

PONTO 13

PLANO DE AULA DE DIREITO CONSTITUCIONAL

(Publicação do dia 17 abril de 2020 – Marcadores - Aulas

<https://www.conhecerparareconhecer.com.br/post.php?id=42>)

Habeas corpus. Habeas data. Mandado de segurança individual e coletivo. Mandado de injunção. Ação popular.

- Habeas corpus: art. 5º, LXVIII; art. 647 e seguintes do CPPB

O habeas corpus deita suas raízes em Roma; estava previsto na Magna Charta, de 1215, e na Petition of Rights, de 1628. No Brasil, foi ignorado pela constituição de 1824 e incorporado na constituição de 1891. O habeas corpus é a ordem judicial ao coator para fazer cessar a coação à liberdade de locomoção.

Obs.: a doutrina brasileira do habeas corpus (Ruy Barbosa) defendia a sua aplicação para além da proteção do direito da liberdade de locomoção. Com a reforma constitucional de 1926 sua doutrina foi abandonada.

- Habeas data: art. 5º, LXXII

O habeas data é um elemento novo na ordem jurídico-constitucional brasileira. Data, plural de datum (latim), diz respeito a dados (informações) que estão registrados em arquivos, em bancos de dados. Esses dados dizem respeito à pessoa do impetrante (lei n. 9.507/1997, artigo 7, I).

- Mandado de segurança individual: art. 5º, LXIX

O mandado de segurança cabe à proteção de direito líquido e certo não amparado por habeas corpus ou habeas data (lei n. 12.016/2009, artigo 1). Direito líquido e certo “é o que resulta de fato certo e fato certo é aquele capaz de ser comprovado de plano, por documento inequívoco” (RTJ 83 (130)).

Obs.: o direito líquido e certo também vale para o mandado de segurança coletivo (lei n. 12.016/2009, artigo 21).

- Mandado de segurança coletivo: art. 5º, LXX

O mandado de segurança coletivo também é uma novidade da CF/88. Os direitos protegidos por ele encontram-se fixados na lei n. 12.016/2009, artigo 21, parág. único.

- Mandado de injunção: art. 5º, LXXI; art. 102, q; art. 105, h

Obs. 1

"Injunção: uma ordem da corte ordenando ou impedindo uma ação. Para receber uma injunção, o demandante tem de mostrar que não existe remédio no direito simples, adequado e completo e uma violação irreparável irá resultar a não ser que o auxílio seja concedido. (...).

Em um sentido geral, cada ordem de uma corte que ordena ou proíbe é uma injunção; mas em seu sentido legal reconhecido, uma injunção é um processo ou pedido judicial funcionando em pessoa pelo qual, sobre certos princípios de equidade existentes, a uma parte é pedido fazer ou omitir fazer uma coisa determinada. Uma injunção também foi definida como uma ordem formada segundo as circunstâncias do caso, ordenando um ato que a corte considera como essencial à justiça ou restringindo um ato que é considerado contrário à equidade e boa consciência; como uma ordem remedial que as cortes dão para o objetivo de executar sua jurisdição no procedimento de equidade; e como uma ordem dada por ordem e sob o carimbo de uma corte de equidade." Howard C. Joycem, A Treatise on the Law Relating to Injunctions § 1, at 2-3 (1909)."

Fonte: Black's Law Dictionary, Seventh Edition. St. Paul, Minn: Bryan A. Garner, 1999, p. 788 (verbete: injunction).

Obs. 2

I. Observação preliminar

Três artigos constitucionais, pelo menos, falam contra quem sustenta a norma programática:

1. Art. 5, § 1 (aplicação imediata);

Obs.: ver, para isso, Anais da assembleia nacional constituinte

- comissões e subcomissões – subcomissão dos direitos políticos, dos direitos coletivos e garantias, página 74.

- atas de plenário – 1988 – 11/02 a 29/02, página 60.

2. Art. 5, LXXI (mandado de injunção);

3. art. 103, § 2: omissão.

Nota:

“Proposição programática denomina-se uma determinação legal (sobretudo em constituições ou preâmbulos) que não requer vinculatividade imediata, mas somente reproduz intenções, ideias, determinação de objetivos ou planos do dador de leis. Uma proposição programática na constituição pode, todavia, também ser pedido para o legislador, seu não-cumprimento, eventualmente, violação da constituição. Ela também pode ter significado para a interpretação de uma lei. Ver também → declaração de intenção.”

Fonte: Creifelds, Carl. Rechtswörterbuch. 11. Aufl. München: 1992. (Pontuação no original.)

II. Mandado de injunção e omissão do artigo 103, § 2, da CF

1- Titular dos direitos, liberdades (ordem da corte ordenando ou impedindo uma ação ... artigo 5, LXXI. CF) é o cidadão. A via processual para fazê-los valer é o MI. Na ação direta de inconstitucionalidade/constitucionalidade (via processual) não há titular de direitos, liberdades No MI existe uma proteção subjetiva, na ação direta de inconstitucionalidade/constitucionalidade, não.

2- Objeto do MI: ordem (atuação normativa positiva do estado - no caso, judiciário) que possibilita o exercício (realização) dos direitos, liberdades ... Objeto da ação direta de inconstitucionalidade/constitucionalidade: a inconstitucionalidade ou constitucionalidade da lei. A omissão do § 2 do artigo 103, da CF, é objeto mediato da ação direta de inconstitucionalidade. Diz o § 2:

"Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional ..."

Nota:

1. não é possível declarar inconstitucional algo inexistente, ou seja, a omissão;
2. por isso, o titular do direito deve estar violado diretamente pela não-feitura da medida, o que comprova a existência real da omissão;
3. não há, porém, titulares de direitos públicos subjetivos nos incisos do artigo 103;
4. a omissão, portanto, não viola os enumerados nos incisos do artigo 103 diretamente;
5. o § 2 do artigo 103 da CF apresenta, assim, uma espécie de ação popular com legitimados processuais limitados. Não se trata, então, de direito, mas de interesse;

3- Capacidade processual ativa do MI: é diferente em relação à ação direta de inconstitucionalidade/constitucionalidade (incisos do artigo 103, da CF).

4- Direito subjetivo público no MI. Na ação direta (inconstitucionalidade/constitucionalidade) não tem isso. Ela assemelha-se assim ao controle abstrato, no sentido do direito alemão. Comparar com o número 1, supra.

O controle abstrato de normas é a verificação da validade de uma norma independente de um processo em curso como decorrência de uma causa concreta. É um procedimento objetivo, independente de justificação subjetiva, para a defesa da constituição e serve somente ao exame de normas jurídicas, não à proteção de uma posição jurídica do promovente (Heck, O tribunal, p. 127).

5- Direito à atuação normativa positiva do estado: são direitos do titular dos direitos fundamentais a atos de fixação de normas estatais. No mandado de injunção trata-se disso. A omissão estatal viola os direitos, liberdades ... à medida que impede a sua realização (seu exercício). Na ação direta não se trata disso.

6- Os direitos, liberdades ... pelo MI tornam-se definitivos. Isso não é o caso na ação direta de inconstitucionalidade/constitucionalidade.

7- A base da teoria analítica dos direitos é uma tripartição das posições, a serem designadas como direitos, em direito a algo, liberdades e competências. A CF fala em direitos e liberdades constitucionais (artigo 5, LXXI). Sobre isso pode ser dito o que segue.

A forma mais geral de uma proposição sobre um direito a algo diz: *a* tem perante *b* um direito a *G*. Isso mostra que o direito a algo pode ser concebido como uma relação de três variáveis, cujo primeiro membro é o *titular* ou possuidor do direito (*a*), cujo segundo membro, o *destinatário* do direito (*b*) e cujo terceiro membro, o *objeto* do direito (*G*).

Desse esquema nasce coisa bem diferente, conforme o que se emprega para *a*, *b* e *G*. Se para *a*, o titular, emprega-se uma pessoa natural ou jurídica de direito público, ou para *b*, o destinatário, o estado ou privados, ou para *G*, o objeto, atuações positivas ou omissões, obtém-se relações entre as quais, sob pontos de vista dogmático-jurídico-fundamentais, existem diferenças muito importantes. Pergunta-se sobre a estrutura do objeto do direito a algo, então o objeto de um direito a algo é sempre uma atuação do destinatário.

Cada liberdade jurídico-fundamental é uma liberdade que, pelo menos, existe em relação ao estado. Cada liberdade jurídico-fundamental, que existe em relação para com o estado, é armada, imediata e subjetivamente, pelo menos, por um direito igual quanto ao conteúdo, a isto, que o estado não impede o titular do direito de liberdade nisto, de fazer aquilo que ele jurídico-fundamentalmente é livre para fazer. Reúne-se a liberdade e o armamento no conceito da liberdade armada, então compõe-se esse tipo da liberdade armada da união de uma liberdade não-armada e de um direito ao não-impedimento de atuações. O direito ao não-impedimento é um direito a uma atuação negativa. Direitos a atuações negativas estão em correlação com proibições dessas atuações. Quando se fala de direitos fundamentais como »direitos de defesa«, então são consideradas, em geral, as liberdades jurídico-fundamentais a atuações negativas contra o estado.

8- A concepção do MI do STF alterou-se com o passar do tempo e, com isso, também o manejo do MI. Na RTJ 186, 1 (28) o STF aceitou o MI e informou o poder legislativo sobre a existência da omissão. O legislativo continuou omissivo. Na RTJ 207, 1 (11) o STF invocou a lei de greve que regula o setor privado e afirmou ser ela aplicável para a solução da omissão legislativa. Por um lado, os votos vencidos limitaram a decisão à categoria representada pelo sindicato e

estabeleceram condições para o exercício da greve. Por outro, um voto vencido limitou-se a informar o poder legislativo. Tirante o último, o mesmo ocorreu na RTJ 207, 2 (471).

Nota:

1. Para que uma omissão legislativa entre em questão judicialmente deve haver um mandado constitucional inequívoco para o legislador;
2. a existência desse mandado constitucional inequívoco, ou seja, se, no caso, o servidor público tem um direito à subjetivação, é duvidoso. Isso depende da resposta sobre se o direito de greve do servidor público é um direito fundamental. A resposta é negativa. A relação estatutária existente entre o servidor público e o estado não se confunde com a do cidadão e o estado. Ver artigos 2 e 3, lei 8.112/1990;
3. mais além, não se trata, aqui, de lei omissa, portanto, o artigo 4, lei 12.376/2010, não tem aplicabilidade.

9- Solução do direito alemão para a omissão do legislador (absoluta e relativa, Heck, O recurso constitucional na sistemática jurisdicional-constitucional alemã, in Revista de informação legislativa, n. 124, 1994, p. 119 e seguinte):

1. para que a omissão legislativa entre em questão deve haver um dever de ação para o legislador (Heck, O recurso, p. 120);
2. a dilatação funcional do poder judiciário tem apenas uma natureza subsidiária (Heck, o recurso, p. 132);
3. o meio processual é o recurso constitucional.

Nota:

1. da perspectiva da civil-law: as liberdades dizem respeito à omissão de atos estatais em relação aos direitos fundamentais, que são aqui, entendidos como direitos de defesa. Elas, então, não podem ser violadas por omissão de atos estatais porque a omissão é justamente o objeto. Isso, então, não é o caso do artigo 5, LXXI, onde a omissão diz respeito à tarefa constitucional não-feita (dever de ação do legislador). Da perspectiva da common-law: as liberdades situam-se no âmbito da ordem da corte impedindo uma ação. Isso também não é o caso do artigo 5, LXXI. Aqui vale o mesmo dito para a perspectiva da civil-

law. Chama-se a atenção ainda para isto: a corte pede a uma parte fazer (ou omitir) alguma coisa. A ordem da corte, portanto, não substitui o fazer (ou omitir) da parte pedida;

2. quanto à nacionalidade pode entrar em consideração o capítulo III do título II da CF. Quanto à soberania é entendido naturalmente a popular, mencionada no caput do artigo 14. Quanto à cidadania pode entrar em consideração o capítulo IV do título II da CF. A cada vez, estão em jogo direitos, não liberdades e a existência do dever de ação do legislador.

III. Questões sobre a lei 13.300, 23 de junho de 2016.

Essa lei regulamentou o MI. Alguns pontos devem ser analisados:

1. ela repete, em seu artigo 2, a confusão entre direitos e liberdades;
2. a pessoa jurídica, que afirma ser titular de direitos, liberdades ou prerrogativas, também tem legitimidade processual como impetrante do MI. Na Alemanha, universidades e partidos podem apresentar recurso constitucional no TCF. Fundamento: eles atuam próximos ao âmbito de direitos fundamentais. Ver artigo 12, II, da lei 13.300 onde os partidos políticos estão mencionados;
3. no artigo 8, II, primeira parte (estabelecer as condições em que se dará o exercício dos direitos ...), pode ser aplicado se da falta da norma resultar um dano irreparável para o impetrante;
4. artigo 9, § 1 fala em efeitos ultra partes ou erga omnes. Aqui pode ser visto um paralelo entre o efeito inter omnes e erga omnes das decisões do TCF. Aquele vale para todos os cidadãos, este para os “órgãos”;
5. os direitos, liberdades ... protegidos por MI coletivo estão mencionados no artigo 12, par. único, lei 13.300.

- Ação popular: art. 5º, LXXIII

A ação popular pode ser proposta por qualquer cidadão. Cidadão é a pessoa física que goza dos direitos políticos. A finalidade da ação popular está prevista no artigo 1, caput, lei n. 4.717/1965.

Obs. final ao ponto 13

O ponto 13 tratou dos meios processuais, que podem ser denominados direitos fundamentais processuais, para a defesa de determinados direitos, fundamentais ou não. Cabe, então, para esclarecer isso melhor, indicar o objeto de cada um. Assim:

habeas corpus: seu objeto é a liberdade de locomoção, prevista como direito fundamental no artigo 5, XV, CF;

habeas data: seu objeto são os dados relativos à pessoa do impetrante. Ele pode ter como objeto também a informação prevista no artigo 5, XXXIII quando se trata, então, de um direito fundamental (o direito a essa informação);

mandado de segurança: o objeto de proteção do mandado de segurança, tanto individual como coletivo, é o direito líquido e certo “que resulta de fato certo”. O que está em jogo, portanto, é questão de fato, não de direito (tipo concreto, não tipo abstrato). Assim, é esse direito líquido e certo pode ser um direito fundamental ou não. Se for direito fundamental, à medida que a norma de direito fundamental é princípio e à medida que a norma de direito fundamental é regra com estrutura semanticamente aberta (Hart e o carro movido à pilha), o mandado de segurança não entra em questão, portanto, não cabe;

mandado de injunção: o objeto do mandado de injunção é a omissão, que, por sua vez, impede o exercício dos direitos (liberdades não entram em questão) constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, soberania e cidadania. O mandado de injunção cobre somente direitos fundamentais (título II, CF, dos direitos e garantias fundamentais);

ação popular: o objeto da ação popular é interesse, não direito. Ela, portanto, não abarca direitos fundamentais.

Diante disso pode ser dito: os meios processuais, que mesmos são direitos fundamentais, não servem para defesa apenas de direitos fundamentais, por um lado. Por outro, eles não cobrem todos os direitos fundamentais do título II, da CF.

Além disso, existe outra questão: na Alemanha tem o recurso constitucional, que pode ser feito valer contra lei, ato administrativo ou sentença que violam um direito fundamental perante o TCF. Ou seja: é um meio processual que cobre todos os direitos fundamentais diante das três funções estatais perante o TCF. No Brasil não tem algo semelhante. Uma olhada na CF mostra o seguinte quadro.

O STF pode ser chamado como primeira instância:

- com o habeas corpus (artigo 102 I d, CF, e artigo 102 I f, CF);
- com o habeas data (artigo 102 I d, CF);
- com o mandado de segurança (artigo 102 I d, CF);
- com o mandado de injunção (artigo 102 I q, CF).

O STF também pode ser chamado como tribunal de revisão de última instância para o habeas corpus, habeas data, mandado de segurança e mandado de injunção negados (artigo 102 II a, CF).

Isso permite dizer: como primeira instância, o STF, cobre apenas alguns direitos fundamentais materiais (a constituição garante apenas os meios processuais indicados como direitos fundamentais de acesso ao STF) e apenas de determinados titulares.

Com isso, e diante do fato que o recurso extraordinário, como ainda veremos, serve primariamente para a defesa da constituição, as afirmações do Sr. Mendes relativas à proteção dos direitos fundamentais em conexão com o controle abstrato de normas (ação direta de inconstitucionalidade) mostram falta de seriedade não apenas com o direito comparado, no caso, o alemão, mas também com a estrutura e sistemática da constituição brasileira no tocante a esses temas (proteção dos direitos fundamentais e controle de constitucionalidade). Isso coloca em questão sua capacidade científica, não apenas como professor, mas também como juiz. Além disso, à medida que o Sr. Mitidiero, Sr. Arenhard e Sr. Marinoni prometem, em seus comentários ao novo CPC, focar fundamentalmente a proteção de direitos fundamentais, demonstram igualmente falta de seriedade, portanto, mostram igualmente ausência de capacidade científica, como professores e advogados, porque o artigo 1.027, I, CPC é semelhante ao artigo 102 II a, CF (falta apenas o habeas corpus no artigo do CPC mencionado), portanto, está no âmbito constitucional, e o artigo 1.027 II, a, do CPC trata do mandado de segurança no STJ. Como vimos, o mandado

de segurança tem pouco a ver com a proteção de direitos fundamentais materiais (direitos fundamentais no plano teórico e no prático é projeto de pesquisa do prof. Heck desde 2003 com sua entrada como professor concursado na UFRGS). Mais além, ao prometerem grande peso na interpretação em seus comentários, parecem fugir da tarefa propriamente de comentar, porque o direito processual civil não está direcionado para a interpretação (Gadamer, Hesse, Alexy). Vender gato por lebre não corresponde à atividade de professor, advogado ou juiz sério. Em resumo: parecem estar ainda naquela idade em que se sabe tudo e não se consegue explicar nada. Ocorre que o artigo 93, IX, CF, exige, para a fundamentação, explicação (hermenêutica, Auslegen = interpretar e explicar). Como, por exemplo, o Sr. Mitidiero e o Sr. Barroso, irão interpretar, portanto, explicar, o artigo 489, par. 2, do novo CPC, com base na teoria dos princípios do Ávila, que um e outro assumiram? Para Ávila, e outros, ver Leonardo Simchen Trevisan. Ponderação, argumentação, racionalidade. Robert Alexy e seus críticos. Sergio Antonio Fabris Editor, 2017. Para Mendes, ver Luís Afonso Heck. A jurisdição constitucional brasileira – apresentada no exemplo do controle de normas, in Cadernos do programa de pós-graduação – direito UFRGS. Vol. 12, n. 1, 2017.