

Nathalia Masson

Ana Paula Blazute | Antonio Carlos Freitas Jr

Direito CONSTITUCIONAL

PRÁTICA

para aprovação na

2ª fase

OAB

9ª
edição
revisada e atualizada

2024



EDITORA
JusPODIVM

www.editorajuspodivm.com.br

1

RAIO-X DA OAB 2ª FASE CONSTITUCIONAL

1.1. BREVE INTRODUÇÃO

No intuito de ofertar ao leitor um amplo e sólido conhecimento do perfil da Fundação Getúlio Vargas enquanto organizadora do Exame da OAB, elaboramos este didático Raio-X do certame, no qual uma análise criteriosa e cuidadosa dos últimos Exames é realizada.

Apresentaremos nos itens seguintes os temas já cobrados – por meio de tabelas, gráficos e textos conclusivos –, bem como identificaremos aqueles de maior incidência nos exames pretéritos.

De posse desta útil ferramenta para seus estudos, o leitor garantirá uma preparação mais focada e realizará treinos direcionados e certos que permitirão sua aprovação no Exame de Ordem!

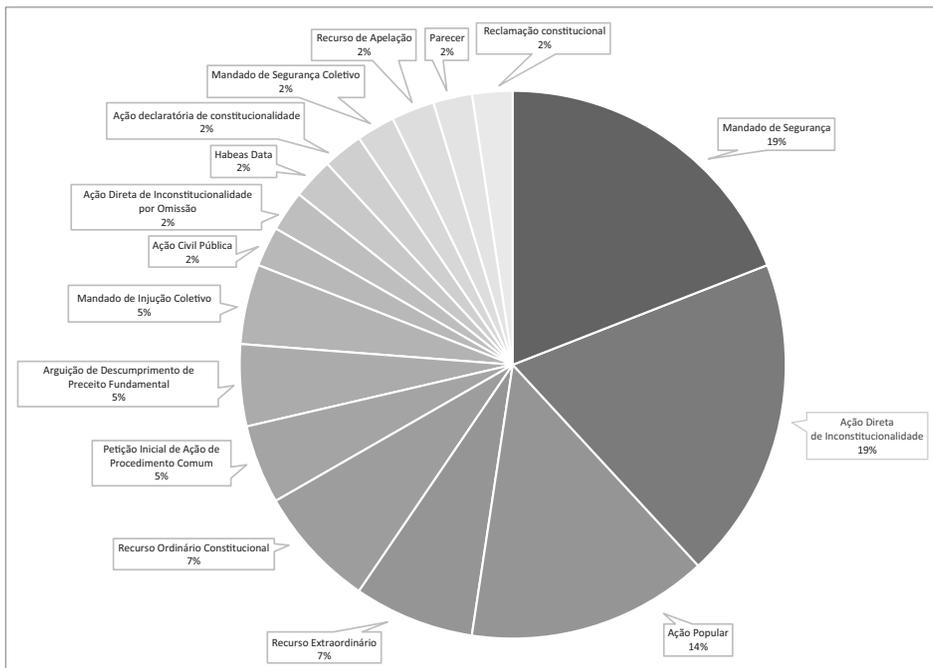
1.2. PEÇAS PRÁTICAS

Nos trinta e oito últimos Exames unificados realizados pela FGV (2010.2 ao XXXVIII), foram cobrados **quatorze** diferentes tipos de peças, sendo que em três ocasiões (Exames V, IX e XVII) a banca examinadora aceitou como gabarito do caso prático-profissional duas peças distintas – em razão de problemas redacionais e estruturais do caso narrado, que impediram que uma única peça profissional solucionasse a questão. Ademais, tivemos duas reaplicações de prova ocorridas no XX Exame e no XXV Exame – exclusivamente para os municípios de Porto Velho/RO e Porto Alegre/RS, respectivamente.

O quadro posto a seguir permitirá uma visualização precisa acerca das **peças já cobradas** e a **incidência** de cada uma delas:

Peça	Incidência
Mandado de Segurança	8
Ação Direta de Inconstitucionalidade	8
Ação Popular	6
Recurso Extraordinário	3
Recurso Ordinário Constitucional	3
Petição Inicial de Ação de Procedimento Comum	2
Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental	2
Mandado de Injunção Coletivo	2
Ação Civil Pública	1
Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão	1
<i>Habeas Data</i>	1
Ação declaratória de constitucionalidade	1
Mandado de Segurança Coletivo	1
Recurso de Apelação	1
Parecer	1
Reclamação constitucional	1

O gráfico a seguir ilustra com exatidão a **proporção** da distribuição de peças já cobradas pela FGV nos exames anteriores:



Confira a exata distribuição das peças no decorrer dos Exames Unificados:

Exame	Peça
2010.2	Mandado de Segurança
2010.3	<i>Habeas Data</i>
IV	Recurso Ordinário Constitucional
V	Petição Inicial de Ação de Procedimento Comum / Mandado de Segurança
VI	Ação Popular
VII	Ação Direta de Inconstitucionalidade
VIII	Recurso Extraordinário
IX	Petição Inicial de Ação de Procedimento Comum / Mandado de Segurança
X	Recurso Extraordinário
XI	Recurso de Apelação
XII	Recurso Extraordinário
XIII	Ação Direta de Inconstitucionalidade
XIV	Recurso Ordinário Constitucional
XV	Mandado de Segurança
XVI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
XVII	Ação Direta de Inconstitucionalidade/Parecer
XVIII	Ação Popular
XIX	Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão
XX	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
XX (Re)	Mandado de Segurança
XXI	Ação Civil Pública
XXII	Mandado de Injunção Coletivo
XXIII	Mandado de Segurança
XXIV	Mandado de Segurança Coletivo
XXV	Ação Popular

2

PETIÇÃO INICIAL¹

2.1. BREVE INTRODUÇÃO

O processo civil inicia-se pela vontade do autor (art. 2º, CPC/15), que se vale da petição inicial para levar ao Judiciário a sua pretensão consubstanciada em um pedido em detrimento do réu.

A petição inicial estudada nesse capítulo refere-se ao procedimento comum do processo civil.

Advirta-se, desde logo, que não deve haver exacerbada preocupação com o nome que será atribuído à peça (por exemplo: ‘ação de cobrança’, ‘indenizatória’, ‘declaratória’ etc.). O nome que se dá à petição inicial não a caracteriza², sendo tecnicamente correto nomeá-la como ação pelo procedimento comum.

2.2. REQUISITOS DA PETIÇÃO INICIAL

A petição inicial é, pois, peça escrita que deve observar requisitos formais e substanciais (art. 319, CPC/15), e a ação nela consubstanciada tem por objetivo alcançar a prestação jurisdicional efetivada pela sentença (declaratória, constitutiva, condenatória ou mandamental). Em alguns casos, admite-se sua propositura na forma oral.

Qualquer que seja o caso, se oral ou escrita, se eletrônica ou física, a petição inicial deverá preencher certos requisitos, os quais serão listados e comentados a seguir.

¹ Como se sabe, costuma-se utilizar a expressão petição inicial para classificar toda e qualquer ação, de natureza cível, ou mesmo constitucional, inauguradora de um novo processo autônomo. Para melhor compreensão deste capítulo, alertamos que a expressão petição inicial foi utilizada em seu sentido estrito, isto é, para designar a peça exordial da ação pelo procedimento comum.

² ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. 15. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2012. p. 722.

a) o juízo a qual é dirigida;

A parte deve observar, segundo as regras gerais e especiais de competência, qual juízo processará e julgará seu pedido. Tendo em vista a complexa estrutura de competências definida na Constituição Federal, no Código de Processo Civil, nas leis extravagantes e de organização judiciária e nos regimentos internos dos Tribunais, recomenda-se a adoção dos seguintes passos³:

- Verificar se a justiça brasileira é competente para julgar a causa (arts. 21 e 23, CPC/15);
- Se for, verificar se é competência originária de Tribunal (arts. 102, 105, 108, CF);
- Não sendo, verificar se o assunto pertence à Justiça Especial (eleitoral, militar e trabalhista) ou à Justiça Comum (federal, estadual);
- Sendo competência da Justiça Comum, verificar se é da Justiça Federal (art. 109, CF). Se não o for, será residualmente da Justiça Estadual;
- Sendo da Justiça Estadual, devem-se observar as regras do CPC/15 sobre competência absoluta e relativa, tais como material, valor da causa, territorial etc.

Consequência prática

Deve-se tomar especial atenção com o endereçamento da peça. Quando se tratar de Tribunal, o endereçamento será feito ao seu Presidente ou Vice-Presidente, a depender de cada regimento interno. Havendo dúvidas, aconselha-se endereçar ao Presidente, salvo se o contrário puder ser extraído do enunciado do problema.

b) os nomes, os prenomes, o estado civil, a existência de união estável, a profissão, o número de inscrição no Cadastro Pessoas Físicas ou no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica, o endereço eletrônico, o domicílio e a residência do autor e do réu;

Exige-se, aqui, a completa qualificação das partes, visando identificá-las para o correto cumprimento do mandado de citação. Além desta finalidade, algumas ações indicam a necessidade de litisconsórcio necessário entre pessoas casadas, por exemplo, e a qualificação exposta na petição inicial pode dar indícios ao magistrado sobre a necessidade de regularização.

Interessante hipótese também reside na exigência de caução para os autores estrangeiros ou nacionais não residentes no país que, se não forem proprietários

³ Desborda dos objetivos desta obra esmiuçar o tema competência, razão pela qual foram apresentadas algumas informações, úteis e necessárias para a introdução do leitor no assunto, sem nenhuma pretensão de resumir a complexidade da matéria ou tecer comentários conclusivos sobre o assunto.

3

CONTESTAÇÃO

3.1. BREVE INTRODUÇÃO

O direito de ação não é vocabulário restrito do autor, pois o réu também tem direito a uma tutela jurisdicional. Ocorre que o autor exercita esse direito na petição inicial e o réu nas diversas modalidades de defesa, dentre elas a contestação, meio hábil para resistir ao pedido do autor. A contestação é uma espécie do gênero *defesa*.

É a peça processual que veicula a impugnação ao mérito. Não pode, em regra, ampliar o objeto litigioso do processo, apenas opor-se à pretensão do autor.

3.2. PRAZO

No procedimento comum, a contestação deve ser apresentada no prazo de 15 dias contados da audiência de conciliação ou de mediação (quando qualquer parte não comparecer ou, comparecendo, não houver autocomposição), do protocolo do pedido de cancelamento da audiência de conciliação ou mediação apresentado pelo réu ou nos termos do art. 231 do CPC/15, de acordo com o modo como foi feita a citação.

Esta regra merece flexibilização em dadas situações que a lei processual conferiu trato distinto à pessoa que litiga ou ao número de réus que participam do processo (como nos arts. 180, 183, 186, 229 e 231, §1º, do CPC/15 e art. 5º, § 5º, da Lei nº 1.060/50).

Consequência prática

- O Ministério Público, as pessoas jurídicas de direito público e a Defensoria Pública gozarão de prazo em dobro para contestar que somente começará a correr a partir da intimação pessoal (arts. 180, 183 e 186 do CPC/15).
- Cessa a contagem do prazo em dobro quando, havendo apenas 2 réus, um deles oferecer defesa (art. 229, §1º, CPC/15).

Consequência prática

- Computa-se em dobro o prazo para litisconsortes assistidos por diferentes procuradores (art. 229, CPC/15).
- Quando houver vários réus, o prazo para que todos se defendam começa a contar a partir da juntada do último mandado ou aviso de recebimento ou da última data a que se refere os incisos III a VI do artigo 231 do CPC/15 (art. 231, §1º, CPC/15).

Há, ainda, leis processuais esparsas que estipulam prazo diferenciado para contestar, como acontece com a Lei de Ação Popular (Lei nº 4.717/65), que estabelece prazo de 20 (vinte) dias (art. 7º, IV, CPC/15).

3.3. PRINCÍPIOS

Se para o autor é necessário deduzir os fatos e fundamentos jurídicos do pedido, o réu deve se ocupar da regra da eventualidade e do ônus da impugnação específica.

a) Princípio da Eventualidade: conhecida também como regra de concentração. O réu tem de alegar toda matéria de defesa na contestação, especificando as provas que pretende produzir (art. 336, CPC/15), sob pena de preclusão.

A inobservância desse importante princípio acarreta preclusão consumativa. A corrente ampliativa assevera que a eventualidade alcança tanto o autor como o réu, já a corrente restritiva entende que esse ônus é exclusivo do réu.

Esse princípio deve ser entendido como a necessidade/dever de o réu arguir toda defesa possível, na mesma oportunidade.

Admite-se, inclusive, que as proposições aduzidas pelo réu não sejam compatíveis umas com as outras.

Exemplificando, o autor alega que o réu lhe deve em função de um contrato. Este, ao contestar, afirma que a) não deve porque não há contrato; b) se há, é nulo; c) se não for nulo, a dívida está paga; d) se não está paga, já ocorreu a prescrição.

Logicamente, não estão sujeitas a estas regras as matérias relativas a direito ou a fato superveniente (art. 342, CPC/15), as cognoscíveis de ofício e as que, por autorização legal, possam ser conhecidas independentemente do limite preclusivo exposto na lei processual.

Consequência prática

Antes de discutir o mérito o réu deve arguir eventual incompetência do juízo, nulidade ou inexistência de citação, inépcia da petição inicial, perempção, litispendência ou coisa julgada, conexão ou continência, falta de condições da ação e seus pressupostos, convenção de arbitragem ou falta da caução exigida em lei.

4

RECONVENÇÃO

4.1. BREVE INTRODUÇÃO

Além da contestação – na qual o réu se defende diretamente do pedido do autor –, o réu pode, e sem perder essa condição, formular uma pretensão em face do autor no momento da resposta. Esse fenômeno jurídico recebe o nome de reconvenção.

Reconvenção é uma ação proposta pelo réu contra o autor no mesmo processo. Trata-se de uma faculdade processual. É considerado um contra-ataque que o réu formula com base no princípio da economia processual. Ela não substitui a defesa, pois apresenta outra finalidade.

Para que se possa entender a reconvenção, deve-se partir de uma importante premissa: a contestação é uma defesa estática. Nela, o réu reage de diferentes modos para pleitear a improcedência (*lato sensu*) do pedido do autor.

Entretanto, as relações de direito material que dão ensejo a um processo podem criar obrigações múltiplas entre as partes. Assim e, por vezes, o réu não só tem o direito de resistir à pretensão do autor como o de cobrar algo que entenda ser devido.

A Reconvenção existe por conta da economia processual, a fim de se permitir a produção simultânea de provas e a resolução de ambos os processos. Nada mais é do que uma demanda dentro de outra pendente.

Deve-se, entretanto, observar a legitimidade, a compatibilidade de procedimento, a compatibilidade de competência e a conexidade para reconvir.

Indispensável salientar desde logo que a Reconvenção deve ser proposta na própria Contestação, ambas em peça única. Ou seja: topicamente a Reconvenção será um item da Contestação.

4.2. LEGITIMIDADE

O réu poderá propor a Reconvencão em litisconsórcio com terceiro. Poderá propô-la contra o autor e terceiro. Se o autor for substituto processual, o réu, para propor a ação, deverá afirmar ser titular de direito em face do substituído e, nesse caso, deverá propô-la contra o autor também na condição de substituto processual.

O réu poderá propor a Reconvencão independentemente de oferecer contestação.

Consequência prática

O polo passivo da Reconvencão será formado pelos autores da ação principal, que passarão a ser chamados Reconvindos. O réu da ação principal é denominado, na Reconvencão, de Reconvinte.

4.3. PROCEDIMENTO

A reconvenção limita-se às ações cognitivas de jurisdição contenciosa. Não é admitida em processos executivo, cautelar e de jurisdição voluntária. Também não se reconvem nas ações dúplices nem quando:

a) o procedimento for incompatível; b) o procedimento já previr pedido contraposto; c) não existir possibilidade de contra-ataque (jurisdição voluntária).

Consequência prática

Nas ações dúplices o réu oferecerá a sua pretensão dentro da própria contestação por meio do pedido contraposto. Denomina-se dúplice porque a peça de contestação exerce dupla função: contesta e formula pedido.

Há necessidade de previsão expressa em lei. São hipóteses exemplificativas de ações de natureza dúplices; a) prestação de contas; c) Juizado Especial Cível (Lei nº 9.099/95); d) as ações possessórias.

O juiz que conhece da causa originária é competente para julgar a reconvenção.

Consequência prática

A conexão entre duas demandas pressupõe a identidade de pedido ou de causa de pedir. Numa ação de anulação de contrato, poderá o réu reconvir requerendo o seu cumprimento, ou num divórcio litigioso em que um cônjuge postula o rompimento do vínculo conjugal por adultério poderá apresentar reconvenção alegando abandono de lar.

Quanto à conexão pela causa de pedir, basta ao juiz estar convicto de que entre as duas demandas propostas (originária e reconvenção) haverá um deslinde em conjunto, uma sentença única, em capítulos, é verdade, mas apenas uma, formalmente.

5

MANDADO DE SEGURANÇA

5.1. DEFINIÇÃO E CABIMENTO

Construção brasileira, previsto expressamente pela primeira vez na Constituição Federal de 1934, o mandado de segurança foi um produto da Teoria Brasileira do *Habeas Corpus*, entendimento que possibilitava, por meio da interpretação da Constituição Federal de 1891, utilizar o *Habeas Corpus* para a tutela de outros direitos diversos da liberdade de locomoção. Com a criação do mandado de segurança esses ‘outros direitos’ foram destacados para essa nova espécie mandamental e restabeleceu-se a circunscrição do objeto do *Habeas Corpus* à liberdade de locomoção.

Hoje, o mandado de segurança tem previsão não apenas na Constituição Federal vigente (art. 5º, LXIX) como também em Lei Federal (Lei nº 12.016/09) – lei esta que revogou as leis anteriores que tratavam do assunto (Leis nº 1.533/51, 4.166/62, 4.348/64, 6.014/73, 6.071/74, 6.978/82 e 9.259/96).

Estabelece o art. 5º, LXIX da Constituição Federal:

Constituição Federal

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

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

Constitui um verdadeiro mecanismo efetivo para permitir à pessoa rever, controlar e se defender contra atos ilegais e arbitrários do Estado ou de quem lhe faz as vezes.

O objetivo do mandado de segurança é a fruição *in natura* do bem jurídico pretendido. Não se pretende, por ele, a reparação em dinheiro, tanto que o STF editou súmula no sentido de que o MS não se presta a exercer às vezes de ação de cobrança (Súmula 269 do STF) nem tampouco efeitos patrimoniais pretéritos (Súmula 271 do STF e art. 19 da LMS).

Essa constatação não infirma a possibilidade de o mandado de segurança ser repressivo (diante de uma ilegalidade já praticada) ou preventivo (decorrente de uma ameaça a direito líquido e certo).

O objeto do mandado de segurança é, portanto, a correção de ato ou omissão de autoridade revestido de ilegalidade cuja prova possa ser líquida e certa. Constitui o mandado de segurança ação civil pelo rito especial que objetiva corrigir ilegalidade decorrente de autoridade pública.

5.2. DIREITO LÍQUIDO E CERTO

Direito líquido e certo é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração (Hely Lopes Meirelles). Se tais requisitos não se revelarem presentes, a defesa pode ser exercida por outros meios judiciais.

Consequência prática

A ausência de direito líquido e certo obsta o manuseio dessa específica medida constitucional, não impedindo que se socorra o postulante pelas vias ordinárias.

Ressalte-se, entretanto, para não haver confusão, que não é o direito, propriamente dito, que deve ser líquido e certo, mas sim o fato carecedor de tutela que deve ser líquido e certo. Ou seja: admite-se a propositura do mandado de segurança quando houver controvérsia sobre o direito (Súmula 625 do STF).

Em síntese, não pode haver dilação probatória. Esse ponto é nuclear na impetração do mandado de segurança, porque é dever do impetrante demonstrar a *prima facie*, na petição inicial, a ilegalidade ou abusividade perpetrada.

Esta demonstração não pode ser feita em momento posterior. O procedimento do mandado de segurança não admite que a produção probatória seja em feita em momento após a apresentação da petição inicial. A prova deve preexistir à impetração do mandado de segurança.

O fato de estar provado documentalmente desde já na petição inicial não quer dizer que o autor terá direito ao que se postula. A autoridade coatora, uma vez participando do processo, poderá trazer novos dados que elidem a pretensão do impetrante.

6

MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO

6.1. CABIMENTO E LEGITIMIDADE ATIVA

Sem perder de vista as considerações tecidas no item precedente sobre o mandado de segurança individual, há de se ressaltar as características específicas do mandado de segurança coletivo. A conceituação do mandado de segurança coletivo, a rigor, é a mesma do mandado de segurança individual. Também se apresenta como uma ação constitucional de natureza civil e de procedimento especial, que visa tutelar direito líquido e certo.

As restrições ao mandado de segurança individual também se aplicam ao mandado de segurança coletivo.

No mandado de segurança coletivo, entretanto, o foco será a coletividade e a proteção de seus direitos (coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos), não o sujeito considerado em sua individualidade. A grande diferença entre o mandado de segurança na modalidade individual e na modalidade coletiva reside, pois, em seu objeto e na legitimação ativa.

O mandado de segurança coletivo não se destina à tutela de direitos de um indivíduo em particular, devendo ser utilizado apenas para a tutela de direitos coletivos em sentido amplo.

A Lei nº 12.016/09 deixou assente, de maneira expressa, quais os direitos protegidos pelo mandado de segurança coletivo. De acordo com o art. 21, parágrafo único, são os coletivos em sentido estrito, isto é, os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo ou categoria de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica básica, e os individuais homogêneos, sendo estes os decorrentes de origem comum e da atividade ou situação específica da totalidade ou de parte dos associados ou membros do impetrante.

Esse instrumento jurídico tem fortalecido as organizações classistas, eis que o instrumento permite a defesa de direitos dos membros ou associados,

como entidades de classe, facilitando-lhes o acesso à justiça e evitando o número de demandas idênticas.

Na dicção do art. 5º, LXX da Constituição Federal o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:

- a) partido político com representação no Congresso Nacional;
- b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados.

Consequência prática

Note-se que a legitimação é extraordinária, atuando os legitimados em nome próprio, mas em defesa de direitos coletivos de terceiros. Para ter representação no Congresso Nacional, o partido necessita de pelo menos um único Deputado Federal ou um Senador da República, não havendo a exigência de membros do Poder Legislativo nas duas Casas para se consolidar a legitimidade.

Importante entender que esses legitimados extraordinários atuam como substitutos processuais defendendo direito alheio.

Em regra, os legitimados apenas podem veicular pretensão na defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes, membros ou associados. Não é necessário que o Mandado de Segurança abarque direito de todos os integrantes, podendo, portanto, postular direito de parcela deles. Em todos os casos, não é necessária a autorização expressa dos integrantes.

Os partidos políticos podem também postular pretensão alheia a direitos de seus integrantes desde que sejam relativos à sua finalidade partidária.

As organizações sindicais, entidades de classe e associações somente podem apresentar direito de seus membros ou associados e também precisam observar os procedimentos de seu Estatuto e a pertinência com suas finalidades ou objetivos sociais.

As associações também precisam comprovar a sua constituição legal e seu funcionamento há pelo menos um ano. Tal requisito não pode sequer ser relativizado pelo Juízo pois decorre de comando direto do texto constitucional.

A legitimidade passiva do mandado de segurança coletivo e a competência obedecem às mesmas regras do mandado de segurança individual.

6.2. PROCEDIMENTO E DECISÃO

Os efeitos da decisão em mandado de segurança coletivo abrangem todos os associados, independentemente se o ingresso na associação tenha ocorrido antes