de um só Poder, que concentra e controla as decisões jurídicas normativas.

Em que pese o Regimento Interno do STF, garantir e assegurar algumas hipóteses de normatização, por parte deste órgão jurisdicional, isto não deveria ultrapassar esta esfera, sob a eminência de suprimir a divisão tríade de poderes. Ocorre que tal perspectiva adotada pelo STF, não corresponde com a realidade normativa-jurídico-brasileira.

A autorregulação desta Corte Constitucional chegou ao ápice quando da tentativa de instaurar um Inquérito 4.781 (conhecido como Inquérito das Fake News), o que cerceia em suma um dos direitos fundamentais basilares de todos os outros direitos, a liberdade de expressão, e ultrapassa veemente os poderes constitucionais atribuídos, originalmente.

Ao ensejo da conclusão, é notório que o STF, não funciona como uma instância recursiva, sendo sua função, assecuratória dos ditames constitucionais.

Coerente com este pensamento, enunciaram os Professores Paulo Bonavides e Paulo Lopo Saraiva, em artigo publicado na Folha de São Paulo, em 10 de janeiro de 2010, sobre as problemáticas acerca dos julgados do STF, e a falta de unidade processual que demanda um órgão desta magnitude:

Alguns julgamentos do STF despertam a atenção de distintas camadas sociais, de tal sorte que demandam uma compreensão mais acurada das ações de controle julgadas perante aquela corte, bem como outras de defesa e garantia dos direitos fundamentais decididas em diversas instâncias judiciárias. As leis que dispõem sobre esse processo infraconstitucionais – estão, porém, esparsas, privadas de unidade processual, o que em rigor não se compadece com a majestade e importância do órgão supremo que as julga. Impõe-se, pois, a elaboração do Código de Processo Constitucional, a exemplo do que ocorreu no Peru.

Esta auto regulação do STF, que até mesmo por meio de seu regimento interno, estabelece diversas premissas, competências e regulamentações processuais, somente faz com que este absorva um poder normativo dente suas funções, beirando, iminentemente, um patamar hierarquicamente superior aos demais poderes.

Nessa vereda, é certo que para causar o efeito retroativo que almeja o STF, já há mecanismo vigente e Poder competente para tanto, qual seja a cláusula de Senado, prevista no art. art. 52, X, da CF-88, que se traduz na suspensão, pelo Senado, do preceito normativo declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Segundo dispõe o artigo 52, X, da Constituição, compete privativamente ao Senado Federal “suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”. Nesse sentido:

O instituto da suspensão foi introduzido em nosso sistema pela Carta de 1934, com a declarada finalidade de conferir eficácia erga omnes às decisões do Supremo, fazendo às vezes do instituto do stare decisis do direito norteamericano. Esse o conteúdo essencial da suspensão da execução da norma pelo Senado: conferir eficácia erga omnes à decisão do Supremo Tribunal Federal que, em controle difuso, declarou a sua inconstitucionalidade. A Resolução do Senado tem, portanto, natureza normativa, já que universaliza determinado status jurídico: o do reconhecimento estatal da inconstitucionalidade do preceito normativo⁷⁴.

O raciocínio, que se afigura irretocável, se faz presente ao passo que os efeitos da suspensão pelo Senado, quando do julgamento de inconstitucionalidade pelo STF, é a declaração de nulidade da norma inconstitucional desde a origem e, como tal, nunca teve aptidão para operar o fenômeno da incidência. É norma que nunca incidiu. Dessarte, a declaração de sua inconstitucionalidade pelo Supremo, na

⁷⁴ BROSSARD, Paulo. O Senado e as leis infraconstitucionais, Revista de Informação Legislativa, p. 56/60.

via do controle difuso, importa o reconhecimento judicial, vinculante para as partes, de que, no caso examinado, não ocorreu a incidência. Tal entendimento tem valioso sufrágio doutrinário, Teori Albino Zavascki, afirma que:

A Resolução do Senado que “suspende a execução” opera a universalização dessa consequência: importa reconhecimento estatal de que a norma em questão jamais teve aptidão para incidir e, portanto, jamais incidiu em qualquer situação. É como se houvesse uma “revogação” *ex tunc*⁷⁵.

Sendo assim, entende-se que o efeito *ex tunc*, proveniente da modulação temporal dos efeitos da sentença constitucional, é em verdade, inconstitucional, tendo em vista ser de competência do Senado, promover esta a suspensão preceito declarado inconstitucional pelo STF.

Dessarte, o Anteprojeto do Código de Processo Constitucional brasileiro, prever um capítulo acerca da Segurança jurídica⁷⁶, propor um capítulo acerca da Segurança Jurídica, em que tenta resolver a eficácia das decisões do STF, no campo dos efeitos da sentença constitucional e das condições *ex tunc* ou *ex nunc*, ao dispor que “o tempo da eficácia dos efeitos do decisum dependerá da análise valorativa do STF” tal dispositivo, em verdade, mais afasta a segurança jurídica das sentenças constitucionais.

De outra parte, não se pode negar, que absorver esta regulamentação para o CPC^{Const}, favorecia o controle de constitucionalidade sobre esta norma, mas nesse sentido estar-se-ia conferindo autonomia em demasiado a Corte Constitucional em detrimento da separação de poderes.

Ocorre que, este empecilho da eficácia temporal dos efeitos da sentença constitucional, poderia ser bem resolvido através da cláusula de senado, em que o compete privativamente ao Senado Federal, suspender a execução de lei declarada inconstitucional pelo STF.

Nesse passo, outra solução, seria a previsão de um rol taxativo, em que poderiam ser declaradas efeitos *ex tunc*, à sentença constitucional quando no

⁷⁵ ZAVASCKI, Teori Albino. Coisa Julgada Em Matéria Constitucional: Eficácia Das Sentenças Nas Relações Jurídicas De Trato Continuado. São Paulo, RT, 2001

⁷⁶ Disponível em: <https://www.oab.org.br/arquivos/anteprojeto-codigo-de-processo-constitucional-1336318980.pdf> , pág. 77. Acesso em 27/10/2020.

exercício do controle concentrado, sendo este uma exceção, *v.g.* prevista apenas para matérias penais, e tributarias. Ou não recepcionar, o dispositivo de lei, que permite o STF, modular os efeitos de sua sentença, de forma a primar pela segurança jurídica.

6. DO CÓDIGO DE PROCESSO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

Passando para análise do caso brasileiro, em vista que no Brasil não há um clamor para a instauração de uma codificação, como há acontecido em outras latitudes, ainda existem impasses normativos os quais, deveriam sofrer um controle de constitucionalidade efetivo.

Ocorre que, em 2015, houve a propositura de um Anteprojeto do Código de Processo Constitucional Brasileiro, organizado por Paulo Bonavides, que propõe a sistematização deste Código, ocorre que ainda está em tramitação no Senado, fazendo com que, em atenção aos recentes julgados do STF e a disposição de leis infraconstitucionais para regular as garantias constitucionais.

Nessa senda, propõe-se, neste trabalho algumas alterações deste anteprojeto, em conformidade com a realidade jurídico-normativa atual.

6.1 Da Estrutura do Código de Processo Constitucional

À vista de todo o exposto, comporta estruturar, mesmo de forma frugal, a estruturação a ordenação da Código de Processo Constitucional Brasileiro, com as devidas modificações e atualizações, com instrução do anteprojeto proposto pela OAB em 2015 a Código de Processo Constitucional (Lei nº 28237) do Peru, e a Ley nº 8369 da Província de Entre Ríos, na Argentina.

Por conseguinte, o artigo 1º, como de praxe, deveria informar o conteúdo que a lei disciplina, ou seja seu objeto normativo, nesse sentido deverá regulamentar: Este Código disciplina os processos constitucionais, relacionados às garantias constitucionais, e ações propriamente constitucionais: Habeas Corpus, Mandado de Segurança individual e coletivo, Mandado de Injunção, Habeas Data, Ação Popular, bem assim, as Ações de Controle da Constitucionalidade das Leis e Atos Normativos - garantias constitucionais: Ação Direta de Constitucionalidade - ADIN; Ação Declaratória de Constitucionalidade - ADCon; Ação de Inconstitucionalidade - ADIN; por Omissão; Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF; e Reclamação Constitucional - REC.

Em seguida, haveria a necessidade de regulamentar o que seriam garantias constitucionais e ações propriamente constitucionais, a fim de compreender o objeto normativo do Código. Para tanto, na definição de Ações propriamente constitucionais seriam as embrionária da Magna Carta, sem que de fato se prestassem como garantias constitucionais, ou seja, sem que protegessem direitos constitucionais diretamente, por sua vez as garantias constitucionais, denotam a defesa e proteção dos direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira geração. Como destaca Celso de Mello:

Enquanto os *direitos de primeira geração* (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os *direitos de segunda geração* (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os *direitos de terceira geração*, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade⁷⁷.

Pois, em que pese a CF-88 determinar que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, essa declaração pura e simplesmente não bastaria se outros mecanismos não fossem previstos para torná-la eficiente (exemplo: mandado de injunção e iniciativa popular).

Definidos os conceitos e iniciado o capítulo das disposições gerais, deveria o Código prever, a possibilidade de concessão das medidas liminares em âmbito constitucional, sendo seus procedimentos específicos regulados nas ações em espécie, obedecendo a hierarquia geográfica das normas, em seguida a competência do Tribunal Constitucional – STF, e a competências dos órgãos judiciais para tratar de matéria constitucional, no controle difuso.

Nesse passo, disciplinaria o rol de legitimados gerais, conforme o art.103 da CF-88, informando expressamente a necessidade ou não de poderes *ad judicium para propor ação*, para que em seguida, em cada capítulo das ações constitucionais, informar a possibilidade de legitimação do rol taxativo ou disciplinar de forma diversa.

⁷⁷ STF – Pleno – MS nº 22.164/SP – Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 17 nov. 1995, p. 39.206.

Neste mesmo capítulo de noções gerais, instruir-se-ia a atuação do Ministério Público como *custus iuris*, nas ações constitucionais, fixando-se um prazo para apresentar seu parecer, sendo este um órgão que aferirá a constitucionalidade, realizando uma análise de constitucionalidade, sem que tenha a força de retirar do ordenamento jurídico brasileiro vigente. Ainda, traria a regulamentação da atuação do *amicus curiae* na Corte Constitucional.

À guisa de arremate, resta nas disposições gerais disciplinar sobre os princípios constitucionais, destacando o princípio da interpretação conforme (visto no Capítulo 3 deste trabalho), e os precedentes da Corte Constitucional, seu exercício.

Adentrando ao Capítulo das Ações constitucionais, a regulamentação deveria ocorrer nos ditames exposto no Capítulo 2, deste trabalho, destacando que as leis dispersas, devem ser recepcionadas, em sua integralidade, ou sofrer algumas modificações a fim de garantir a eficácia, segurança jurídica e constitucionalidade do Código.

No Capítulo seguintes, as regulamentações necessárias acerca do exercício da jurisdição constitucional, trazendo os efeitos da sentença constitucional (Capítulo 5, item 5.4) e a execução desta sentença constitucional prolatada, devendo adotar o sincretismo processual, em que se dará nos autos do processo o cumprimento das decisões judiciais-constitucionais.

Destarte, no Capítulo que antecede as disposições finais, não poder-se-ia olvidar do acesso às Cortes Internacionais, que cada vez mais, apresentam relevância e exercício no direito interno. Assim, dentre as disposições necessária seria definir a posição hierárquica que compõem os Tratos Internacionais, em relação a Constituição Federal Brasileira, bem como, os mecanismos à disposição da parte ativa, que promoveu ação internacional, para cumprir as decisões dos órgãos internacionais, inclusive a atuação do Ministério Público, como fiscal desta execução de sentença internacional.

Das disposições finais, extrai-se a previsão de vigência deste Código, o qual considera-se um prazo razoável o *lapsus* de um ano contado da publicação no órgão oficial.

CONCLUSÃO

Resta concluir que, apesar das garantias constitucionalmente previstas, para o exercício dos direitos fundamentais, estas não possuem autonomia de aplicação no Brasil, pois para que haja a efetividade é necessária a normatização dos seus procedimentos de aplicação, para então garantir a proteção dos direitos humanos, para que somente então, se tornem normas procedimentais satisfativas e coordenadas.

A sistematização de um Código de Processo Constitucional, representa muito mais do que uma medida de organização, mas sim uma forma de certificar o pleno exercício dos direitos fundamentais, e a consumação dos direitos previstos nos Tratados Internacionais.

Remete-se à origem histórica da matéria, ao passo da normatização da primeira ação constitucional, que se tem informação, qual seja o *habeas corpus*, previsto na Magna Carta de 1215, logo após, a concretiza-se a jurisdição Constitucional, com os Tribunais Austríacos, e por fim sua regulamentação com os estudos de Hector-Fix-Zamudio, que datam de 1956.

Com a aspensão histórica, possível perceber o porquê da divisão tríade da matéria em ações, jurisdição e processo, que ao passo que se completam, passam a integrar as nuances da disciplina. Essa codificação a qual se defende traria avanços para as ações, para jurisdição e para o processo.

As ações constitucionais, podem diversificar de acordo com a norma matriz de cada Estado, além da possibilidade das duas turmas do STF terem posições divergentes sobre a constitucionalidade ou convencionalidade de uma norma, entre outros problemas como a demora para indicação de um ministro que pode prejudicar o trabalho da mais alta corte. Os problemas citados poderiam ser tratados no referido código, com aportes da doutrina e da jurisprudência estrangeira, por exemplo.

Em análise às ações constitucionais previstas na Constituição brasileira, percebe-se que não somente o conteúdo materialmente constitucional deve ser introduzido no diploma de procedimentos, mas também todo o conteúdo que gravita em torno que tem por fim garantir execução destes mecanismos, como o exemplo do controle de constitucionalidade e convencionalidade.

Além das ações propriamente constitucionais, de competência originária de julgamento do STF, tem-se que as garantias constitucionais, que se encontram dispersas no ordenamento jurídico brasileiro, seriam recepcionadas pelo *CPC_{Const}*, ou então seriam introduzidas normativas acerca da matéria constitucional que ainda não possui regulação legislativa infraconstitucional, como é o caso do *habeas corpus*.

De fato, ainda seriam absorvidas outras ações não propriamente constitucionais, como o caso da reclamação constitucional e o processo de *impeachment*, que de fato deveria integrar o *CPC_{Const}*, por protegerem em suma e respectivamente o acesso à justiça e os direitos políticos do cidadão.

O processo constitucional, possui algumas dessemelhanças com os processos previstos em diplomas infraconstitucionais, como por exemplo a aplicação do princípio do devido processo legal, mesmo que exista deve ser mitigado, ao passo que o amplo contraditório não é operativo em questões constitucionais, nas quais não se analisa os fatos em contraponto ao desenvolvimento do direito.

Por seu turno, o regimento Interno do STF, seria recepcionado, passando pelo processo legislativo, o que lhe retiraria os vícios formais, quanto a seu regimento de matéria processual.

Quanto à jurisdição constitucional, imperioso se torna destacar os modelos de atuação da magistratura, dentro de um constitucionalismo *soft* ou *strong*, com poderes concentrados à um Tribunal, ou inerentes a qualquer juiz investido de jurisdição.

Entrementes, evidencia-se os efeitos da sentença constitucional e a modulação destes pelo Tribunal Constitucional Brasileiro, que de forma arbitrária as fazem, sem observar a medida constitucional prevista no art. 52,X da CF, que estabelece que cabe privativamente ao Senado federal, suspender a execução de lei decretada inconstitucional do STF, que fez as vezes da modulação temporal da sentença pelo efeito "*ex tunc*", das sentenças constitucionais.

Diante da utilidade que um Código de Processo Constitucional pode trazer ao Estado brasileiro é que se introduz um estudo sobre a matéria, o que se busca, é sistematizar, dar autonomia jurídica e principalmente integrar o direito interno ao internacional, diante do sistema de globalização.

O Código de Processo Constitucional nasce, portanto, do ânimo renovador que vivifica o publicismo e a justiça no século XXI, porquanto une a dignidade e a garantia dos direitos humanos fundamentais em sua objetividade à democracia e ao novo Estado de Direito, obra dos emancipadores sociais, sob o pálio da jurisdição constitucional.

REFERÊNCIAS

ARGENTINA. **Código Procesal Constitucional (Ley no. 6944, texto consolidado con Ley no. 8049)** Obs: Modificado por Ley 8521, disponible en: <http://justiciacolectiva.org.ar/wp-content/uploads/2017/02/Tucumán-Ley-6944-CODIGO-PROCESAL-CONSTITUCIONAL.pdf>

ARGENTINA. **Ley de Procedimientos Constitucionales de la Provincia de Entre Ríos** (Ley no. 8369), disponible en: <http://www.hcder.gov.ar/archivosDownload/LeyProcedimientosConstitucionales.pdf>

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. **Código Brasileiro de Processo Constitucional** - Comissão Especial De Juristas. Conselho Federal Da OAB, Paulo Bonavides, 2015.

BOLÍVIA. Código Procesal Constitucional (Ley de 5 de julio de 2012), disponível em: <http://www.lexivox.org/norms/BO-L-N254.xhtml>, 2012.

BROSSARD, Paulo. O Senado e as leis infraconstitucionais, Revista de Informação Legislativa, v.13, n. 50, Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/181304>. Acesso em: 20 de novembro de 2020.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

COUTURE, Eduardo, **Fundamentos del Derecho Procesal Civil**, p. 121, Edit. Depalma, Buenos Aires, ano de 1981.

CRETELLA JUNIOR, José. **Comentários à Constituição 1988**, 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992.

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo, **Direito processual constitucional** – 9. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2019

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 9. ed., rev. e atual., segundo o novo Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 2017, v. 1.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, ZALDÍVAR LELO DE LARREA, Arturo (coord.), **Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como**

investigador del derecho. Tomo I. Teoría general del derecho procesal constitucional, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, IMDPC, Marcial Pons, 2008, Serie Doctrina Jurídica, no. 436.

FIX-ZAMUDIO, Héctor, **Estudio de la Defensa de la Constitución en el Ordenamiento Mexicano**, segunda edición, México, UNAM, Editorial Porrúa, 2011

FRONOR, Ivan Escobar. Introducción al Derecho Procesal Constitucional. Introducción al Derecho Procesal Constitucional, 1 abr. 2005.

JUNIOR, Humberto Theodoro. **Curso de Direito Processual Civil.** 50. Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009.

JÚNIOR, Paulo Hamilton Siqueira. **Direito Processual Constitucional.** 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

JURISDIÇÃO. Supremo Tribunal Federal; Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 815-3, Relator Ministro Celso de Mello, Brasília. Pág. 15.131, maio 1996.

JURISDIÇÃO. Supremo Tribunal Federal; Mandado de Segurança nº 22.485-1/RS, Relator Ministro Moreira Alves, Brasília. Mar. 1996.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Comentários à convenção americana sobre direitos humanos – Pacto de San José da Costa Rica.** 2. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes.** Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2014. Original de 1785.

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, publicada el 22 de octubre de 2009, disponible en: <http://www.asambleanacional.gob.ec/es/leyes-aprobadas?leyes-aprobadas=All&title=&fecha=&page=7>

MAZZUOLLI, Valério de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis.** 5ª Edição. Editora Forense. Rio de Janeiro, 2018.

MAZZUOLLI, Valério de Oliveira. **Direito Internacional Público.** 12ª Edição. Editora Forense. Rio de Janeiro, 2018.

MIRANDA, Pontes. **Comentários à Constituição de 1946.** Rio de Janeiro: Henrique Cahem, 1946. p. 303.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional.** – 33. ed. rev. e atual. até a EC nº 95, de 15 de dezembro de 2016 – São Paulo: Atlas, 2017.

PACHECO, José Ernani de Carvalho. **Habeas corpus.**

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional.** 18. Ed. Saraiva Jur. Brasil, 2018

RAMOS, Dirceo Torrecillas. **O controle de constitucionalidade por via de ação**. São Paulo: Angelotti, 1992.

VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés (Diretor Científico). **Derecho Procesal Constitucional: Codificación Procesal Constitucional**. Ed. 11. 2018.

VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés. **Codificaciones procesales y el código procesal constitucional modelo**. In: VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés (org.). **Derecho Procesal Constitucional**, vol. 2., tomo I, Bogotá: VC Editores Ltda, 2011.

VELANDIA CANOSA. **Necesidad e importancia de la codificación procesal constitucional**. In: VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés (director científico). **Tendencias contemporáneas del derecho procesal**, Bogotá: Universidad Libre, 2017.

VILLALBA BERNIÉ, Pablo Dário. **Derecho Procesal Constitucional: Contenidos Esenciales**. 3.ed. Ediciones Nueva Juridica. Colômbia, 2019.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Coisa Julgada Em Matéria Constitucional: Eficácia Das Sentenças Nas Relações Jurídicas De Trato Continuado**. São Paulo, RT, 2001.