

Artigos originais

As garantias constitucionais de proteção das liberdades públicas: uma revisão histórico-conceitual nos 35 anos da Constituição de 1988

Constitutional guarantees for the protection of public freedoms: a historical-conceptual review in the 35 years of the 1988 Constitution



Heleno Florindo da Silva¹



Daury Cesar Fabriz²

Resumo: Após o aniversário de 35 anos da promulgação da Constituição do Brasil de 1988, é importante revisitar alguns conceitos e analisar, mesmo que brevemente, alguns pontos importantes para a história do constitucionalismo brasileiro. O presente trabalho busca realizar esse objetivo por meio de perfumária análise das garantias constitucionais de proteção das liberdades públicas, conhecidas também como “remédios constitucionais” ou ações constitucionais, de modo que, em cada uma das partes que o compõe, o trabalho discutirá aspectos históricos, conceituais e procedimentais, à luz da Constituição de 1988, da legislação infraconstitucional e da jurisprudência dos Tribunais pátrios, das ações constitucionais de *habeas corpus*, *habeas data*, mandado de segurança, mandado de injunção e ação popular, o que se fez por meio de uma abordagem

¹ Doutor e Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Especialista em Direito Público pelo Centro Universitário Newton Paiva. Membro Externo do Grupo de Pesquisa Estado, Democracia e Direitos Fundamentais, da Linha de Pesquisa Estado e Direito – Estudos Contemporâneos, vinculado ao Programa de Pós-Graduação Estrito Senso da Faculdade de Direito de Vitória (FDV – CAPES 5). Professor EBTT de Direito (D3/N1) do Instituto Federal Sudeste de Minas Gerais (Campus Muriaé/MG). E-mail – heleno.silva@ifsudestemg.edu.br.

² Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Estado de Minas Gerais (UFMG). Professor do PPGD (Mestrado e Doutorado) da Faculdade de Direito de Vitória (FDV) e Professor Titular da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). E-mail – daury@terra.com.br.

metodológica dialética, cujo desenvolvimento técnico derivou de uma revisão bibliográfica primária, cujo intuito fora fundamental, mesmo que brevemente, cada um dos pontos que compõem a presente pesquisa.

Palavras-chave: *Habeas Corpus. Habeas Data. Mandado de Segurança. Mandado de Injunção. Ação Popular.*

Abstract: In the midst of debates over the 35th anniversary of the promulgation of the 1988 Brazilian Constitution, it is important to revisit and analyze, albeit dogmatically, some concepts that are important for the history of Brazilian constitutionalism. This study aims to discuss, through a perfunctory analysis of the constitutional guarantees for the protection of public freedoms – also known as “constitutional remedies” or constitutional actions – in the light of the 1988 Constitution, infra-constitutional legislation and the jurisprudence of the Brazilian Courts. , historical-dogmatic, conceptual and procedural aspects of constitutional actions of habeas corpus, habeas data, writ of mandamus, writ of injunction and popular action. In this sense, the path to achieving the aforementioned objective will be through a dialectical methodological approach, whose technical development derives from a primary bibliographical review, whose aim was to substantiate (briefly, dogmatically, conceptually and historically) each of the points that make up the present research.

Keywords: *Habeas Corpus. Habeas Data. Writ of Mandamus. Writ of Injunction. Popular Action.*

Submetido em: 25 de fevereiro de 2024

Aceito em: 23 de setembro de 2024

1 Introdução

Em 05 de outubro de 2023, foram comemorados os 35 anos de promulgação da Constituição da República de 1988. Momento importante – dado o simbolismo da data – para analisarmos alguns aspectos dogmáticos, históricos, conceituais e procedimentais das determinações estabelecidas pelo texto constitucional pátrio, que figura como um dos mais importantes da história do constitucionalismo brasileiro, por tudo que representou – e ainda representa – nas últimas três décadas e meia, face a proteção e efetivação dos direitos dos brasileiros, especialmente, em relação à garantia da ordem democrática nacional.

Nesse sentido, o presente estudo se desdobra a partir de uma abordagem metodológica múltiplo-dialética³, cujo desenvolvimento técnico se dará por meio de uma revisão bibliográfica primária, cujo objetivo é fundamentar (mesmo que concisamente) cada um dos pontos que compõem a pesquisa, permitindo ao leitor conhecimento acerca do objeto de estudo debatido.

A partir de tais perspectivas, portanto, é que a pesquisa busca analisar cada uma das garantias constitucionais de proteção das liberdades públicas, também chamadas de “remédios constitucionais” ou de ações constitucionais, destacadas no art. 5º da Constituição de 1988 (*Habeas Corpus*, *Habeas Data*, Mandado de Segurança, Mandado de Injunção e Ação Popular), por meio de um breve escorço histórico, dogmático e conceitual, de matiz constitucional, infraconstitucional e/ou procedural.

³ Em decorrência do espaço limitado de um artigo científico, para um aprofundamento acerca do método do Múltiplo Dialético, ver Krohling, Aloísio. *Dialética e Direitos Humanos – múltiplo dialético: da Grécia à Contemporaneidade*. Curitiba: Juruá Editora, 2014. Cap. 4. Contudo, é importante que já se estabeleça ao menos alguns apontamentos sobre a referida perspectiva metodológica do múltiplo-dialético, a fim de se justificar o motivo de sua escolha como referencial metodológico para a construção do presente texto. Desse modo, a abordagem metodológica do múltiplo-dialético pode ser compreendida desde sua matriz grega até a contemporaneidade como o modelo de racionalidade capaz de possibilitar a existência de inúmeras realidades que, mesmo sendo diferentes entre si, convivem em harmonia dentro de uma mesma realidade político-social, ou seja, é o que nos possibilitará perceber a multiplicidade de existência e de modos de compreensão possíveis, bem como a compreensão de que está tudo inter-relacionado, de que tudo o que existe está ligado a ponto de ser especial para a vida em harmonia. É neste sentido que Krohling apontará para o fato de que desde sua formação mais incipiente, na Grécia antiga, a perspectiva do múltiplo dialético é um importante marco na ascensão e promoção do debate sobre quaisquer situações, o que possibilitará não só o surgimento, mas a necessidade de realização prática do que hoje chamamos de diferença ou, mais recentemente, de diversidade, pois, segundo ele, “Os gregos já tinham saído da mitologia, pois viviam a presença de um novo marco, isto é, a realidade da *pólis*, que modificou profundamente a sua maneira de ser e viver. [...] a *ágora* (praça pública) é o principal espaço e instrumento de poder. Nesse cenário descendências monárquicas, origens divinas da natureza e explicações mitológicas do poder não têm mais guarida. [...] tudo é debatido. As pessoas agora são iguais. Não há mais hierarquia absoluta e muito menos monarquia. [...]. Esse é o marco inicial. Não há nada que não possa ser discutido. Não existem mais verdades eternas (2014, p. 23-24)”.

20 Habeas Corpus (HC) – aspectos históricos e conceituais do “Remédio Heroico” no Direito Constitucional Pátrio.

A primeira garantia constitucional a ser analisada neste ponto trata daquilo que se conhece por Habeas Corpus (numa tradução livre, e mais próxima, seria uma ação para liberar o corpo), também conhecido como *Writ* ou *Remédio Heroico*, que aparece garantido no art. 5º, LXVIII da CF/88, e que é regulado pelo Código de Processo Penal (CPP) a partir de seu art. 647.

O Habeas Corpus (HC), enquanto uma garantia fundamental, visa a reprimir toda e qualquer irregularidade ou abuso de poder que cerceia o direito fundamental de ir e vir (liberdade de locomoção) do indivíduo.

Ele surge no Brasil nas primeiras décadas dos anos de 1800, através de legislações infraconstitucionais, ou seja, só passa a ser visto como uma garantia constitucional a partir do momento que é inserido, enquanto direito constitucional, na Constituição da República do Brasil de 1891. Sendo assim, mais especificamente, o HC surge no Brasil em 1824, por meio do Decreto n.º 21 de 23 de maio do citado ano⁴.

Ademais, ressalta-se ainda que o Código de Processo Criminal do Império de 1832 previu a possibilidade do HC nos termos do seu art. 340, estabelecendo que: *“Todo o cidadão que entender, que elle ou outrem soffre uma prisão ou constrangimento illegal, em sua liberdade, tem direito de pedir uma ordem de - Habeas-Corpus - em seu favor”*, sendo que o modo como deveria ser manejado o HC no âmbito do código processual criminal em destaque aparece regulado a partir do art. 341 da citada legislação imperial.

Num primeiro momento, o HC servia tão somente para resolver ilegalidades ou abusos em face do direito de ir e vir dos indi-

⁴ Acerca do Decreto n.º 21 de 23 de maio de 1824, aquele que, como visto, foi o responsável por instituir o HC em nossa realidade normativa, é preciso esclarecer que o mesmo determinava que: “Constando-me que alguns Governadores, Juízes Criminaes e Magistrados, violando o Sagrado Depósito da Jurisdição que se lhes confiou, mandam prender por mero arbítrio, e antes de culpa formada, pretextando denúncias em segredo, suspeitas vehementes, e outros motivos horrores à humanidade para impunemente conservar em masmorras, vergados com o peso de ferros, homens que se congregaram convidados por os bens, que lhe offerecera a Instituição das Sociedades Civis, o primeiro dos quases é sem dúvida a segurança individual; (...) por este Decreto Ordено, que desde a sua data em diante nenhuma pessoa livre no Brazil possa jamais ser presa sem ordem por escrito do Juiz, ou Magistrado Criminal do território, excepto sómente o caso de flagrante delicto em que qualquer do povo deve prender o delinquente”.

víduos, pois se não fosse dessa natureza o direito ferido pelo ato estatal não seria manejável o HC – de modo que foi a partir dessas discussões que se efetivou a criação do Mandado de Segurança (MS), por uma legislação, de 1926, que atuava de forma subsidiária ao HC, ou seja, onde não se manejasse o HC era possível interpor o MS, conforme se debaterá abaixo.

Desse modo, a Constituição de 1988 estampa o HC como instrumento de defesa do Direito Fundamental de ir e vir – sendo o MS um instrumento constitucional de salvaguarda de direitos de outra natureza⁵.

Para uma análise mais detida de todos os “remédios constitucionais”, não só do HC, é necessário que sejam destacados alguns pontos reconhecidos como essenciais, dentre os quais estão: a origem do instituto, seu objeto, quem são os legitimados para intentá-lo ativa e passivamente e, por fim, como se dá seu procedimento.

Assim, quanto à origem do HC no mundo, existem inúmeros entendimentos⁶. O majoritário destaca que o HC está atrelado à sociedade inglesa a partir de algumas declarações de direitos inglesas, tais como a Magna Carta, de 1215, do Rei João Sem Terra e a “*Petitions of Habeas Corpus (Habeas Corpus Act)*”, de 1679.

De outro lado, face ao objeto do HC, é possível dividi-lo em dois, ou seja, para situações diferentes. O HC poderá ser manejado para: a) prevenir (através do salvo conduto), ou, ainda, para: b) reprimir (liberatório) a violência ou coação contra o direito de ir e vir (locomoção) cometida de forma ilegal ou com abuso de poder.

Quanto aos legitimados para o manejo do HC, tem-se que se dividirão entre os que poderão intentá-lo ativamente e aqueles que sofrerão seus efeitos, ou seja, quem, passivamente, responderá pelo ato ilegal ou abusivo de constrição da liberdade do indivíduo.

Desse modo, o legitimado (*a) ativo*, é o coagido, ou qualquer outra pessoa em seu favor, pois ambos podem impetrar HC. Ou seja, o HC funciona como um tipo de *Ação Popular Penal*, pois até mesmo

5 O Habeas Data (HD) e o Mandado de Injunção (MI) são desdobramentos do MS, conforme veremos abaixo.

6 Existe entendimento minoritário que fixa o surgimento do HC com o interdito de *libero homine exhibendo* do Direito Romano, para tanto, ver: CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 28^aed. São Paulo: Saraiva, 2021.

um desconhecido do paciente poderá impetrar um HC em seu favor, mesmo que com ele não mantenha qualquer tipo de vínculo.

São ativamente legitimados para promover o HC, portanto, não só o próprio “paciente”, beneficiário do HC – a pessoa que sofre (efetiva ou potencialmente) uma obstrução ilegal de seu direito de ir e vir –, que o fará por meio do *jus postulandi*, como qualquer pessoa que por ele intervenha, a ponto do HC também ser conhecido como “o remédio heroico”.

Ainda acerca do HC, também é importante ressaltar o fato da pessoa jurídica não ter legitimidade para interposição de HC em seu favor – haja vista que sua defesa se dará por meio de Mandado de Segurança, ao passo que não lhe é possível a limitação ao direito de ir e vir, como ocorre com a pessoa física (natural) – e, ainda, o fato de que o Juiz, quando não for ele a autoridade coatora (a pessoa que restringiu a liberdade ilegal ou abusivamente), poderá conceder HC *de ofício*, ou seja, sem que haja pedido formal.

De outro lado, a Autoridade Coatora (o legitimado *(b) passivo*) do HC pode ser tanto um agente ou uma autoridade do Poder Público que restringe, por ilegalidade ou por abuso do poder que lhe fora conferido por lei, a liberdade de ir, vir, ficar ou permanecer de outrem quanto, em hipótese, algum particular que, por ato ilegal (sequestro, por exemplo), também viola citado direito.

Já em relação ao procedimento do HC, de forma geral, é importante destacar que não haverá recolhimento de custas processuais, nem condenação ao pagamento de honorários advocatícios, nos termos da imunidade do art. 5º, LXVII, da CF/88, bem como, conforme debatido, o fato de que o HC poderá ser manejado tanto pelo próprio coagido, sem auxílio de advogado, através do *jus postulandi*, quanto por outras pessoas.

E mais, a petição do HC não precisará seguir os requisitos formais para validade da ação dispostos, regra geral, no art. 319 do Código de Processo Civil de 2015, devendo, contudo, conter

assinatura, ao final dos pedidos, da pessoa que o impetrhou, pois o art. 5º, IV, da CF/88 impediu o HC de ser apócrifo – sem assinatura.

Deverá, também, o HC ser elaborado no vernáculo, ou seja, não pode ser impetrado em outra língua, pois, nos termos do art. 13 da CF/88, a língua portuguesa é firmada como idioma oficial da República Federativa do Brasil.

Abaixo segue um esquema para análise da autoridade coatora, isto é, a autoridade, policial ou jurisdicional, que restringiu a liberdade do indivíduo de forma ilegal ou abusivamente, para quem o HC deverá ser interposto.

Caso a autoridade coatora seja o Delegado de Polícia, caberá HC para o juiz de primeiro grau, de outro lado, caso a autoridade coatora seja o Juiz de primeiro grau, frente a sua decisão caberá Recurso em Sentido Estrito (RSE), nos termos do art. 581, X, do CPP, ou caberá HC substitutivo de RSE, ambos endereçados ao Tribunal de Justiça – TJ – (2º grau de jurisdição estadual, ou para o Tribunal Regional Federal (TRF), 2º grau de jurisdição federal).

Caso a autoridade coatora seja o TJ ou o TRF, ou seja, por exemplo, interposto HC no TJ frente à decisão de juiz de primeiro grau, e for negado, julgado improcedente, caberá Recurso Ordinário Constitucional em HC para o Superior Tribunal de Justiça (STJ), nos termos do art. 105, II, “a”, da CF/88, ou HC substitutivo do citado recurso constitucional.

Ademais, sendo a autoridade coatora o STJ, quando, por exemplo, interposto o Recurso Ordinário Constitucional em HC, de decisão do TJ que julgou improcedente o HC impetrado, o STJ também julgar improcedente o recurso ou o HC substitutivo, caberá, neste caso, Recurso Ordinário Constitucional em HC, nos termos do art. 102, II, “a”, da CF/88, ou HC substitutivo do citado recurso, para o Supremo Tribunal Federal (STF).

Por fim, nos termos firmados pelo Enunciado 691, da Súmula do STF, somente caberá novo HC no STF quando já tiver sido julgado o mérito do primeiro HC, ou seja, em havendo pedido liminar

em um HC, o indeferimento de tal pedido não autoriza o manejo de novo HC⁷.

3 Breves noções histórico-dogmáticas do Mandado de Segurança (MS) no constitucionalismo brasileiro⁸

A partir do modelo de exposição do HC trazido acima, analisaremos o Mandado de Segurança (MS) a partir de alguns aportamentos, vistos aqui como cardeais para a compreensão deste instituto, já que o MS aparece como uma garantia constitucional, reconhecido, assim, nos termos do art. 5º, LXIX e LXX, da CF/88, e regulamentado pela Lei 12.016/2009.

Sendo assim, acerca do MS serão analisados, dentre outros pontos importantes, quando e onde pode ser fixado o marco para sua origem como instituto jurídico de garantia a direitos constitucionais fundamentais, bem como qual será seu objeto, a legitimidade ativa e passiva (autoridade coatora) para sua interposição, seu procedimento, o prazo para sua interposição e os efeitos de seu julgamento.

É possível fixarmos como origem do MS a Constituição brasileira de 1934 (art. 113, nº33⁹), haja vista o fato de que o MS é uma garantia constitucional de proteção a direitos fundamentais essencialmente. Contudo, há quem diga que já existia no México, desde o séc. XIX, algo parecido com o MS brasileiro, pois, segundo Hector Fix Zamudio, existia naquele país um tipo de instrumento constitucional conhecido à época como *Juicio de Amparo*¹⁰.

7 Aqui é preciso tomar cuidado, pois há possibilidade de se reconhecer o *Distinguishing* – que nada mais é do que a relativização do precedente sem que haja seu cancelamento – pois, por exemplo, nos casos em que o HC foi interposto frente a manifesta ilegalidade ou abuso de poder, afasta-se o precedente do Enunciado 691, da súm. do STF, e concede-se a possibilidade de novo HC, mesmo que não exista, ainda, o julgamento do primeiro HC interposto que teve seu pedido liminar julgado improcedente.

8 Também chamado de *Writ of Mandamus*.

9 O art. 113, nº 33, da Constituição do Brasil de 1934, determinava: “Dar-se-á mandado de segurança para defesa do direito, certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente constitucional ou ilegal de qualquer autoridade. O processo será o mesmo do habeas corpus, devendo ser sempre ouvida a pessoa de direito público interessada. O mandado não prejudica as ações petitórias competentes”.

10 Para maiores esclarecimentos acerca do instituto do *juicio de amparo*, ver: ZAMUDIO, Héctor Fix. *Síntesis del Derecho de Amparo*. In: Panorama Del Derecho Mexicano, México: UNAM, 1965, Tomo I, p. 113-128. Portanto, é possível concluir que o *juicio de amparo* pode ser visto como o instituto estrangeiro que mais influência trouxe a concepção do mandado de segurança em nossa Constituição de 1934.

Em relação ao objeto do MS, é possível destacar (enquanto ação de natureza constitucional) que o MS poderá visar a: a) prevenir a violação de um direito (líquido e certo), ou b) reprimir a ilegalidade ou o abuso de poder em face desse direito líquido e certo do indivíduo.

É importante destacar que a proteção do MS é de natureza subsidiária, residual, ou seja, ocorrerá desde que não haja, por exemplo, resquícios de ofensa à liberdade de ir e vir, pois aí a garantia manifesta teria de ser o HC, de modo que o MS será manejado sempre que não couber outro “remédio” constitucional ao caso concreto.

Já em relação à legitimidade para o MS, é importante analisar não só a legitimidade ativa (aquele que poderá manejá-lo, enquanto autor, o MS) mas, também, a legitimidade passiva (ou seja, a autoridade coatora que responderá ao MS enquanto réu no processo). A partir de então, a legitimidade ativa para interposição do MS poderá ocorrer de forma:

(I) Individual – sempre quando o indivíduo pleitear, em nome próprio, a defesa de direito próprio (ver o art. 6º, do Código de Processo Civil de 1973 (CPC/73) e o art. 18, do Novo Código de Processo Civil de 2015 (NCPC/15))¹¹. Aqui a legitimidade poderá ser qualquer pessoa física ou jurídica que tenha interesse frente ao direito líquido e certo em discussão; ou

(II) Coletiva – uma possibilidade que está autorizada por lei, nos termos do art. 5º, LXX, da CF/88 c/c art. 21 e ss. da Lei 12.016/09¹².

Ademais, é importante destacar que o Mandado de Segurança Coletivo (MSC) poderá ser manejado para a proteção de parte dos

11 Art. 6º do CPC/73: “Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei”. Art. 18, do NCPC/2015: “Ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico”.

12 A partir de tais normas, é possível destacar que serão sujeitos ativos para o Mandado de Segurança Coletivo (MSC): a) Partido Político com Representação no Congresso Nacional (basta ter um Dep. Federal ou um Senador da República no momento de interposição do MSC); b) Entidade de Classe (tais como: a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), a Associação Nacional dos Matriarcados Estaduais (ANAMAGES), o Conselho Federal de Medicina (CFM), etc.); c) Organização Sindical – o que deve ser entendida como o Gênero, de onde é possível retirar as espécies: Sindicatos (para representações municipais), Federações (quando a representação for estadual) e Confederações (quando a representação for de âmbito nacional); e d) Associações (que tiverem sido constituídas e estiverem em funcionamento a pelo menos um ano).

membros da coletividade (Enunciado 630 da Súm. do STF¹³), sendo que não será sequer necessária, ou obrigatória, a autorização específica dos membros da coletividade – beneficiários do MSC – para sua interposição, haja vista o fato de que tal possibilidade já fora conferida, anteriormente, no momento em que o indivíduo resolveu se associar àquela coletividade, autorizando-a, expressamente, a representar seus interesses de forma ampla.

Portanto, a principal diferença entre o Mandado de Segurança Individual (MSI) para o MSC é que no último se defende, em nome próprio, direito que lhe é alheio.

Em relação à legitimidade passiva para responder ao MS (seja individual ou coletivo), tem-se que a autoridade coatora será aquele(a) que praticou o ato de violação (ou ameaça de violação) ao direito líquido e certo¹⁴ do indivíduo ou coletividade, isto é, será o agente público, a autoridade do poder público, com atribuição para fazer ou desfazer o ato que tomou (ou que terceiro tomou), e que prejudicou o referido direito do sujeito ativo (individual ou coletivo).

Poderá, nestes termos, ser uma pessoa física que exerce o múnus público, ou uma pessoa jurídica particular que exerce atividade pública – atribuições concedidas pelo poder público (ex.: o MS contra o Diretor Geral de Instituição de Ensino Superior Particular – ou não); a competência nesse caso será da Justiça Federal, pois quem confere o direito à prática de atividades voltadas ao ensino é o Ministério da Educação (MEC).

Já com relação ao procedimento do MS, é importante destacar que aqui serão devidas custas processuais e que caberá, assim como no HC, pedido liminar. No entanto, não serão devidos honorários de sucumbência, nos termos do art. 25 da Lei 12.016/09¹⁵

13 Súmula 630 do STF: "A entidade de classe tem legitimação para o mandado de segurança ainda quando a pretensão veicula da interesse apenas a uma parte da respectiva categoria".

14 Entende-se por direito líquido e certo o bem da vida tutelado pela norma, ou seja, aquele direito demonstrável de plano, que para ser comprovado não há necessidade de dilação probatória, haja vista ser identificado por prova pré-constituída.

15 Art. 25 da Lei 12.016/2009: "Não cabem, no processo de mandado de segurança, a interposição de embargos infringentes e a condenação ao pagamento dos honorários advocatícios, sem prejuízo da aplicação de sanções no caso de litigância de má-fé".

c/c o Enunciado da súm. 105, do Superior Tribunal de Justiça (STJ)¹⁶, e Enunciado 512 da súm. do STF¹⁷.

Ressalta-se que no MS, diferentemente do HC, não há possibilidade do *jus postulandi*, havendo necessidade de se contratar um advogado ou se beneficiar dos serviços da Defensoria Pública ou da Advocacia Dativa do Estado onde se encontra.

Quanto ao prazo do MS, é importante destacar que, em se tratando de condutas lesivas (ou que possam causar alguma lesão) omissivas, ou seja, aquelas em que a autoridade pública, ao deixar de cumprir um pedido ou determinação legal a tempo e modo correto, afeta, diretamente, algum(ns) direito(s) líquido(s) e certo(s), não haverá contagem de prazo, ao passo que a omissão se perpetua no tempo.

Por outro lado, em face de atos comissivos, ou seja, àqueles em que há, efetivamente, a prática de uma conduta pelo agente público, o prazo para interposição do MS será de 120 dias, contados da ciência inequívoca da lesão ao direito líquido e certo, sendo que tal prazo tem natureza decadencial, nos termos do Enunciado 632 da súm. do STF¹⁸.

Ressalta-se, ainda, em relação ao prazo do MS, que as relações de trato sucessivo (“parceladas”), que o indivíduo, pessoa física ou jurídica, mantém com o Poder Público, poderão ensejar a proposta de MS fora do prazo de 120 dias, pois o “fundo do direito líquido e certo” não se extingue após os 120 dias, uma vez que a relação se renova no tempo.

Contudo, há que se observar também, que mesmo sendo possível, nas situações destacadas acima, o MS se dar para além do prazo decadencial de 120 dias, tal ação constitucional não pode ser vista como um substitutivo da Ação de Cobrança Ordinária, ou seja, ele produzirá efeitos patrimoniais restritos à data de sua interposição, o que se conhece como efeitos *ex tunc mitigados*. De modo que, no caso de existirem valores anteriores à data de im-

16 E. 105 da súm. do STJ: “Na ação de mandado de segurança não se admite condenação em honorários advocatícios”.

17 E. 512 da súm. Do STF: “Não cabe condenação em honorários de advogado na ação de mandado de segurança”.

18 E. 632 da súm. do STF: “É constitucional lei que fixa o prazo de decadência para a impetração de mandado de segurança”.

petração do MS, deverá ser manejada ação de cobrança, própria para esse fim, ficando atento aos prazos de prescrição do direito à cobrança da dívida (Enunciado 271 da súm. do STF)¹⁹.

Em relação ao julgamento do MS, é importante destacar que a petição inicial do MS será impetrada, regra geral, em duas vias completas (uma para instaurar o processo e outra para a autoridade coatora) e uma via simples – só a peça, sem os documentos que a instruem – destinada à pessoa jurídica que a autoridade coatora estiver vinculada.

A autoridade coatora será notificada, pessoalmente, para apresentar informações no prazo de 10 dias (deverá assinar ao final das explicações), sendo que o Ministério Pùblico será intimado – sua intimação é obrigatória, sob pena de nulidade do procedimento – a prestar parecer no prazo de 10 dias, atuando, assim, como *custus legis* – representante da sociedade – nos autos.

Ressalta-se, nestes termos, o fato de que, necessariamente, deverá ser observada a possibilidade, nos termos do art. 5º, I, da Lei 12.016/09²⁰, do manejo de recurso administrativo, com efeito suspensivo, face à decisão que causou danos a direito líquido e certo do indivíduo, o que afastaria o interesse de agir do sujeito ativo.

Não havendo a possibilidade de Recurso Administrativo com efeito suspensivo, o juiz, através de um conhecimento sumário do pedido (cognição sumária), poderá:

- a) indeferir a inicial (frente a essa decisão caberá recurso de apelação); b) se houver pedido liminar, indeferir a liminar (frente a essa decisão caberá o recurso de Agravo de Instrumento com Efeito Ativo – pois o juiz não concedeu o que se pretendia); c) deferimento da liminar (frente a essa decisão caberá recurso de Agravo de Instrumento com efeito suspensivo – pois o juiz concedeu o que se pretendia – ou Ação de Suspensão de Liminar (art. 15, da Lei

19 E. 271 da súm. do STF: "Concessão de mandado de segurança não produz efeitos patrimoniais, em relação a período pretérito, os quais devem ser reclamados administrativamente ou pela via judicial própria".

20 Segundo a Lei 12.016/2009: "art.5º - Não se concederá mandado de segurança quando se tratar: I - de ato do qual caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, independentemente de caução; (...)."

12.016/09²¹, destinada ao presidente do Tribunal *ad quem*).

De outro lado, em sua sentença (Cognição Exauriente), o juiz poderá:

(a) denegar a ordem pretendida; ou (b) concedê-la – em ambos os casos caberá recurso de Apelação, em regra, somente no efeito devolutivo (efeito que, tão somente, devolve ao juízo *ad quem*, o conhecimento do recurso), salvo quando possuir caráter de irreversibilidade, onde caberá o efeito ativo ou suspensivo da decisão, a depender dos termos da sentença.

Ao fim, é necessário observar as características da autoridade coatora, haja vista a necessidade de se respeitar as diretrizes do direito fundamental ao duplo grau de jurisdição, que se dará por meio do reexame necessário, nos casos dos arts. 496 do NCPC/15 e 574 do CPP²².

Ademais, os efeitos da decisão final em MS (Cognição Exauriente) devem ser analisados, uma vez que, no MS individual, tem-se como efeitos:

(a) Espacial – o MS só produzirá efeitos *inter partes*, ou seja, atingirá somente as partes do processo; (b) Temporal – o MS terá efeitos *ex tunc*, ou seja, retroagirá ao início de tudo (à decisão (conduta) – ou à omissão – tomada e que causou prejuízo ao direito líquido e certo do indivíduo).

21 Segundo a Lei 12.016/2009: “art. 15. Quando, a requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada ou do Ministério Público e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, o presidente do tribunal ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso suspender, em decisão fundamentada, a execução da liminar e da sentença, dessa decisão caberá agravo, sem efeito suspensivo, no prazo de 5 (cinco) dias, que será levado a julgamento na sessão seguinte à sua interposição. §1º Indeferido o pedido de suspensão ou provido o agravo a que se refere o caput deste artigo, caberá novo pedido de suspensão ao presidente do tribunal competente para conhecer de eventual recurso especial ou extraordinário. §2º É cabível também o pedido de suspensão a que se refere o §1º deste artigo, quando negado provimento a agravo de instrumento interposto contra a liminar a que se refere este artigo. §3º A interposição de agravo de instrumento contra liminar concedida nas ações movidas contra o poder público e seus agentes não prejudica nem condiciona o julgamento do pedido de suspensão a que se refere este artigo. §4º O presidente do tribunal poderá conferir ao pedido efeito suspensivo liminar se constatar, em juízo prévio, a plausibilidade do direito invocado e a urgência na concessão da medida. §5º As liminares cujo objeto seja idêntico poderão ser suspensas em uma única decisão, podendo o presidente do tribunal estender os efeitos da suspensão a liminares supervenientes, mediante simples aditamento do pedido original.”

22 No julgamento do MS, quando ele tiver sido impetrado pelo Ministério Público contra decisão proferida em Processo Penal, será obrigatória a citação do réu como litisconsorte passivo necessário.

Contudo, há que se ressaltar que os atos administrativos que causem prejuízos a direitos líquidos e certos dos indivíduos podem ser tanto anulados (quando tiverem sido praticados por ilegalidade ou abuso de poder), possuindo, assim, efeitos *ex tunc*, quanto revogados²³, o que se fará com efeitos *ex nunc*, sempre que se estiver diante de caso de inconveniência ou inoportunidade para a Autoridade Pública.

Por fim, no MS Coletivo, teremos como os efeitos da decisão:

- (a) Espacial – o MSC produzirá efeitos para além das partes do processo, ou seja, o efeito da decisão tem caráter *ERGA OMNES* (art. 22, da Lei 12.016/09²⁴ – na medida de sua representatividade); (b) Temporal – a decisão tomada no julgamento do MSC terá efeitos *ex tunc*, ou seja, também retroagirá ao início de tudo (àquela decisão – ou a omissão –, tomada e que afetou, ou seja, prejudicou o direito líquido e certo do indivíduo), assim como o MS individual.

4 O Habeas Data (HD) e a constituição de 1988

O *Habeas Data* (HD) também aparece no texto constitucional como garantia à concretização de um determinado direito fundamental. Se no HC o direito fundamental protegido é a liberdade de ir, vir, ficar ou permanecer, no HD o direito fundamental protegido é o direito à informação, conforme pode ser percebido pelo art. 5º, LXXII, da CF/88, e pelas determinações da Lei 9.507/97 (legislação responsável por regulamentar o direito ao acesso à informação, bem como o rito processual do HD²⁵).

Assim, para análise conceitual e dogmática do HD, é importante, assim como destacado acima em relação ao HC e ao MS (individual e

23 Os casos de revogação do ato administrativo, nos termos do Enunciado 473, da súm. do STF, não afastarão os direitos adquiridos enquanto o ato se encontrava em vigor.

24 Art. 22 da Lei 12.016/2009: "No mandado de segurança coletivo, a sentença fará coisa julgada limitadamente aos membros do grupo ou categoria substituídos pelo impetrante. §1º O mandado de segurança coletivo não induz litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada não beneficiarão o impetrante a título individual se não requerer a desistência de seu mandado de segurança no prazo de 30 (trinta) dias a contar da ciência comprovada da impetração da segurança coletiva. §2º No mandado de segurança coletivo, a liminar só poderá ser concedida após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de 72 (setenta e duas) horas".

25 É importante destacar que o art. 24 da Lei 8.038/90 dispunha que no caso de não haver regulamentação para o *Habeas Data* (HD) ser-lhe-ia aplicada a legislação correspondente ao MS.

coletivo), destacar alguns pontos importantes para a compreensão do instituto, tais como o seu objeto, a legitimidade ativa e passiva, o procedimento, os efeitos da decisão, dentre outros.

A partir de então, é possível destacar que o objetivo do HD é assegurar o direito a informações ou retificações de informações ou anotações (essa expressão não aparece no texto constitucional, mas como se trata de direito fundamental lhe pode ser dado interpretação ampliativa, resguardando, também, os casos de anotações) a respeito da pessoa do impetrante.

O HD, portanto, possui um caráter personalíssimo, pois pela leitura do art. 5º, XXXIII, da CF/88, comprehende-se que a CF/88 assegurou o direito fundamental à informação de cunho pessoal – somente nestes casos caberá o HD, ao passo que as informações gerais ou coletivas serão protegidas via MSI ou MSC.

Quanto aos legitimados para a impetração do HD, seja ativa ou passivamente, tem-se que serão, semelhantemente, aqueles mesmos legitimados para impetrar o Mandado de Segurança Individual, ou seja, o sujeito ativo será aquele que teve o direito à informação (*lato sensu*) a seu respeito violado, e o sujeito passivo aquela autoridade pública causadora do citado dano.

Já em relação ao procedimento do HD, é importante destacar que caberá pedido liminar tal como nos casos de HC, bem como que não haverá pagamento de custas processuais ou de honorários advocatícios de sucumbência, sendo as demais situações compatíveis, ora com o procedimento ínsito ao HC ora com o MS individual.

Importante também salientar, ainda sobre o procedimento do HD, que o sujeito ativo deverá ficar atento ao Enunciado 02 da súm. do STJ que determina não caber HD nos casos onde não houve recusa em conceder a informação ou a retificação ou a anotação pelo poder público.

Aqui não se trata de um necessário esgotamento da instância administrativa, mas, tão somente, da demonstração de que foi feito o pedido (não respondido, nos termos legais) à autoridade que detém as informações ou o poder de realizar retificações ou anotações.

Destaca-se que será de 10 dias o prazo para responder a pedidos de informação sobre o indivíduo e, de outro lado, de 15 dias o prazo para a administração pública apresentar respostas aos pedidos de retificações e anotações.

Por fim, conforme estabelecido em legislação constitucional e infraconstitucional frente aos efeitos do julgamento do HD, seja em cognição exauriente ou não, é preciso destacar que seus efeitos são semelhantes aos efeitos do julgamento do Mandado de Segurança Individual (MSI), tal como discutido acima.

5 O Mandado de Injunção (MI) a partir das determinações da Constituição Brasileira de 1988: uma análise conceitual e dogmática

O Mandado de Injunção (MI), diferentemente das outras garantias constitucionais vistas acima, busca assegurar que não haja direitos, garantidos pelo texto constitucional, desamparados por falta de regulamentação infraconstitucional a cargo do legislador ordinário.

É o que pode ser entendido, conceitualmente, pelas determinações do art. 5º, LXXI, da CF/88 c/c art. 24, Parágrafo-único, da Lei 8.038/90 – que manda aplicar a legislação correspondente ao MS ao processo e julgamento do MI.

Analizando inicialmente o MI, é importante destacar qual é o seu objeto, ou seja, o fato do MI ter como fundamento a busca da efetivação, pelo Poder Judiciário, de normas constitucionais de eficácia limitada – vistas acima – que estiverem ligadas a direitos e liberdades constitucionais, prerrogativas de cidadania, nacionalidade e soberania popular, ou seja, visa a comaltar (preencher) a existente lacuna²⁶ (vazio).

26 Lacuna é diferente de antinomia (excesso de leis) de normas.

É importante ressaltar, contudo, que o MI é diferente da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, pois, dentre outras diferenças, o MI poderá ser manejado:

- I) em qualquer juízo (o que poderá representar uma espécie de ação ínsita ao controle difuso de constitucionalidade das leis);
- II) somente em relação as normas constitucionais cuja natureza se adéque ao objeto do MI exposto acima;
- III) terá efeitos *inter partes* – ou seja, sua decisão só gera efeitos para as partes do processo.

Em contrapartida, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão poderá ser manejada:

- I) somente no STF (o que representa uma espécie de ação ínsita ao controle concentrado de constitucionalidade das leis);
- II) frente a qualquer norma constitucional de eficácia limitada;
- III) e terá efeitos *erga omnes* – frente a todas as outras pessoas da sociedade e não só frente às partes do processo.

Em relação às pessoas que são legitimados para o MI, é importante destacar que são, quanto aos legitimados ativos, semelhantes aos do Mandado de Segurança Individual (quando se tratar de Mandado de Injunção Individual) e aos do Mandado de Segurança Coletivo (quando se trata de Mandado de Injunção Coletivo), de modo que se trata de uma ação constitucional ambivalente.

Por outro lado, no que se refere aos legitimados passivos, é possível concluir, pelo objeto do MI, que a autoridade coatora será, somente, a autoridade ou órgãos públicos responsáveis pela criação das normas, nunca será possível o particular figurar como autoridade coatora de MI.

Face aos procedimentos do processo e julgamento do MI, cabe salientar que não haverá possibilidade de pedido liminar, bem como que não haverá cobrança de custas processuais ou de honorários advocatícios de sucumbência.

E mais, que no procedimento do MI não haverá dilação probatória (art. 216, do Regimento Interno do STF), tal como não há restrição, conforme há para o MS – 120 dias, para a sua interposição, que poderá ocorrer a qualquer tempo.

Os efeitos da cognição exauriente do MI, independentemente de se tratar de um MI individual ou coletivo, poderão ser vistos a partir de dois prismas distintos: a) Espacial (ou seja, até onde os efeitos chegarão) – efeitos serão *inter partes*, pois atingirão somente aquelas pessoas envolvidas com o processo; b) Temporal (isto é, os efeitos da decisão começam a ser obrigatórios a partir de quando) – terão efeitos *ex tunc*, pois o direito para o qual se busca eficácia já existe, de modo que a decisão do MI, individual ou coletivo, retroage à data de surgimento do direito tratado naquelas normas que são alvos do MI.

Ademais, é importante destacar como a interpretação dada pelo STF ao MI foi se modificando ao longo dos anos através de um debate entre duas correntes doutrinárias que ficaram conhecidas como Corrente Concretista e Corrente Não Concretista do MI.

A partir de então, é possível perceber que o primeiro entendimento acerca do MI pelo STF se deu com o Mandado de Injunção 107/DF²⁷, cujo Relator foi o Ministro Moreira Alves, momento em que o STF acabou adotando corrente formalista ou não concretista para o julgamento dos Mandados de Injunção levados ao STF.

²⁷ MANDADO DE INJUNÇÃO. QUESTÃO DE ORDEM SOBRE A SUA AUTO APLICABILIDADE OU NÃO. Em face dos textos da Constituição Federal relativos ao mandado de injunção, é ele ação outorgada ao titular de direito, garantia ou prerrogativa a que alude o artigo 5º, LXXI, dos quais visa a obter do Poder Judiciário a declaração de constitucionalidade dessa omissão se estiver caracterizada a mora em regulamentar por porte do Poder, órgão, entendida ou autoridade de que ela dependa, com a finalidade de que se lhe dê ciência dessa declaração, para que adote providências necessárias, à semelhança do que ocorre com a ação direta de constitucionalidade por omissão (artigo 103, §2º da Carta Magna), e de que se determine, se se tratar de direito constitucional oponível contra o Estado, a suspensão dos processos judiciais ou administrativos de que possa advir para o impetrante dano que não ocorreria se não houvesse a omissão fixada. A natureza desse mandado, e ele, no âmbito da competência desta corte - que está devidamente definida pelo artigo 102, I, 'q', auto executável, uma vez que, para ser utilizado, não depende de norma jurídica que o regulamente, inclusive quanto ao procedimento, aplicável que lhe é análogicamente o procedimento do mandado de segurança, no que couber. Questão de ordem que se resolve no sentido da auto aplicabilidade do mandado de injunção, nos termos do voto do relator. (MI 107 QO, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 23/11/1989, DJ 21-09-1990 PP-09782 EMENT VOL-01595-01 PP-00001).

Com fundamento no princípio da Separação de Poderes, ao Legislativo é reconhecida, como função precípua, o direito-dever de legislar – o legislativo é o legislador positivo, é quem cria as leis, de outro lado, ao judiciário é dado o papel de legislador negativo, ou seja, quem retira as leis do ordenamento jurídico nacional através do controle de constitucionalidade das leis.

A partir dessa perspectiva, a concessão da ordem em MI era meramente declaratória, ou seja, tão somente para a comunicação da mora, do atraso do legislador ordinário em elaborar a legislação que possibilitasse o exercício regular do direito declarado pelo ordenamento constitucional pátrio.

Contudo, no Mandado de Injunção 283/DF²⁸, cujo relator foi o Ministro Sepúlveda Pertence, o STF superou o dogma kelseniano do “legislador negativo”, passando a adotar a corrente concretista em relação ao julgamento do Mandado de Injunção.

Por fim, ressalta-se que essa corrente Concretista pode ocorrer diretamente (quando concede-se a ordem, efetivando-se imediatamente o direito, ex.: Mandado de Injunção 721/DF); ou indiretamente (quando se concede a ordem, mas se dá prazo para que o legislador elabore a lei, que regulamente e dê eficácia ao direito constitucionalmente garantido, sendo que, no caso de o legislador

28 MANDADO DE INJUNÇÃO: MORA LEGISLATIVA NA EDIÇÃO DA LEI NECESSÁRIA AO GOZO DO DIREITO A REPARAÇÃO ECONÔMICA CONTRA A UNIÃO, OUTORGADO PELO ART. 8, § 3º, ADCT: DEFERIMENTO PARCIAL, COM ESTABELECIMENTO DE PRAZO PARA A PURGAÇÃO DA MORA E, CASO SUBSISTA A LACUNA, FACULTANDO O TITULAR DO DIREITO OBSTADO A OBTER, EM JUÍZO, CONTRA A UNIÃO, SENTENÇA LIQUIDA DE INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS. 1. O STF admite - não obstante a natureza mandamental do mandado de injunção (MI 107 - QO) - que, no pedido constitutivo ou condenatório, formulado pelo impetrante, mas, de atendimento impossível, se contem o pedido, de atendimento possível, de declaração de constitucionalidade da omissão normativa, com ciência ao órgão competente para que a supra (cf. Mandados de Injunção 168, 107 e 232). 2. A norma constitucional invocada (ADCT, art. 8, § 3º - “Aos cidadãos que foram impedidos de exercer, na vida civil, atividade profissional específica, em decorrência das Portarias Reservadas do Ministério da Aeronáutica n. S-50-GM5, de 19 de junho de 1964, e n. S-285-GM5 será concedida reparação econômica, na forma que dispuser lei de iniciativa do Congresso Nacional e a entrar em vigor no prazo de doze meses a contar da promulgação da Constituição” - vencido o prazo nela previsto, legitima o beneficiário da reparação mandada conceder a impetrar mandado de injunção, dada à existência, no caso, de um direito subjetivo constitucional de exercício obstado pela omissão legislativa denunciada. 3. Se o sujeito passivo do direito constitucional obstado e a entidade estatal a qual igualmente se deva imputar a mora legislativa que obsta ao seu exercício, e dado ao Judiciário, ao deferir a injunção, somar, aos seus efeitos mandamentais típicos, o provimento necessário a acatelar o interessado contra a eventualidade de não se ultimar o processo legislativo, no prazo razoável que fixar, de modo a facultar-lhe, quanto possível, a satisfação provisória do seu direito. 4. Premissas, de que resultam, na espécie, o deferimento do mandado de injunção para: a) declarar em mora o legislador com relação a ordem de legislar contida no art. art. 8, §3º, ADCT, comunicando-o ao Congresso Nacional e a Presidência da República; b) assinar o prazo de 45 dias, mais 15 dias para a sanção presidencial, a fim de que se ultime o processo legislativo da lei reclamada; c) se ultrapassado prazo acima, sem que esteja promulgada a lei, reconhecer ao impetrante a faculdade de obter, contra a União, pela via processual adequada, sentença líquida de condenação a reparação constitucional devida, pelas perdas e danos que se arbitrem; d) declarar que, prolata da condenação, a superveniente de lei não prejudicara a coisa julgada, que, entretanto, não impedira o impetrante de obter os benefícios da lei posterior, nos pontos em que lhe for mais favorável. (MI 283, Relator (a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, TRIBUNAL PLENO, julgado em 20/03/1991, DJ 14-11-1991 PP-16355 EMENT VOL-01642-01 PP-00001 RTJ VOL-00135-03 PP-00882).

não elaborar a citada lei no prazo dado, o STF convalida, isto é, efetiva o direito buscado no MI).

6 A Ação Popular na Constituição de 1988 como mecanismo de exercício de cidadania

Ao fim, a última garantia constitucional a ser aqui analisada, é a garantia da Ação Popular (AP), estampada no art. 5º, LXXIII, da CF/88 e regulamentada pela Lei 4.717/65, que concede ao cidadão (aqueles que estão em pleno gozo de seus direitos políticos) o direito de movimentar o Judiciário na tentativa de invalidar atos administrativos praticados por pessoas jurídicas de direito público, tanto da Administração Direta quanto da Administração Indireta.

A referida ação constitucional, portanto, foi colocada à disposição de qualquer cidadão – entendido aqui como aquela pessoa que tem a possibilidade de votar (possui título de eleitor) – para tutelar o patrimônio público ou o patrimônio de entidade que o Estado participe com seu patrimônio. A AP surge, então, como um tipo de ação constitucional de garantia da moralidade administrativa, do meio ambiente e do patrimônio histórico-cultural, mediante a anulação de atos lesivos.

Neste sentido, é importante destacar que a AP possui natureza cível, de modo que não será manejada levando em consideração foro de competência por prerrogativa de função²⁹, o que será observado somente nos casos em que a Constituição assim determinar.

O objeto da AP é a busca pela anulação³⁰ de atos que sejam lesivos aos direitos de 3ª dimensão (geração) – tais como: patrimônio público, meio ambiente, direitos do consumidor, patrimônios históricos e culturais etc.

Quanto aos legitimados para a interposição da AP, conforme destacado, percebe-se que poderão manejá-la quaisquer cidadãos (em sentido estrito – quem vota). Seu (a) sujeito ativo (ou, o autor

29 Algumas autoridades públicas, em decorrência da função que exercem, possuem foro privilegiado, tais como: o Governador de Estado e os Deputados Federais, ambos em crimes de responsabilidade, por exemplo.

30 Essa anulação possui natureza constitutiva negativa, ou seja, desconstitutiva do ato lesivo.

popular) pode ser qualquer cidadão, bastando, para tanto, comprovar essa condição através da comprovação da regularidade de seu título de eleitor, ou seja, precisará estar em dia com as obrigações eleitorais, independentemente de seu domicílio eleitoral, de modo que um eleitor de Mutum/MG poderá interpor uma Ação Popular em Tabatinga/AM (a esse respeito ver. Resp. 1.242.800/MS, informativo 476 do STJ³¹). Quanto a seu (b) sujeito passivo, será quem praticou o ato lesivo, a pessoa jurídica de direito público a qual o ato está vinculado, bem como possíveis beneficiários (particulares ou não, pessoas físicas ou jurídicas), todos em litisconsórcio passivo necessário, haja vista sofrerem os efeitos da decisão final.

Em relação aos procedimentos da AP, é possível verificarmos que não haverá pagamento de custas processuais, ou honorários advocatícios de sucumbência, salvo se comprovada má-fé. E mais, a Contestação à AP se dará no prazo de 20 dias (prorrogáveis). Seu procedimento, neste sentido, admitirá extensa dilação probatória.

Assim, a AP possui natureza dúplice, na medida em que a pessoa jurídica de direito público, ao ser citada, poderá atuar ao lado do autor para investigar as ilicitudes cometidas por seus agentes; e será de 5 anos o prazo decadencial para o manejo da Ação Popular, contados a partir da data do ato fraudulento.

Destaca-se que, nos termos do Enunciado 102 da súm. do STF, o MS não substitui a AP, e o Ministério Público não poderá fazer sua interposição, competindo-lhe, lado outro, a Ação Civil Pública (ACP), considerando o fato de que na AP o Ministério Público atua como fiscal da lei (*custus legis*).

31 AÇÃO POPULAR. LEGITIMIDADE. CIDADÃO. ELEITOR. A ação popular em questão foi ajuizada por cidadão residente no município em que também é eleitor. Sucede que os fatos a serem apurados na ação aconteceram em outro município. Vem daí a discussão sobre sua legitimidade ad causam a pretexto de violação dos arts. 1º, caput e § 3º, da Lei n. 4.717/1965 e 42, parágrafo único, do Código Eleitoral. Nesse contexto, é certo que o art. 5º, LXXIII, da CF/1988 reconhece a legitimidade ativa do cidadão e não do eleitor para propor a ação popular e que os referidos dispositivos da Lei n. 4.717/1965 apenas definem ser a cidadania para esse fim provada mediante o título de eleitor. Então, a condição de eleitor é, tão somente, meio de prova da cidadania, essa sim relevante para a definição da legitimidade, mostrando-se desinfluente para tal desiderato o domicílio eleitoral do autor da ação, que condiz mesmo com a necessidade de organização e fiscalização eleitorais. Já o citado dispositivo do Código Eleitoral traz requisito de exercício da cidadania em determinada circunscrição eleitoral, o que não tem a ver com a sua prova. Destarte, conclui-se que, se for eleitor, é cidadão para fins de ajuizamento da ação popular. REsp 1.242.800-MS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 7/6/2011.

No entanto, em caso de desistência por parte do sujeito ativo da AP, o Ministério Público poderá (pode ou não) continuar a Ação, substituindo o antigo autor no polo ativo da demanda popular. O Ministério Público, portanto, não poderá interpor (iniciar) a AP, mas, posteriormente, poderá assumir o polo ativo da lide, tal como previsto no art. 127, §1º, da CF/88.

Com o fim do processamento e julgamento da AP, sempre haverá a necessidade de realização do que se entende por reexame necessário, independentemente de a Ação Popular ser julgada procedente ou improcedente, pois a Administração Pública, em regra, quando for parte em um processo, gozará de algumas peculiaridades, tais como: prazos diferenciados para apresentação de sua defesa e de seus recursos, bem como a necessidade das decisões proferidas em seu desfavor serem levadas ao duplo grau de jurisdição forçosamente, através desse instrumento processual chamado de reexame necessário, ou de “recurso de ofício”, pois há necessidade de uma decisão colegiada para a condenação da Administração Pública.

Os efeitos da cognição exauriente da AP, assim como analisado para as outras garantias constitucionais acima, divididos entre efeitos espaciais e temporais, podem ser compreendidos da seguinte forma: a) Espacial – a AP terá efeitos *erga omnes*, tendo em vista o objeto da demanda; b) Temporal – a AP terá efeitos *ex tunc*, anulando os atos fraudulentos desde o seu início.

Por fim, o art. 77, §2º, do NCPC (antigo art. 14, Parágrafo Único, do CPC/73³²), traz a base para se pedir que se reconheça o impedimento do agente em continuar a prática de seus atos após o julgamento da AP no caso em que ficar comprovada a sua culpa (lato senso).

7 Conclusão

32 O parágrafo único do art. 14, do CPC determinava que: “Ressalvados os advogados que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB, a violação do disposto no inciso V deste artigo constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição, podendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa em montante a ser fixado de acordo com a gravidade da conduta e não superior a vinte por cento do valor da causa; não sendo paga no prazo estabelecido, contado do trânsito em julgado da decisão final da causa, a multa será inscrita sempre como dívida ativa da União ou do Estado”.

Após realizar, nos termos em que se lançou o debate na introdução acima, uma breve análise histórico-dogmática e conceitual das várias garantias constitucionais de proteção das liberdades públicas, também chamadas de “remédios constitucionais” ou de ações constitucionais, destacadas no art. 5º da Constituição de 1988 (*Habeas Corpus*, *Habeas Data*, Mandado de Segurança, Mandado de Injunção e Ação Popular), é possível, a título de conclusão do estudo, apresentar apontamentos que servirão, no âmbito do movimento contínuo, ínsito à abordagem metodológica múltiplo-dialética, de pontos de partida para novos debates e análises futuras acerca de quaisquer dos argumentos aqui delineados.

Sendo assim, nota-se que o reconhecimento das citadas ações constitucionais pela Constituição de 1988, no âmbito do que se conhece como direitos fundamentais, marca a importância que o Constituinte de 1987/88 quis dar a tais garantias.

Mesmo que tenha havido, neste sentido, nas últimas três décadas e meia, avanços e retrocessos (porque sempre existirão os percalços do dia a dia), é preciso reconhecer a importância de se proteger, constitucionalmente, tais ações, especialmente ao estabelecer sua existência junto ao rol dos direitos fundamentais individuais, conforme determinado no art. 5º da citada norma constitucional de 1988.

Portanto, se analisarmos um interesse qualquer, perceberemos que à medida que ele ganha relevo, passa a existir a necessidade de sua regulação normativa – isso, dentro do Estado de Direito, ou seja, um interesse social qualquer acabará se transformando em direito, que, por características especiais, poderá passar a ser visto como um direito de natureza fundamental.

Na lógica da construção jurídico-normativa dos direitos, é preciso que essa caminhada (interesse socialmente relevante à direito normatizado em lei à direito fundamental – constitucionalmente garantido) dê mais um passo, qual seja, que se estabeleçam as garantias – reconhecidamente fundamentais – capazes de proteger a efetivação desses direitos.

Assim sendo, as supracitadas ações constitucionais aqui analisadas, ainda que brevemente, devem ser – e são – entendidas como garantias fundamentais, reconhecidas pela Constituição de 1988 como verdadeiros “remédios” a serem aplicados sempre que o des cumprimento ou a violação de um direito fundamental coloque – ou possa colocar – em risco a saúde constitucional do ordenamento jurídico vigente, de modo que seu debate e proteção deve sempre figurar como um dos pontos mais importantes no contexto do Estado de Direito e do constitucionalismo contemporâneo.

Referências

BARROSO, Luiz Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 11^aed. São Paulo: SaraivaJur, 2023.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 35^a ed. atual.. São Paulo: Malheiros, 2020.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 22^aed. rev. e atual. por MEYER-PFLUG, Samantha. São Paulo: Malheiros, 2010.

BULOS, Uadi Lammego. **Curso de Direito Constitucional**. 16^aed. São Paulo: SaraivaJur, 2023.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 28^aed. São Paulo: Saraiva, 2021.

KROHLING, Aloísio. **Dialética e Direitos Humanos – múltiplo dialético: da Grécia à Contemporaneidade**. Curitiba: Juruá Editora, 2014.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 27^aed. rev. atual. e ampl.. São Paulo: SaraivaJur, 2023.

MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 18^aed. São Paulo: Saraiva/Jur, 2023.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 9^aed. Coimbra: Coimbra Ed., 2012.

MORAES, Alexandre de. **Curso de Direito Constitucional**. 38^aed. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2022.

SILVA, José Afonso da. **Direito Constitucional Positivo**. 38^aed. São Paulo: Malheiros, 2015.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 21^aed. São Paulo: Saraiva/Jur, 2023.

ZAMUDIO, Héctor Fix. **Síntesis del Derecho de Amparo**. In: Panorama Del Derecho Mexicano, México: UNAM, 1965, Tomo I, p. 113-128.