

FLAVIA BAHIA

CONSTITUCIONAL

PRÁTICA



20^a revista
atualizada
ampliada
edição

2024

 EDITORA
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Neste Capítulo estudaremos as noções iniciais do processo, os elementos da ação, o pedido de gratuidade de justiça, as tutelas de urgência, a estrutura da petição inicial e da contestação.

► Processo X Procedimento

O processo é o meio utilizado para solucionar os litígios. O Direito Processual Civil prevê duas espécies de processo: o de conhecimento (ou de cognição) e o de execução.

No **Processo de conhecimento** as partes levam ao conhecimento do juiz, os fatos e fundamentos jurídicos, para que ele possa substituir por um ato seu a vontade de uma das partes.

O **Processo de execução** está regulamentado no Livro II do CPC, a partir do seu art. 771. É o meio pelo qual alguém é levado a juízo para solver uma obrigação que tenha sido imposta por lei ou por uma decisão judicial.

Enquanto o processo forma uma relação processual em busca da pretensão jurisdicional, o procedimento é o modo e a forma como os atos do processo se movimentam. Procedimento, segundo alguns autores, é expressão sinônima a rito.

► O Procedimento Comum no Processo de Conhecimento

O processo de conhecimento é o mais importante na segunda fase de Direito Constitucional, de acordo com o conteúdo programático apresentado pela banca. Nele, encontramos o procedimento comum, regulamentado no Título I do Livro I do CPC (art. 318 e seguintes).

De acordo com o art. 318 do CPC:

“Art. 318. Aplica-se a todas as causas o procedimento comum, salvo disposição em contrário deste Código ou de lei.

Parágrafo único. O procedimento comum aplica-se subsidiariamente aos demais procedimentos especiais e ao processo de execução.”

► Procedimentos Especiais

Os procedimentos especiais estão previstos no CPC e em leis esparsas, conforme ocorre com o mandado de segurança e o *habeas data*. No CPC, podemos encontrar no Título III, as seguintes ações:

DA AÇÃO DE CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO, DA AÇÃO DE EXIGIR CONTAS, DAS AÇÕES POSSESSÓRIAS...

► Atividade Jurisdicional – Estrutura

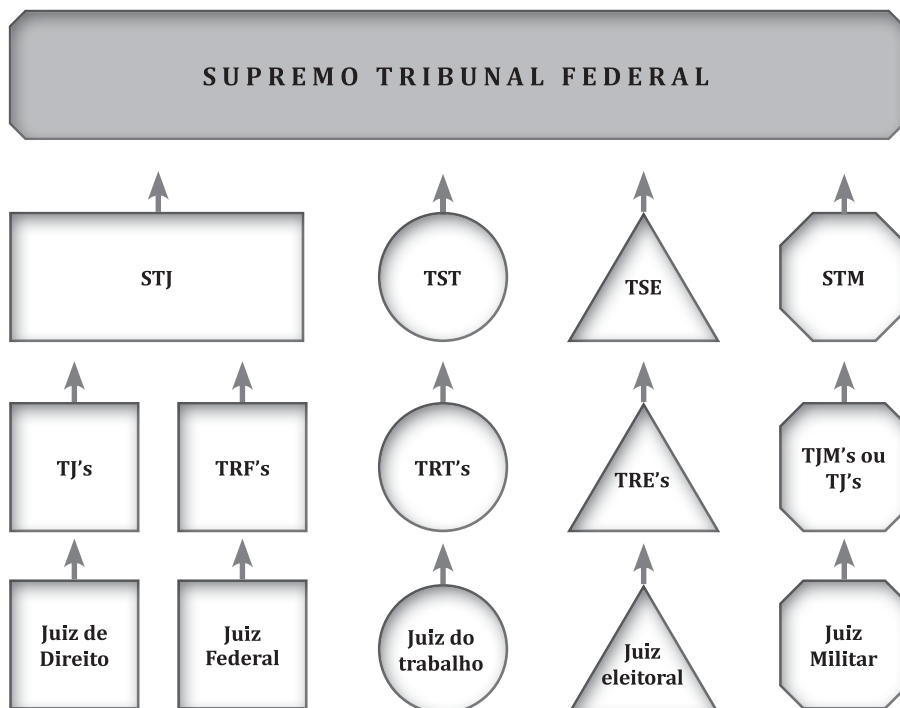
A estrutura do Estado é estabelecida com base na forma federativa, que admite duas ordens de organização: Federal e Estadual. Portanto, coexistem a Justiça Federal, que tem as competências previstas expressamente na Constituição, e a Justiça Estadual, cabendo-lhe a competência residual.

Quanto à competência disposta na Constituição Federal, o Judiciário estrutura-se em 2 (dois) âmbitos: comum e especializado. Portanto, a Justiça Federal pode ser: comum ou especializada (Justiça do Trabalho, Eleitoral e Militar). Já na Justiça Estadual há somente a Justiça Militar especializada.

São órgãos do Poder Judiciário, na forma do art. 92, I a VII, da CRFB/88:

- a) o Supremo Tribunal Federal;
- b) o Conselho Nacional de Justiça;
- c) o Superior Tribunal de Justiça;
- d) o Tribunal Superior do Trabalho;
- e) os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais;
- f) os Tribunais e Juízes do Trabalho;
- g) os Tribunais e Juízes Eleitorais;
- h) os Tribunais e Juízes Militares;
- i) os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios.

O Supremo Tribunal Federal e os Tribunais Superiores têm sede na Capital Federal e jurisdição em todo o território nacional (art. 92, § 1º e § 2º). O Conselho Nacional de Justiça também tem sede em Brasília, mas é desprovido de atividade jurisdicional.



► Elementos da Ação

Os elementos da ação configuram os requisitos da ação exigidos pela lei para que seja viável a análise da pretensão apresentada na petição inicial. A ausência de um deles gera a extinção do processo sem resolução do mérito (art. 17 c/c art. 337, XI, do CPC). São eles:

- Legitimidade das Partes;
- Interesse Processual.

A *legitimidade das Partes* (“*ad causam*” ou legitimidade para agir) pode ser conceituada como o poder jurídico de conduzir validamente um processo em que se discute um determinado conflito. A legitimidade pode ser exclusiva (atribuída a um único sujeito), concorrente (atribuída a mais de um sujeito), ordinária (o legitimado discute direito próprio) e extraordinária (o legitimado, em nome próprio, discute direito alheio). Diz respeito ao polo ativo e passivo da demanda.

MANDADO DE INJUNÇÃO

Art. 5º, CRFB/88. LXXI – 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.

► Histórico, natureza jurídica e conceito

O mandado de injunção foi uma grande aposta da constituinte de 1988 para curar a doença da inefetividade das normas constitucionais que contagiou toda a história do constitucionalismo brasileiro. As normas constitucionais de eficácia limitada dependentes de regulamentação sempre estiveram presentes nas Constituições anteriores, que foram sucessivamente revogadas sem que tivessem cumprido a promessa constitucional para a sociedade brasileira.

Conforme assevera José Afonso da Silva¹, o remédio está intimamente ligado à ideia de que as normas jurídicas escritas não podem prever tudo, mas, mesmo na falta de norma expressa, não pode o Poder Judiciário deixar de apreciar lesão ou ameaça de direito (art. 5º, XXXV); há de encontrar meio de solucionar o caso submetido à sua apreciação, aplicando o velho princípio de que na falta de normas escritas e princípios gerais de Direito que lhe possibilitem essa apreciação, cumpre-lhe dispor para o caso concreto como se legislador fosse, exercendo uma forma de juízo de equidade.

A sua fonte mais próxima no direito comparado é o *writ of injunction* do Direito norte-americano, onde tem sido cada vez mais utilizado para a defesa da proteção da pessoa humana, impedindo violações aos direitos fundamentais, num caráter mais proibitivo do que o nosso instituto.

À semelhança dos demais remédios constitucionais, possui igualmente natureza jurídica dúplice, sendo ao mesmo tempo ação constitucional e

1 AFONSO DA SILVA, José. *Comentário Contextual à Constituição*, São Paulo: Malheiros, 2005, p. 165.

HABEAS DATA

“Art. 5º, CRFB/88. LXXII – “conceder-se-á *habeas data*:

a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público;

b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo”.

► Histórico, natureza jurídica e conceito

A criação do *habeas data* pelo constituinte de 1988 tem estreita relação com os “anos de chumbo” vivenciados pelos brasileiros na época da ditadura militar. Como é fato notório, autoridades faziam uso da prática repugnável de colher informações sobre a vida das pessoas que se insurgiam contra o regime, numa completa violação ao direito fundamental à intimidade.

A influência do direito comparado sobre a criação do instituto é normalmente associada ao *Freedom of Information Act* americano de 1974, ainda que a ação também tenha previsão na Constituição de Portugal de 1976¹ e na Constituição da Espanha de 1978.

É uma ação constitucional e também de natureza cível, de procedimento especial, dirigida ao conhecimento ou retificação, como também, anotação, contestação ou explicação de dados pessoais constantes de bancos de dados ou, assentamentos de entidades governamentais ou

1 “Art. 35º 1. Todos os cidadãos têm o direito de acesso aos dados informatizados que lhes digam respeito, podendo exigir a sua retificação e atualização, e o direito de conhecer a finalidade a que se destinam, nos termos da lei”. E ainda: “4. É proibido o acesso a dados pessoais de terceiros, salvo em casos excepcionais previstos na lei.”

AÇÃO POPULAR

Art 5º, CRFB/88. LXXIII – qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.

► Histórico, natureza jurídica e conceito

A origem da ação popular está ligada à história do direito romano. Os juristas romanos denominavam *actiones populares* a ação que amparava direito próprio do povo. Era utilizada à época para a defesa de mares, rios, praças públicas e sepulturas, por exemplo.¹ Durante a passagem pela sociedade feudal não houve evolução da referida ação genuína do povo, porque a simbiose cidadão-Estado não existia nesse momento da história. Já no período mais moderno ela foi acolhida pela Bélgica em 1836, pela França em 1837 e na Itália em 1859.

No Brasil, o primeiro texto constitucional que lhe deu guarida foi o de 1934, não sendo mantida em 1937 face ao autoritarismo do regime, retornando à história brasileira a partir de 1946, e a partir daí foi protegida pelas demais Constituições.

Ressalte-se que em 1988 o seu objeto foi ampliado, tendo em vista que pelos textos anteriores a proteção da ação popular era apenas dirigida ao patrimônio público das entidades federativas.

Hoje, pode-se dizer que é um remédio constitucional, de procedimento comum, colocado à disposição de qualquer cidadão para a invalidação de ato ou contrato administrativo, ilegal, ilegítimo ou ilícito e lesivo ao patrimônio público, cultural, histórico ou ambiental, com previsão constitucional e infraconstitucional de acordo com a Lei nº 4.717/1965. O ato impugnado pode ser comissivo ou omissivo.

¹ AFONSO DA SILVA, José. *Ação Popular Constitucional, doutrina e processo*, 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2007, pp. 17 a 30.

HABEAS CORPUS

Art. 5º, CRFB/88. LXVIII – 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.

► Histórico, natureza jurídica e conceito

Historicamente, foi a primeira garantia de direito fundamental, concedida pelo Rei João Sem-Terra (Inglaterra), na Magna Carta de 1215 e formalizada pelo *Habeas Corpus Act* em 1679. No Brasil, Dom Pedro I emitiu, em 1821, um Alvará, consagrando a liberdade de locomoção. Em 1830, a garantia passou a ser chamada de *Habeas Corpus* e só era utilizada pelo Código Criminal, sendo consagrada em sede constitucional a partir de 1891 e mantida a partir daí em todos os demais textos constitucionais, com a exceção do período ditatorial, pois o A-I 5 de 13 de dezembro de 1968 suspendeu a garantia de *habeas corpus* nos casos de crimes políticos, contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular (art. 10).

O *Habeas Corpus* tem natureza jurídica híbrida, pois é uma ação penal popular (art. 5º, LXVIII da CRFB/88) e ainda é uma ação penal não condenatória (arts. 647 e ss. do CPP). É um remédio constitucional dirigido à tutela da liberdade de locomoção, ameaçada ou lesada em decorrência de violência ou coação eivada de ilegalidade – ato comissivo ou omissivo contrário a lei – ou abuso de poder. Em sede penal, também é utilizado para trancar um inquérito policial ou uma ação penal em face de ato atípico ou ilegal.

Para que seja cabível o remédio deve haver ao menos ameaça ao direito de locomoção do paciente. Assim, quando não houver risco ao direito ambulatorial, não será cabível a impetração do *habeas corpus*.

MANDADO DE SEGURANÇA

Art. 5º, CRFB/88. 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;

LXX – 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.

► Histórico, natureza jurídica e conceito

Constitucionalmente, o mandado de segurança individual foi acolhido pelo Direito brasileiro em 1934, fruto da evolução da doutrina brasileira do *habeas corpus*, com inspiração no recurso de amparo mexicano. O remédio permaneceu ao longo das demais Constituições brasileiras, exceto na de 1937, em face do autoritarismo do regime. A ação, na sua modalidade coletiva, é produto da Constituição de 1988.

O *mandamus* é recoberto de natureza jurídica mista, pois é ao mesmo tempo um remédio constitucional e, em seu aspecto processual, é uma ação cível de procedimento especial, pois não se admite a dilação probatória e deve ser instruída por meio de prova pré-constituída.

Dirige-se à tutela de direito individual e coletivo, líquido e certo, não amparável por nenhum dos demais remédios constitucionais, diante de sua natureza residual, que esteja sendo ameaçado ou lesado em decorrência de ato de autoridade pública ou agente delegado, eivado de ilegalidade ou abuso de poder.

AÇÃO DE PROCEDIMENTO COMUM

A ação de procedimento comum (antiga ação ordinária) é uma petição inicial simples, regida pelo Código de Processo Civil e que admite a dilação probatória, ou seja, não há necessidade de existência de prova pré-constituída para apresentação da ação. Na qualificação inicial é suficiente escrever “Ação de Procedimento Comum” e nos pedidos ela pode ser: de indenização, de anulação de ato administrativo, de cobrança, de obrigação de fazer...

As petições iniciais correspondentes a essas ações são estruturadas de acordo com os arts. 319 e 320 do CPC, portanto, não são consideradas "ações constitucionais".

Nas ações de procedimento comum, havendo urgência, é possível pleitear a antecipação de tutela, desde que comprovados os requisitos da probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, previstos no art. 300, do CPC.

Na elaboração da peça, além dos requisitos dos arts. 319 e 320, do CPC, não se deve esquecer o pedido de condenação em custas e honorários e o de citação do(s) réu(s) para integrar a lide e apresentar a contestação (art. 238, do CPC).

Com relação ao endereçamento, as ações de procedimento comum (do mesmo modo que a ação popular) não têm prerrogativa de foro, com isso, a ação será endereçada ao juiz singular, federal ou estadual, conforme o caso. Por exemplo, o art. 109, I, da CRFB/88 define que: compete à justiça federal julgar as ações em que esteja no polo ativo ou passivo a União, suas autarquias, suas fundações públicas e suas empresas públicas. As outras pessoas integrantes da administração pública não deslocam competência para a justiça federal. Então, nas ações contra estados, municípios e Sociedades de economia mista (mesmo que federal), a competência é da justiça estadual.

DIFERENÇAS PRINCIPAIS ENTRE A AÇÃO DE PROCEDIMENTO COMUM E O MANDADO DE SEGURANÇA

Para evitar que o examinando confunda na prova o Mandado de segurança e a Ação de Procedimento Comum, é importante destacarmos as principais diferenças entre as duas ações, apresentadas no quadro abaixo.

CRITÉRIO	AÇÃO DE PROCEDIMENTO COMUM	MANDADO DE SEGURANÇA (individual ou coletivo)
Dilação probatória	Admite-se o pedido de produção de provas.	Não se admite a dilação probatória.
Prazo	Não há prazo específico para o ajuizamento das ações em geral.	Na via repressiva, o remédio deverá ser impetrado no prazo de 120 (cento e vinte dias).
Autoridade Coatora	Não precisa estar indicada no caso narrado.	Normalmente é indicada no caso proposto.
Indenização	Admite o pedido de indenização e de cobrança.	Como não permite a dilação probatória, não há, em regra, pedido de indenização e de cobrança.
Prerrogativa de Foro	Não há prerrogativa de Foro. Proposta perante juiz singular, federal ou estadual, conforme o caso.	Há prerrogativa de Foro Funcional na Constituição Federal e nas Constituições Estaduais.

RECLAMAÇÃO

A Reclamação está regulamentada no CPC entre os arts. 988 e 993 e, ainda, encontra fundamento na Constituição Federal, que trata da Reclamação de competência do Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, I e art. 103-A, §3º) e do Superior Tribunal de Justiça (art. 105, I, f), como veremos adiante.

► Hipóteses de cabimento e legitimidade ativa

De acordo com o art. 988, do CPC, a parte interessada ou o Ministério Público, poderão apresentar Reclamação para:

“I – preservar a competência do tribunal;

II – garantir a autoridade das decisões do tribunal;

III – garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; (Redação dada pela Lei nº 13.256, de 2016)

IV – garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência; (Redação dada pela Lei nº 13.256, de 2016)”

► Reclamação para preservação da competência do Tribunal – art. 988, I, do CPC e art. 102, inciso I, alínea “I”, da CRFB/88

As competências (originárias e recursais) do STF se esgotam na Constituição Federal. Caso o juiz singular ou o Tribunal viole uma das atribuições da Corte, previstas no art. 102, I a III da CRFB/88, caberá Reclamação.

Um mandando de segurança contra o Presidente da República, por exemplo, impetrado perante um juízo federal de primeiro grau, acarreta em usurpação da competência do Supremo, tendo em vista a norma contida no artigo 102, inciso I, alínea “d”, da Constituição, sendo cabível o ajuizamento de reclamação perante a Corte Suprema.

CAPÍTULO 10

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Art. 102, CRFB/88. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I – processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;

A Ação direta de inconstitucionalidade é a principal ação do controle concentrado federal abstrato de constitucionalidade e visa defender a Supremacia da Constituição.

Se o conflito tem como objeto lei ou ato normativo federal ou estadual que contraria a CRFB/88, a competência é do STF, conforme previsão no art. 102, I, “a”, da CRFB/88 e a Lei 9868/99.

► Objeto

Segundo Clèmerson Merlin Clève,¹ podem ser objeto de uma ação direta de inconstitucionalidade: as emendas constitucionais, atos normativos formalmente legislativos (leis complementares, leis ordinárias, medidas provisórias, leis delegadas, decretos legislativos etc.), tratados internacionais, desde que integrem o ordenamento jurídico atual, leis distritais que tenham como tema matéria de competência estadual. Ressalte-se que não cabe ADI de lei ou ato normativo anterior à Constituição, nem de lei ou ato normativo municipal.

Como a ação realiza controle repressivo de constitucionalidade, projetos de leis e propostas de emendas não podem ser objeto da ADI.

¹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I – processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;

A ação declaratória de constitucionalidade surgiu com a promulgação da EC nº 03/1993, que alterou a redação do então art. 102, I, a, da CRFB/88, contemplando-a ao lado da ação direta de inconstitucionalidade, com propósito contrário ao dela e com o objeto mais restrito.

A finalidade da ação é a de obter do STF uma decisão de cunho declaratório, quanto à constitucionalidade de determinada lei ou ato normativo federal sobre o qual existiam sérias divergências jurisprudenciais, de acordo com o art. 14, III, da Lei nº 9.868/1999, afastando-se, dessa maneira, a insegurança jurídica gerada pela emissão de decisões judiciais contraditórias a respeito de lei ou ato normativo federal, que têm a seu favor a “presunção de constitucionalidade”.

► Objeto

O objeto da ADC é lei ou ato normativo primário federal, que pode ser também analisado em sede de ADI, excluídos os de âmbito estadual. Destarte, indispensável a demonstração do interesse de agir por meio de decisões que apresentem as controvérsias judiciais acerca da constitucionalidade da norma.

A legitimidade ativa e a capacidade postulatória seguem as mesmas regras já analisadas no capítulo da ADI.