

RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL: INTERLIGAÇÃO DA POLÍTICA COM A CIÊNCIA DO DIREITO, INSTRUMENTO DE DEFESA DO CIDADÃO

Larissa Pacheco de Souza e Siqueira

RESUMO

O texto se refere ao recurso ordinário constitucional relacionando o Direito com a Política, fazendo a ligação histórica e social de institutos jurídicos com seus objetivos ideológicos na sociedade.

Para se falar sobre o Recurso Ordinário Constitucional, mister se faz antes adentrarmos um pouco sobre as razões de sua existência.

O Recurso Ordinário Constitucional pode ser utilizado sempre que haja decisão denegatória dos Tribunais em ações de *habeas corpus*, mandado de segurança, *habeas data* e mandado de injunção, bem como o crime político e as causas em que forem partes estado estrangeiro ou organismo internacional, de um lado, e, de outro, município ou pessoa residente ou domiciliada no país.

Neste artigo, serão analisados apenas os chamados remédios constitucionais, para efeito de uma maior delimitação.

O termo remédios constitucionais já indica que se encontram na Constituição e que servem para evitar um mal. Mas que mal seria este, constitucionalmente protegido?

Para entendermos este aspecto devemos voltar no tempo e lembrarmos um pouco de história. Com a transição da Idade Média para a Idade Moderna, a política ocidental se transformou de monarquias absolutistas em Estados de Direito, as novas Repúblicas Democráticas.

É claro que esta transformação não se deu de uma hora para outra. Foram necessários séculos de luta contra o absolutismo. E uma das principais armas nesta luta foi, sem dúvida, o apoio popular. Foram os anseios populares que tornaram possíveis as Revoluções Francesa e Inglesa, juntamente com a Independência das 13 colônias norte-americanas. Foi a legitimidade popular que fortaleceu estas Revoluções, sabidamente burguesas e com interesses nitidamente capitalistas.

Mencionamos estes três fatos históricos porque foi nessas ocasiões que surgiram as primeiras Constituições do mundo ocidental. Constituições essas que vieram legalizar e institucionalizar os anseios populares tão bem apregoados pelo Liberalismo, quais sejam: igualdade, liberdade, individualismo, democracia e propriedade. Este último, claramente, burguês.

A verdade é que, cansados de séculos das tiranias absolutistas que lhes negavam tudo, foi muito fácil para a burguesia conseguir o apoio popular para suas Revoluções e a tomada do poder.

Mas em meio a todas as revoltas políticas, houve sempre a preocupação com os direitos e garantias individuais e sociais, razão maior do apoio popular. Note-se que na Revolução Inglesa, mesmo com a permanência da monarquia, foi publicada, em 1688 a Declaração Inglesa de Direitos, ratificada por um documento que ficou conhecido como *Bill of Rights*, em 1689.

Na França, em 1789, foi publicada a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

Estes documentos continham em seu bojo ideais de igualdade, liberdade e fraternidade entre os homens, juntamente com ideais democráticos e de limitação ao poder.

Com este pensamento anti-absolutista, os Estados Unidos da América, na Declaração da Independência, em 1776, traz uma síntese perfeita de todas essas influências, onde assim se proclama:

“Consideramos verdades evidentes por si mesmas que todos os homens são criados iguais, que são dotados pelo Criador de certos direitos inalienáveis, entre os quais a Vida, a Liberdade e a procura da Felicidade, que para proteger tais direitos são instituídos aos governos entre os Homens, emanando seus justos poderes dos consentimentos dos governados. Que sempre que uma forma de governo se torna destrutiva, é Direito do Povo alterá-la ou aboli-la e instituir um novo governo, fundamentado em princípios e organizando seus poderes da forma que lhe parecer mais capaz de proporcionar segurança e felicidade.”
(*Apud DALLARI,2001:149*).

É à luz destas ideologias que surge a Idade Moderna e com ela os Estados Democráticos de Direito instituídos e organizados em uma lei suprema chamada Constituição. E é dentro destas Constituições que são resguardados os tão aclamados direitos e garantias individuais e sociais - os direitos do cidadão.

Cidadão: indivíduo no gozo dos direitos civil e político de um Estado, define nosso mestre Aurélio. Assim classificado, só aparece no mundo moderno. Como estes direitos estão inseridos na Lei Suprema do Estado, os cidadãos pode gozá-los, certo? Certo, mas e se estes mesmos direitos, constitucionalmente assegurados, não puderem ser gozados pelo cidadão em razão do próprio Estado que os tolhe arbitrariamente?

É para evitar tal disparate que foram criados os remédios constitucionais, para evitar este mal - o arbítrio do poder estatal.

São eles: *habeas corpus*, mandado de segurança, *habeas data* e mandado de injunção. É deles que vamos tratar de agora em diante.

Começaremos pelo *habeas corpus*, que apesar de se tratar de um instituto de direito penal, cuida de um bem jurídico da máxima importância, a liberdade. E a liberdade em seu sentido mais material, objetivo, que é a liberdade de locomoção.

As raízes do *habeas corpus* encontram-se na Magna Carta da Inglaterra, de 1215, onde está escrito:

“Nenhum homem livre será detido ou preso ou esbulhado, ou proscrito, ou exilado, ou de qualquer modo lesado; e não iremos contra ele, nem enviaremos alguém contra ele, sem o julgamento legal de seus pares, conforme a lei da terra.” (Apud BASTOS, 2001: 240).

Foi introduzido no direito brasileiro, na legislação ordinária infra-constitucional, no Código de Processo Criminal de 1832, que determinava:

“*Todo cidadão que entender que ele ou outrem sofre uma prisão ou constrangimento ilegal, em sua liberdade, tem direito de pedir uma ordem de ‘Habeas Corpus’ em seu favor.*” (Apud BASTOS, 2001:240).

Não estando presente na Constituição de 1824, sendo previsto na Constituição de 1891, no artigo 72, § 22, que preceituava: “*Dar-se-á o habeas corpus sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência ou coação por ilegalidade ou abuso de poder.*” (Apud CUNHA, 2001:72).

A partir daí, as sucessivas Constituições brasileiras o adotam. É bom lembrar que, durante a ditadura militar este direito ficou restringido, chegando ao ponto de em 13 de dezembro de 1968, o Ato Institucional nº 5 suspender o *habeas corpus*, nos casos de crimes políticos contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular.

Esta medida foi claramente um ato de extremo autoritarismo, só possível em um regime idêntico como era o vivido naqueles não saudosos tempos.

A nova Carta Constitucional de 1988, no artigo 5º, inciso LXVIII, restituiu-lhe todas as prerrogativas que lhe cabem, inclusive, suprimindo a ressalva da Constituição anterior no que concerne às transgressões disciplinares, inclusive, a própria transgressão militar.

O objetivo do *habeas corpus* é proteger a liberdade, em especial a de locomoção, mas desde que cerceada por ato de ilegalidade ou abuso de poder, ou seja, existência de ato lesivo ou de sua ameaça à liberdade de locomoção. Mas esta lesão, por sua vez, deverá assumir as feições de violência ou coação ilegal.

Mandado de Segurança: segundo Celso Ribeiro Bastos

“o mandado de segurança constitui uma forma judicial de tutela dos direitos subjetivos, ameaçados ou violados, seja qual for a autoridade responsável. É um recurso técnico-jurídico que pressupõe uma determinada evolução no processo de controle do poder estatal e, conseqüentemente, de repercussão deste sobre os indivíduos, cujos direitos só foram efetivamente protegidos com o advento do liberalismo, inspirador de solenes Declarações de Direitos e de Constituições escritas.” (2001:244).

No direito brasileiro, este instituto só aparece na Constituição de 1934 que preceituava:

“Dar-se-á mandado de segurança para a defesa do direito, certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade. O processo será o mesmo do *habeas corpus*, devendo ser sempre ouvida a pessoa de direito público interessa. O mandado não prejudica as ações petitórias competentes.” (*Apud* CUNHA, 2001:130).

Na Constituição de 1946, a expressão “certo e incontestável” foi modificada para “líquido e certo”.

Na nova Carta de 1988 está disposto no artigo 5º, inciso LXIX com a seguinte redação:

“conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público;”

Resumindo, direito líquido e certo é direito comprovado no momento da impetração. O mandado de segurança não comporta instrução probatória, por isso todas as provas tendentes a demonstrar a liquidez e certeza do direito devem acompanhar a inicial.

O objetivo do mandado de segurança é a proteção de direito violado ou ameaçado, desde que provado sua liquidez e certeza.

Mandado de Injunção: Sua raiz histórica se encontra, para uma parte da doutrina, em antigos instrumentos lusitanos, que tinha a finalidade de advertência do Poder competente em caso de omissão. Há no direito norte-americano um remédio freqüentemente usado chamado *writ of infuccion*, que utiliza a jurisdição com base na equidade na solução de casos concretos quando a lei não alcança a Justiça. Para alguns autores, esta seria a origem do mandado de injunção. Na verdade, nenhum destes institutos corresponde ao preceituado no artigo 5º, inciso LXXI, da Constituição Federal de 1988, onde objetiva combater a inefetividade das normas constitucionais que não sejam auto-aplicáveis.

Foi inserido em nossa legislação pela primeira vez na Constituição de 1988, não sendo encontrado em nenhuma Constituição anterior, fazendo crer que houve a necessidade da criação deste remédio para curar um mal já existente. E essa inefetividade realmente ocorreu muito ao longo da história das Constituições brasileiras, Podemos citar, só como exemplo, dos mais graves, o caso da Constituição de 1937 que nunca chegou a vigor, pois dependia de um plebiscito, conforme rezava o artigo 187: “*Esta Constituição entrará em vigor na sua data e será submetida ao plebiscito nacional na forma regulada em decreto do Presidente da República.*” (Apud CUNHA, 2001:202).

Como este plebiscito nunca se realizou, juridicamente a Constituição jamais ganhou vigência. Desse modo podemos verificar quão fácil é para o Poder Público manipular a lei a seu favor. E, certamente, para evitar que isso ocorra em relação a determinados direitos do cidadão é que se criou o mandado de injunção.

Não podemos confundir o mandado de injunção com a inconstitucionalidade por omissão. O exemplo dado supra foi somente ilustrativo.

Trata-se de uma ação destinada a garantir a efetividade de direitos constitucionalmente garantidos. Mas não quaisquer direitos. O artigo é específico em relação a esses direitos, senão vejamos: “*conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania;*” (CF-1988, art. 5º, LXXI).

Então, nos direitos e liberdades constitucionais, garantidos desde as primeiras Declarações de Direitos existentes na história da humanidade, sendo atualmente consagrados de forma moderna na nossa presente Constituição sob o título Dos direitos e garantias fundamentais; na nacionalidade, que é o vínculo jurídico que qualifica uma pessoa como integrante de uma sociedade política estatal, sendo detentor de direitos e deveres e pertencente a um povo; na soberania onde é um pouco difícil saber se consiste em direito individual; e a cidadania, esta última fala por si.

Por fim, analisaremos o *habeas data*, que consiste em uma ação civil constitucional destinada a garantir ao seu impetrante o direito de conhecer, em relação à sua pessoa, informações constantes de registros ou banco de dados de entidades governamentais ou de caráter público e, se for o caso, retificá-las.

Sua origem histórica encontra-se na remota legislação ordinária norte-americana, no instituto conhecido por *Freedom of Information Act*, de 1974, alterado pelo *Freedom of Reform Act*, de 1978, que visa a possibilitar ao particular o acesso às informações constantes de registros públicos ou particulares permitidos ao público. Porém o âmbito de atuação do nosso *habeas data* é semelhante ao do Direito Português, como ensina Canotilho:

“No âmbito normativo do direito à identidade pessoal inclui-se o direito de acesso à informação sobre a identificação civil a fim de o titular do direito tomar conhecimento dos dados de identificação e poder exigir a sua rectificação ou actualização - através de informação escrita, certidão, fotocópia, microfilme, registro informático, consulta do processo individual, acesso directo ao ficheiro central.” (Apud MORAIS, 2002:154).

Está previsto, pela primeira vez, na Constituição de 1988, no artigo 5º, inciso LXXII, com a seguinte redação:

“conceder-se-á *habeas data*:

- a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público;
- b) para a retificação de dados quando não se prefira fazê-los por processo sigiloso, judicial ou administrativo;”

Seu objetivo é resguardar o direito de informação que qualquer órgão público possua, de maneira que a pessoa possa tomar conhecimento integral das informações a seu respeito, tendo ainda o direito de ratificá-las, se for o caso.

Podemos notar algo de peculiar entre estes quatro remédios constitucionais. Todos eles servem para garantir direitos fundamentais constitucionalmente assegurados como a liberdade, a cidadania, a dignidade do homem, entre outros.

Assim, poderíamos dizer que os direitos garantidos nas Declarações de Direitos citadas neste artigo, além de constitucionalmente assegurados, ainda possuem a prerrogativa de remédios constitucionais garantidores de sua efetividade.

Isto é assim porque garantem os mais importantes bens que um ser humano pode possuir. Bens estes que só são respeitados nos Estados democráticos de direito. Fazendo uma análise sobre o assunto podemos perceber que ainda é necessário que o povo seja protegido contra o poder das autoridades que os governam. Mais que isso, que sejam assegurados os limites deste poder no que concerne aos direitos e garantias individuais e sociais.

Porém, não obstante todas as normas constitucionais e suas garantias, o legislador constitucional achou necessário prever mais uma medida assecuratória para a garantia da paz social, foi a introdução do Recurso Ordinário Constitucional.

Este recurso foi criado pela Constituição de 1946, artigo 101, nº II:

“Art. 101. Ao Supremo Tribunal Federal compete:

I -...

II - julgar em recurso ordinário:

a) os mandados de segurança e os *habeas corpus* decididos em última instância pelos tribunais locais ou federais, quando denegatória a decisão;

b) ...”

A Constituição de 1946 é uma Constituição Republicana, Federativa e Democrática, com isso tratava de por fim ao Estado autoritário buscando medidas que melhor assegurassem os direitos individuais, abandonando o obscuro período do Estado Novo.

Também está presente na Constituição de 1967, no artigo 114, nº II, depois na Emenda Constitucional nº 1, artigo 119, nº II, de 1969. Durante a ditadura militar a Carta Política de 1946 foi esfacelada por emendas, que chegaram ao número de vinte e uma, até novembro de 1966. Em meio a tantas alterações o governo acabou por findá-la e, junto, seus propósitos democráticos.

Propósitos recuperados com a Constituição de 1988 que eleva o Brasil, novamente, a um verdadeiro Estado democrático de direito.

A denominação Recurso Ordinário Constitucional foi proposta por Mendonça Lima, na obra *O recurso ordinário constitucional, in Ver. Dos Trib.*, vol. 276, págs. 7 e segs. (*Apud* MOREIRA, 2002;275). Desde a Constituição de 1946 a denominação é simplesmente recurso ordinário, isto ocorre porque a Constituição teria querido aludir aos recursos considerados ordinários cabíveis nesta ou naquela hipótese, e não criar uma figura recursal *per se*.

Hoje, na Carta Política de 1988, nos artigos 102, nº II, e 105, nº II, onde, sob a denominação de “recurso ordinário”, se engloba uma série bastante heterogênea de figuras recursais. A prevista no artigo 105, nº II, letra *c*, ou seja, nas causas em que forem partes Estado estrangeiro ou organismo internacional, de um lado, e, do outro, Município ou pessoa residente ou domiciliada no País, assumirá as feições de apelação ou agravo, de acordo com as circunstâncias. As demais situações têm fisionomia própria.

Este recurso tem como função servir de alternativa em caso de denegação de pedido nas ações de *habeas corpus*, *habeas data*, mandado de segurança e mandado de injunção, ou seja, caso o cidadão não alcance seu direito com a utilização destas ações, ainda lhe resta recorrer ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de justiça para que seja, a denegação do pedido de proteção dos direitos fundamentais juridicamente defendidos, analisada pelos mais elevados tribunais do país.

Este recurso é também chamado de ordinário devido a uma peculiaridade, pois trata-se de recurso em que basta a sucumbência como requisito básico do direito de recorrer.

Quanto aos requisitos de admissibilidade e ao procedimento no juízo de origem aplica-se o disposto nos artigos 513 a 521 do Código de Processo Civil.

O recurso ordinário constitucional para o Supremo Tribunal Federal tem procedimento, no juízo *a quo*, idêntico ao da apelação comum. Subindo o recurso ao Supremo Tribunal Federal, ali, fica subordinado a normas regimentais. Assim também ocorre no Superior Tribunal de Justiça, observando-se o disposto nos regimentos internos (artigo 540 do Código de Processo Civil).

Nosso mestre, Professor Getúlio Targino de Lima, no seu brilhante e tão necessário estudo sobre este recurso, enumerou seus pressupostos de admissibilidade, tanto no Supremo Tribunal Federal quanto no Superior Tribunal de Justiça. Citamos alguns destes requisitos:

Quanto ao recurso ordinário dirigido ao Supremo Tribunal Federal, faz-se necessário o preenchimento dos seguintes requisitos essenciais:

- 1- Pressuposto quanto à matéria: “Não é de qualquer matéria decidida pelos Tribunais Superiores que cabe interposição do Recurso Ordinário Constitucional dirigido ao Supremo Tribunal Federal. Segundo a normatividade do artigo 102, inciso II, alíneas “a” e “b” da Constituição Federal, os temas objeto de decisão atacável por recurso ordinário têm que se conter entre a hipóteses de *habeas corpus*, mandado de segurança, *habeas data*, mandado de injunção e crime político.”¹
- 2- Pressuposto quanto à origem da decisão atacada: é necessário que a decisão denegatória atacada tenha provindo dos Tribunais Superiores.
- 3- Pressuposto referente ao grau jurisdicional em que a decisão atacada foi proferida: “*É preciso que o tribunal se tenha pronunciado em única instância, ou seja, o tema lhe tenha sido apresentado para julgamento em razão de sua competência originária para tanto*”²
- 4- Pressuposto quanto ao conteúdo da decisão: deve ser denegatória, não sendo cabível em decisões que apenas extinguem ou trancam o processo.

Podemos perceber, com isso, a relação existente entre o que esses remédios jurídicos resguardam e os direitos fundamentais da pessoa humana, eis aí a função fundamentalmente política do recurso ordinário constitucional, vez que visa garantir perante os mais altos tribunais o gozo dos mais importantes bens jurídicos que possuímos. Podendo ser chamado de recurso do cidadão.

E como a nossa Constituição de 1988 foi chamada por Ulisses Guimarães, no ato de sua proclamação, de “Constituição Cidadã”, nada mais certo do que a garantia desta cidadania junto aos órgãos judicantes de mais elevado grau existentes no país.

A função social do Recurso Ordinário Constitucional é para que os cidadãos brasileiros possam usufruir seus direitos constitucionais de maneira ampla e irrestrita, estando a salvo de tiranias e arbitrariedades provenientes dos inquilinos do poder.

Assim se garante um Estado Democrático de Direito, onde se assegure a permanente supremacia da vontade popular, buscando-se a preservação dos direitos individuais e sociais, com objetivo de se alcançar uma ordem social dotada da mais absoluta justiça.

¹ In O recurso ordinário constitucional, capítulo terceiro de obra no prelo.

² Idem

ABSTRACT

The text, referring to Ordinary Constitutional Recourse, connects law and politics from a historical and social perspective, thus underscoring the ideological effects on society.

BIBLIOGRAFIA

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BRASIL: Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 29. ed. atual. E ampl. São Paulo: Saraiva, 2002. (Coleção Saraiva de legislação).

CUNHA, Alexandre Sanches. **Todas as Constituições Brasileiras de 1824 a 1998**. Edição comentada. Campinas, SP: Bookseller, 2001.

LIMA, Getúlio Targino de. **O recurso ordinário constitucional**, capítulo terceiro de obra no prelo.

MARQUES, José Frederico. **Manual de Direito Processual Civil**. 2. ed. Campinas. SP: Millennium, 2001, v.3.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v.5.

MUJALLI, Walter Brasil. **Direito Constitucional e a Constituição Federal: teoria legislação e jurisprudência**. Campinas, SP: Agá Juris, 1999, v.1.