



ENSAIOS SOBRE AS AÇÕES CONSTITUCIONAIS E A CRESCENTE CORRENTE DO DIREITO PROCESSUAL

Jasminie Serrano MARTINELLI¹
Maria Eduarda Oliveira FERREIRA²

RESUMO: O presente trabalho tem como escopo a análise das Ações Constitucionais brasileiras e precípua necessidade de sistematização de um Código de Processo Constitucional no Brasil. Inicialmente analisou-se a aspersão histórica constitucional das ações pontuando sua formação, delineando a organização e funcionamento destas. Em seguida, abordou-se cada ação constitucional brasileira em espécie, destacando sua regulamentação, objetivo e importância para as garantias dos direitos fundamentais. Finalmente, levantou-se a inevitabilidade à parcimônia da normatização de um Código de Processo Constitucional. A fim de apresentar afirmações valorativas para a satisfação do objeto de estudo, foram realizadas ao longo do trabalho uma pesquisa exploratória e explicativa, através da aplicação de uma metodologia científica interrelacionando temas e conteúdos nacionais e estrangeiros.

Palavras-chave: Ações Constitucionais. Controle de Convencionalidade. Processo Constitucional. Direitos Fundamentais.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo o estudo acerca das ações constitucionais juntamente com direito processual constitucional, analisando as espécies de ações constitucionais no ordenamento jurídico brasileiro, bem como suas respectivas aplicações a fim de regularizar e construir a figura do direito processual constitucional no Brasil.

A Constituição Federal é o dispositivo norteador do ordenamento jurídico, sob a qual, os inúmeros dispositivos infraconstitucionais se submetem. Com o objetivo de proteger os cidadãos, tutelar princípios e garantias fundamentais

¹ Discente do 4º ano do curso de Direito do Centro Universitário Antonio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente. jasminie2205@gmail.com. Participante do Grupo de Estudos de Direito Internacional Público e Privado.

² Discente do 2º ano do curso de Direito do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente. marysenal@icloud.com. Participante do Grupo de Estudos de Direito Internacional Público e Privado.

assegurados no texto da Constituição, o poder constituinte percebeu a estrita necessidade de se constituir mecanismos de resguardo a estes institutos descritos na Lei Maior Brasileira.

Desta forma, evidencia-se duas formas de garantias efetivas dos direitos fundamentais, quais sejam: os princípios processuais constitucionais e as ações constitucionais.

Da importância e anseio de tutelar e assegurar o ingresso em vigor de normas que estejam em acordo com a lei hierarquicamente superior, nascem as ações constitucionais. Dada a importância destes mecanismos buscou-se no presente artigo, estudar em apartado cada uma das ações constitucionais previstas no ordenamento jurídico brasileiro, porém não somente de um estudo exploratório é composto o estudo, tendo também abordado jurisprudências e principalmente sistemas estrangeiros a fim de estabelecer uma premissa basilar de aplicação universal que tem como o objetivo a proteção dos direitos fundamentais.

Ainda, para na elaboração da pesquisa, buscou-se em primeiro lugar, abordar os aspectos gerais de cada ação constitucional, destacando seus respectivos seus conceitos, formação histórica, previsão legal peculiaridades, através de um estudo dirigido.

Em seguida, iniciou-se um estudo aprofundado e direcionado, acerca das individualidades procedimentais de cada ação constitucionalmente prevista a fim de destacar a necessidade de um código que as regulem em contraposição às leis esparsas que existem atualmente, justificada tendo em vista que por vezes não são suficientes, sendo necessário o uso, subsidiário do Código de Processo Civil, que apesar de suprir em suma, as necessidades para o procedimento de ditas ações, não é o suficiente para resguardar os direitos fundamentais.

Por fim, destaca-se o papel do direito processual constitucional a fim de demonstrar a sua utilidade na possível da implementação deste no ordenamento jurídico brasileiro, como uma matéria autônoma e apartada do Código de Processo Civil e da Constituição, sendo, portanto, um mecanismo de uso expoente em outras latitudes da América.

2 O ORDENAMENTO DEMOCRÁTICO BRASILEIRO

Em uma retrospectiva histórica, é possível perceber que a Magna Carta Brasileira de 1988, trouxe consigo não apenas os direitos, mas todas as garantias fundamentais colocando em vigor, e sendo por ela tuteladas por meio de ações próprias para buscar o Poder Judiciário. São os instrumentos que dão a segurança às pessoas e consignam o respeito dos direitos fundamentais de todos cidadãos brasileiros e estrangeiros.

No que diz respeito aos direitos fundamentais, é notório uma imensa tentativa de se alcançar o que a Constituição receita como sendo um dos mais importantes princípios, que constitui a base do nosso Estado de Direito e o guia de todo ordenamento jurídico brasileiro, no caso o princípio da dignidade da pessoa humana.

Sendo assim, como forma de grande proteção aos princípios constitucionais, a lei maior objetiva dois grupos das garantias constitucionais na tentativa do efetivo cumprimento dos direitos fundamentais, sendo asseguradas pelo legislador constituinte originário, sendo estes: os princípios processuais constitucionais e as ações constitucionais. De acordo com os estudos da doutrinadora Tereza Arruda Alvim (2011, p. 25):

Num primeiro plano, estão os princípios processuais constitucionais, que garantem a todos o respeito, no plano da operação da atividade jurisdicional, a possibilidade jurisdicional, à possibilidade de defesa diante de qualquer alegação, o amplo conhecimento de tudo quanto ocorra no processo, além de outras garantias de igual porte relevância. Noutro plano, encontram-se as ações constitucionais tipificadas, meios processuais de defesa de tais direitos, previstos clara e explicitamente no texto constitucional.

As declarações enunciam os principais direitos do homem, enquanto as garantias constitucionais são justamente os instrumentos práticos que asseguram tais direitos enunciados, trata-se, portanto, de uma maneira prática de proteger o indivíduo contra o poder, a pessoa humana contra o abuso da autoridade pública, nessa luta histórica e secular que se trava na sociedade, de forma que na trilogia constitucional da ordem, poder e liberdade, a liberdade enunciada nos direitos é um anteparo do indivíduo contra o poder, em defesa da ordem constitucional (FERREIRA, 1995, pág. 148).

Desta forma, nota-se explicitamente, a tentativa de garantir os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal a todos os brasileiros. Conseguindo

apreciar mais facilmente, as ações constitucionais posto que a Carta Magna traz expressamente em seu conteúdo o instrumento jurídico.

Ao contrário do que acontece com os princípios processuais constitucionais, sendo que na esmagadora das vezes pode estar presente tacitamente, necessitando de um entendimento mais adequado para sua aplicação, sendo que este assunto processual constitucional é recém estudo e debatido em nosso país. Diferentemente dos vossos vizinhos, Costa Rica, Peru, Bolívia e Argentina que já promulgaram o seu próprio Código de processo constitucional.

Mas, sob a ótica que aqui se trata, ambas constituem meio de defesa sob qualquer alegação, que de alguma maneira tente violar as garantias fundamentais, se encontrando no mesmo patamar hierárquico dentro do ordenamento jurídico brasileiro, a diferença entre eles será notória na prática e no caso em concreto.

Contudo, salvaguarda que as ações constitucionais se formaram a partir da entrada em vigor da Lei Maior, com o intuito de dar eficiência aos dispositivos normativos que constam os direitos fundamentais, a finalidade principal é tornar efetivo o exercício dos direitos. Sendo propostas ações contra o próprio Estado que tem o dever de garantir tais direitos inerentes a toda e qualquer pessoa. Com isso, utiliza as ações constitucionais como instrumento célere e eficaz, para cobrar do poder estatal, o devido cumprimento do ordenamento jurídico brasileiro.

Portanto, pode se perceber, que diante de todo exposto, torna-se crucial a identificação de cada uma das ações constitucionais, para tornar nítida sua execução e consumação no mundo jurídico.

3. DAS AÇÕES CONSTITUCIONAIS

As ações constitucionais ou os chamados remédios constitucionais, também conhecidos como tutela constitucional das liberdades, são os meios, ações judiciais ou direito de petição, postos à disposição dos indivíduos e cidadãos para provocar a intervenção do poder judiciário, com o objetivo de sanar ilegalidades ou abuso de poder existentes em um caso concreto ou no ordenamento jurídico brasileiro.

Os remédios constitucionais possuem natureza de garantias na medida em que são instrumentos destinados a assegurar o gozo de direitos violados ou em

vias de ser violados ou simplesmente não atendidos (SILVA, 2002, pág. 415), assim serão retratados, portanto os instrumentos constitucionais elencados em estudo em espécie.

3.1 *Habeas Data* (art. 5º, LXXII, CF e Lei 9.507/97)

Inicia o estudo pela garantia do *habeas data*, que é a garantia constitucional, datada de mais longas eras, sendo estes um dos primeiros instrumentos a disposição dos cidadãos a fim de fazer valer seus direitos, sendo um instrumento processual previsto na Constituição Federal de 1988 em seu Art. 5º, LXXII, regulado pela Lei 9.507/97, em que dentre toda gama de regulamentação processual delimita seu objeto 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 e para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo.

A denominação *habeas data*, pode ser traduzida como *tenha a informação*, sendo que, através deste instrumento, de natureza civil, e personalíssima se expede ordem para que seja apresentada informações e eventuais correções, atualizações e supressões necessárias. Trata-se de uma garantia constitucional que busca assegurar o direito de acesso e conhecimento de dados referentes a sua pessoa, o impetrante.

Mas a variação do que se refere o *habeas data*, traz em evidência diversas formas de enxergar tal instrumento. Dito isto, faz-se necessário analisar os diversos conceitos do instrumento *habeas data*, afinal trata-se de uma ação constitucional recente no cenário jurídico brasileiro, ainda pode-se considerá-lo como um meio constitucional posto à disposição de pessoa física ou jurídica para lhe assegurar o conhecimento de registros concernentes ao postulante e constantes de repartições públicas ou particulares acessíveis ao público, para retificação de seus dados pessoais (MEIRELLES, 2005, pág. 283).

Em contrapartida, a finalidade do remédio constitucional seria a proteção da esfera íntima dos indivíduos contra usos abusivos de registros de dados pessoais coletados por meios fraudulentos, desleais ou ilícitos; introdução nesses registros de dados sensíveis (assim chamados os de origem racial, opinião política, filosófica ou religiosa, filiação partidária e sindical, orientação sexual, etc.); e a

conservação de dados falsos ou com fins diversos dos autorizados em lei (SILVA, 2003, pág. 451).

Na verdade, há alguns direitos da personalidade como intimidade, privacidade, honra e imagem, visto que os dados de uma pessoa estão relacionados inicialmente com esses direitos fundamentais. De outro vértice, Uadi Lammego Bulos (2014, p. 793) denomina como um instrumento constitucional colocado ao dispor das pessoas físicas ou jurídicas, brasileiras e estrangeiras, para que solicitem ao Poder Judiciário a exibição ou a retificação de dados constantes em registros públicos ou privados.

Portanto, fica patente que inicialmente se busca o acesso às informações constantes num banco de dados, mas também está assegurado a veracidade do conteúdo, pois está garantida uma possível retificação.

Depois de esboçado algumas definições acerca desta ação constitucional, é relevante nos referirmos ao direito internacional e notar também suas perspectivas. A Constituição de Portugal de 1976 (art. 35) e a Constituição da Espanha de 1978 (art. 18) se posicionam como controle do uso da informática sem designar remédio específico, permitindo postular a jurisdição para ratificar esses direitos.

A França, acolheu normas sobre o direito de acesso e retificação aos fichários com sanções penais rigorosas, vide a Lei n. 78-17 de 06/01/1978. Já na Alemanha também existe uma Lei de Proteção contra o Emprego Abusivo de Dados de Identificação Pessoal no âmbito de Tratamento de Dados.

Ademais, o *habeas data* no direito doméstico surgiu pelo iluminismo do Prof. José Afonso da Silva na Comissão Provisória de Estudos Constitucionais. E subsequentemente foi aprovado na Assembleia Nacional Constituinte, onde passou a adentrar a Constituição vigente.

A Constituição Federal em seu artigo 102, inciso I, alínea *d* e artigo 105, inciso I, alínea *b*, trazem um rol exemplificativo quanto aos legitimados do *habeas data*. As pessoas físicas, jurídicas e os órgãos públicos como a mesa da Câmara e a mesa do Senado são os legitimados para impetrar tal instrumento na via adequada que no caso é o poder judiciário.

Vale destacar, que como se trata de uma ação de natureza personalíssima, deve ser a pessoa que deseja obter a informação (legitimado ativo) para propor a ação não se admite outra pessoa como titular da ação para obter dado

de um terceiro. Contudo, a jurisprudência do STJ tem admitido que indivíduos como cônjuge, ascendente, descendente ou irmão tenha também legitimidade ativa, como no caso do habeas data nº. 147 - DF 2006/0224991-0 (STJ, 2006).

Com isso, há interpretação que mesmo sendo admitida a impetração pelo cônjuge, ascendente, descendente e irmão, é indispensável à presença do advogado, que possui a capacidade postulatória para elaborar todas as fases do processo, relatar e evidenciar os direitos de obtenção já que está acionando o poder judicial para obter essas informações.

3.2 Habeas Corpus

O *habeas corpus* também é uma espécie de ação constitucional, sendo remédio mais utilizado na prática forense, pela sua fácil aplicação no caso concreto, haja vista que a Lei Maior tutela o direito de locomoção.

Tal instrumento está previsto na Constituição Federal no Art. 5º incisos LXVIII e LXXVII e nos artigos 647 e 667 do CPP. É notório portanto, que esta garantia não possui onerosidade e está relacionada intrinsecamente com a matéria de direito penal e direito processual penal, sendo assim uma garantia individual ao direito de locomoção, consubstanciada em uma ordem dada pelo juiz ou Tribunal ao coator, fazendo cessar a ameaça ou coação à liberdade de locomoção em sentido amplo – o direito do indivíduo de ir, vir e ficar (MORAES, 2017, p. 256).

Este instrumento constitucional surgiu no país com a constituição de 1891, voltado para a garantia da liberdade física das pessoas de se locomoverem, assegurando a todos, o direito de não sofrer impedimento ilegal ou abusivo em seu direito de ir, vir e permanecer.

O *habeas corpus* pode ser tanto preventivo, essa espécie vai ser manuseada quando tiver a existência de ameaças a liberdade pessoal do indivíduo, sendo injusta. Quanto como suspensiva aplicada com o objetivo de liberar o paciente quando já foi consumado a coação, esta espécie se utiliza quando o indivíduo está preso. Sendo assim, será concedido habeas corpus toda vez que alguém estiver sofrendo ameaça de violência ou coação em sua liberdade garantida pela Carta Magna.

As hipóteses legais de impetração do habeas corpus estão previstas no artigo 648 do Código de Processo Penal, para tanto, deve se observar os requisitos

para conseguir impetrar esta ação constitucional, que são: a legitimidade (*ad causam*) para ambos polos da relação, o interesse de agir e a possibilidade jurídica do pedido. Constando esses requisitos exigidos pela lei, o juiz poderá analisar o caso quanto ao deferimento ou indeferimento da ação.

Isto posto, a impetração pode ser realizada por qualquer pessoa em seu favor ou de outrem, inclusive pelo Ministério Público, podendo ainda ser concedido de ofício por qualquer juiz em qualquer grau de jurisdição. Esta garantia exposta nesse presente trabalho, não exige capacidade postulatória, sem a presença de um advogado será possível requerer.

O fundamento seria que a liberdade de locomoção é um bem tão valioso que não pode ser reprimido por mero procedimento formal. A competência de julgamento está ligada ao critério da territorialidade, de acordo com o foro e hierarquia. Sendo assim, a competência do juiz de 1º grau, se verifica mediante os limites da comarca, já a competência dos tribunais de 2º grau limita ao território do Estado. E, a competência dos Tribunais Superiores e do Supremo Tribunal Federal é vista em todo território nacional.

Pode se, perceber, portanto, que o Habeas Corpus tem como propósito proteger a liberdade de locomoção ou qualquer eventual cerceamento ilegal praticado com abuso de poder, esta ilegalidade é uma afronta diretamente a lei.

3.3 Mandado de Segurança

O mandado de segurança é uma das garantias mais preciosa que a Constituição (Art. 5º, inciso LXIX) vem garantir, a liberdade. É uma ação constitucional movida para proteger os direitos que não foram amparados pelo *habeas data* e *habeas corpus*. Sua regulamentação está em legislação esparsa, na Lei 12.016/09, que disciplina a parte central da ação constitucional ora em estudo.

Portanto, a definição traz um remédio dos mais abrangentes, que apresentação como limitação as competências estabelecidas para assegurar a liberdade de locomoção do habeas corpus e a informação assegurada por meio do habeas data, como é bem definido como:

[...] ação constitucional que pode ser movida por qualquer pessoa física ou jurídica, no prazo decadencial de cento e vinte dias, para a impugnação de atos comissivos e omissivos ilegais ou abusivos das autoridades públicas em geral e até mesmo de particulares na prestação de serviços públicos, em processo judicial sob procedimento especial marcado pela celeridade e

pela produção apenas de prova apenas documental, sempre que a omissão e o ato comissivo contaminados por ilegalidade ou abuso de poder não puderem ser impugnados por outra ação constitucional específica, como o habeas corpus, o habeas data, o mandado de injunção, a ação popular, a reclamação constitucional (SOUZA, 2018, p. 26)

Fica patente que se trata de um instrumento de garantia amplo, que visa combater os abusos cometidos pelas autoridades públicas dentro de uma democracia constitucional.

Sendo assim, pode-se concluir que é um remédio constitucional de natureza civil, objetivando garantir a pessoa física ou jurídica, a anulação de ato ilegal que violou o seu direito ou impedir que se exerça ameaças contra esse direito sendo líquido e certo protegido pela constituição e consagrado pela doutrina e jurisprudência. Mas, este direito provado pela via de prova documental.

No âmbito do direito internacional, o instituto também existe, como exemplo por exemplo no direito anglo-americano que além do habeas corpus tem também variados *writs* que são decretos para fazer e não fazer. Neste sentido, temos também o surgimento da instituição do juízo de amparo, no México que foi inserido na Constituição do país em 1917 no Art. 103.

No caso dessa ação constitucional, em nosso direito doméstico existe na legislação desse 1934, ausente apenas na Carta Constitucional de 1937 e sendo reinserido na de 1946. O sujeito passivo desta ação será a autoridade colaboradora, ou seja, aquela que ocasiona violação em decorrência de sua vontade ao direito pessoal. Já o sujeito ativo do mandado de segurança será o próprio titular do direito violado, que possui legitimidade para impetrá-lo.

A competência para julgar é determinada de acordo com a autoridade coatora, sendo assim, contra ato do Presidente da República, por exemplo, caberá essa ação perante o STF. A constituição vigente inovou criando essa espécie de derivação do instituto, permitindo determinados entes representativos a ser legitimados para impetrar remédio processual na defesa de interesses de seus associados. A petição é realizada para beneficiar os direitos coletivos, ampliando o sentido do Mandado de segurança aos interesses coletivos.

3.4 Mandado de Injunção

Para cada direito esculpido na Constituição, sendo que o legislador constituinte pensou num instrumento capaz de combater a omissão constitucional por parte do Poder Legislativo, Câmara e Senado, que tem o dever de elaborar as normas constantes como de eficácia limitada. Com fundamento básico constitucional no nosso ordenamento jurídico brasileiro, está previsto no Artigo 5º, inciso LXXI:

A partir da leitura deste dispositivo normativo, é notório que está ação constitucional é cabível em casos de omissão legislativa, com consequência a violação dos direitos assegurados pelo mandado de injunção, sendo eles: nacionalidade, soberania e cidadania como citado no inciso LXXI. Trata-se de um evidente remédio constitucional, visto que está disponível em prol pessoas naturais e jurídicas titulares de algum direito previsto na Constituição, mas cuja eficácia depende, no todo ou em parte, de regulamentação por meio de lei ou outro ato normativo do Poder Legislativo, executivo ou Judiciário (SOUZA, 2018, p. 70).

Desta forma, podemos conceituar como uma garantia constitucional que visa concretizar o pleno exercício de direitos mesmo que esteja ausente de regulamentação. Conferindo imediatamente aplicação a norma constitucional, devendo o titular do direito reclamado ter o interesse de agir.

Acontece que, por inúmeras razões, o legislador nem sempre consegue regulamentar os dispositivos normativos. Diante dos ensinamentos de José Afonso da Silva, em eficácia das normas constitucionais, a norma de eficácia limitada é carecedora de regulamentação, assim, é o mandado de injunção.

Levando em consideração esses aspectos, de modo geral, na incansável busca de efetivar e dar eficácia as normas constitucionais brasileira, a maior finalidade deste remédio constitucional sem sombras de dúvidas é de fornecer ao Poder Judiciário, de forma imediata e concreta, suprir a lacuna normativa existente, conseguindo tornar viável o exercício daqueles direitos da qual se refere o Art. 5º, LXXI.

Com relação a legitimidade do mandado de injunção, constituição o menciona no Art. 3º da Lei Nº 13.300, são legitimados para o mandado de injunção, como impetrantes, as pessoas naturais ou jurídicas que se afirmam titulares dos direitos, das liberdades ou das prerrogativas referidos no art. 2º e, como impetrado, o Poder, o órgão ou a autoridade com atribuição para editar a norma regulamentadora.

Portanto, o rol de legitimados é semelhante ao controle difuso da inconstitucionalidade de uma lei, mas há algumas diferenças, pois a referida ação deve ser promovida dentro do que a Constituição estabelece como autoridades competentes.

3.5 Controle de Constitucionalidade

A ideia de controle de constitucionalidade está ligada à Supremacia da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico e, também, à de rigidez constitucional e proteção dos direitos fundamentais (MORAES, 2003, p. 650).

Em primeiro lugar, a existência de escalonamento normativo é pressuposta para a supremacia constitucional, pois, ocupando a constituição a posição hierarquicamente superior do sistema normativo é nela que o legislador encontrará a forma de elaboração legislativa e o seu conteúdo (MORAES, 2003, p. 756). Além disso, nas constituições rígidas se verifica a superioridade da norma magna em relação àquelas produzidas pelo Poder Legislativo, no exercício da função legiferante ordinária.

Alessandro Pizzorusso aponta a finalidade de controle de constitucionalidade, como a proteção dos direitos fundamentais, afirmando que, na organização da justiça constitucional italiana, apesar da inexistência de procedimentos específicos, como o recurso de amparo, ou a *Verfassungsbeschwerde* alemã, o controle desenrola-se nos próprios processos ordinários civis, penais ou administrativos de forma incidental, pela remessa dos autos à Corte Constitucional, concebido para resolver uma questão prejudicial para a decisão do procedimento em curso, garantindo-se, igualmente, a supremacia dos direitos constitucionalmente protegidos (HAURIO, 1927 apud MORAES. 2017)

A importância de exercer este controle de constitucionalidade, nas palavras de Pablo Dário Bernié, se traduz a partir da concepção de que a Constituição se converte em um instrumento dinamizador e de fortalecimento dos direitos fundamentais, que por sua vez consolidam os direitos humanos positivados, no denominado Marco Constitucional, transformando a Magna Carta em uma norma exigível judicialmente e de cumprimento obrigatório (BERNIÉ, 2019, pág. 73).

Deste contorno, é possível extrair as principais funções e consequentes objetos do Controle de Constitucionalidade, que pode ser exercido no Brasil, de

forma difusa e/ou concentrada. O controle de Constitucionalidade no Brasil, pode se dar ainda, em dois momentos, de maneira repressiva ou preventiva. O Controle de Constitucionalidade Preventivo, nas palavras de Alexandre de Moraes (2010, pág. 758):

O princípio da legalidade e o processo legislativo constitucional são corolários; dessa forma, para que qualquer espécie normativa ingresse no ordenamento jurídico, deverá submeter-se a todo o procedimento previsto constitucionalmente. Dentro deste procedimento, podemos vislumbrar duas hipóteses de controle preventivo de constitucionalidade, que buscam *evitar* o ingresso no ordenamento jurídico de leis inconstitucionais: as comissões de constituição e justiça e o veto jurídico.

Sendo assim, esta espécie de Controle ;e exercida pelo Legislativo através das Comissões de Constituição de Justiça, e pelo Executivo, quando no exercício do veto jurídico, consubstanciado em dispositivo constitucional, art. 66,§1º, em que o Presidente da República, no exercício de suas atribuições, poderá vetar o projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional por entendê-lo inconstitucional.

O Controle de Constitucionalidade Repressivo, pode ser exercido pelo Legislativo, sendo esta a via de exceção através da elaboração de Medidas Provisórias (art. 63, § 5º) ou por Delegação (art. 49, V), ou ainda, como é a regra do controle repressivo e objeto do presente estudo, este pode ser exercido pelo judiciário, através das ações constitucionais. Vale ressaltar que no Brasil, o controle de constitucionalidade repressivo judiciário é misto, ou seja, é exercido tanto da forma concentrada, quanto da forma difusa.

O art. 102, I, a, da CF afirma competir ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da constituição, cabendo-lhe processar e julgar, originariamente, 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.

Por sua vez, o art. 97 estende a possibilidade do controle difuso também aos Tribunais, estabelecendo, porém, uma regra, ao afirmar que somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

São várias as espécies de controle concentrado contempladas pela Constituição Federal: ação direta de inconstitucionalidade genérica (art. 102, I, a);

ação direta de inconstitucionalidade interventiva (art. 36, III); ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º); ação declaratória de constitucionalidade (art. 102, I, *a*, *in fine*; EC nº 03/93); arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, § 1º).

Isto posto, passa-se à análise das ações constitucionais que efetivam o controle de constitucionalidade concentrado.

3.5.1. Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADIN (art. 102, inc. I, “a”)

A ação direta de Inconstitucional (ADIN), tem como objetivo, o exame de lei ou ato normativo, que esteja em dissonância ao consubstanciado na Magna Carta, com sua conseqüente a invalidação. A principal matéria que está em xeque, é a verificação de constitucionalidade da norma, sem que para isso, seja necessário um caso concreto, como ocorre no controle difuso.

A competência originária, para julgar esta ação é do Supremo Tribunal Federal, que de acordo com o art. 102 da Constituição Federal, é o órgão responsável por processar e julgar a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual.

O rol de legitimados que podem propor esta ação constitucional, é taxativo e está disposto no art. 103, CF (I a IX), sendo estes: o Presidente da República, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa do Senado Federal, as Mesas das Assembleias Legislativas, os Governadores de Estado, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da OAB, partidos políticos com representação no Congresso Nacional e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Quanto ao objeto da ação constitucional cabe destacar que é possível declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal, estadual ou distrital, no exercício de competência equivalente à dos Estados-membros (cf. item 10.2.5), editados posteriormente à promulgação da Constituição Federal (cf. item 10.2.6) e que ainda estejam em vigor.

Neste íterim, há um limite material da ação de inconstitucionalidade para normas constitucionais, vez que não se pode invocar uma cláusula pétrea, para derrogar uma norma constitucional, ou seja, não há possibilidade de exercer o

controle de normas constitucionais originárias inferiores em face de normas ou princípios constitucionais superiores³.

A finalidade da ação direta de inconstitucionalidade, portanto, é retirar do ordenamento jurídico lei ou ato normativo incompatível com a ordem constitucional. Para a existência do controle, pressupõe-se um ato positivo do Legislador, porém desconexo com os preceitos fundamentais.

Entende-se também que a ação direta de inconstitucionalidade não tem o poder de retirar do ordenamento jurídico a norma contrária à Constituição, automaticamente, para tanto seria necessário um ato do Legislativo. O julgado do Supremo Tribunal Federal, apenas tem o poder de apontar a inconstitucionalidade.

3.5.2 Ação direta de inconstitucionalidade por omissão – ADIno (art. 103, § 2º)

Em contrapartida ao analisado na ação direta de inconstitucionalidade, em que o seu exercício é um pressuposto de uma atitude positiva, porém infundada em constitucionalidade, o Ação Direita de Constitucionalidade por Omissão (doravante ADIno), tem como pressuposto uma atitude inerte do órgão legislador.

A incompatibilidade entre a conduta positiva exigida pela constituição e a conduta negativa do Poder Público omissa configura-se na chamada inconstitucionalidade por omissão (RAMOS, 1992, p. 100), neste sentido, ainda aponta Canotilho (1993 apud TEIXEIRA, 1993):

[...] a omissão legislativa (e ampliamos o conceito também para a administrativa) só é autônoma e juridicamente relevante quando se conexas com uma exigência constitucional de ação, não bastando o simples dever geral de legislador para dar fundamento a uma omissão constitucional. Um dever jurídico-constitucional de ação existirá quando as normas constitucionais tiverem a natureza de imposições concretamente impositivas.

A Lei nº 12.063, de 27-10-2009, estabeleceu a disciplina processual da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, acrescentando o Capítulo II-A, com os arts. 12-A até 12-H na Lei nº 9.868, de 10-11-1999

³ A jurisprudência se sustenta neste sentido, a saber, STF – Pleno – Adin nº 815-3, Rel. Moreira Alves, *Diário da Justiça*, Seção I, 10 maio 1996, p. 15.131, a tese de que há hierarquia entre normas constitucionais originárias dando azo à declaração de inconstitucionalidade de umas em face de outras é impossível com o sistema de Constituição rígida.

Quanto a legitimidade, em consonância com o art. 12-A da Lei nº 9.868/99, podem propor a ação direta de inconstitucionalidade por omissão os legitimados à propositura da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade (art. 103, CF).

3.5.2.1 Mandado de injunção x Ação direta de inconstitucionalidade por omissão

O legislador constituinte previu duas ações constitucionais, que possuem o mesmo objeto, qual seja, as omissões legislativas no ordenamento jurídico brasileiro. Esta inconstitucionalidade, pode ser combatida, portanto, através do ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade por omissão ou pela interposição de mandato de injunção.

As diferenças entre o mandato de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão estão dispostas quanto à causa de pedir, em contrapartida, ambas são fruto da inércia do Poder Legislativo em regulamentar os dispositivos constitucionais de eficácia limitada.

Sendo assim, partindo do ponto de comparação que o mandato de injunção faz parte de um instrumento de controle difuso e a ADINo, faz parte do rol de controle abstrato, algumas diferenciações são eminentes, principalmente ao que diz respeito à legitimidade ativa, aos efeitos da decisão e à finalidade dos mecanismos processuais constitucionais.

Os legitimados para propor uma ADINo estão dispostos em um rol taxativo no art. 103 da Constituição Federal⁴, contrariamente, a legitimidade para propor um mandato de injunção é ampla e irrestrita, sendo que qualquer pessoa, natural ou jurídica, pode se valer desta garantia constitucional.

Em relação aos efeitos, as repercussões de um julgado de ADINo são vinculantes e erga omnes, enquanto a decisão jurídica oriunda do mandato de injunção está adstrita às partes que compuseram o polo da demanda, sendo assim sua eficácia é subjetiva.

⁴ Tema abordado no tópico 3.5

Isto posto, resta evidente que não houve, por parte do legislador originário um bis in idem processual, visto que pela diferenciação do uso de uma ou outra ação, o pronunciamento judicial ocasiona efeitos totalmente díspares.

3.5.3. Ação Declaratória de Constitucionalidade – ADECON (art. 102, I, a, *in fine*; EC nº 03/93)

A ação declaratória de constitucionalidade, consiste em um processo objetivo destinado a afastar a insegurança jurídica ou incerteza sobre a validade de lei ou ato normativo federal, busca assim, preservar a ordem jurídica constitucional.

Destaca-se que há uma presunção de constitucionalidade das normas jurídicas, mas esta presunção é relativa, vez que poderá ser afastada, tanto pelos órgãos do Poder Judiciário, por meio do controle difuso de constitucionalidade, quanto pelo Poder Executivo, que poderá esquivar-se de cumprir determinada norma legal por concluir por inconstitucionalidade.

Os legitimados a propor esta ação estão expostos, também no artigo 103, da Constituição Federal, coube, porém à lei infraconstitucional, Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, estabelecer o procedimento da ação declaratória de constitucionalidade, seguindo os preceitos básicos fixados pelo Supremo Tribunal Federal⁵.

Importante destacar que declarada a constitucionalidade de uma lei ou ato normativo federal em ação declaratória de constitucionalidade, não há a possibilidade de nova análise contestatória da matéria, sob a alegação da existência de novos argumentos que ensejariam uma nova interpretação no sentido de sua inconstitucionalidade (MORAES, 2017, p. 752).

Por fim, destacou o Supremo Federal que o motivo impeditivo dessa nova análise se faz pois no momento em que se analisa concentradamente a constitucionalidade das leis e atos normativos, não o Supremo não se vincula tão somente à causa de pedir, tendo, pois, cognição plena da matéria, examina e esgota todos os seus aspectos constitucionais⁶.

⁵ Voto do Ministro-Relator Moreira Alves, na Ação declaratória de constitucionalidade nº 1-1/DF.

⁶ Neste sentido aponta a jurisprudência brasileira, STF – Agravo de Instrumento nº 174.811-7/RS – Rel. Min. Moreira Alves, *Diário da Justiça*. Seção I, 2 maio 1996, p. 13.770.

3.5.4 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF (art. 102, § 1º)

A arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (doravante ADPF), está regulada no artigo 102, § 1º, da Constituição Federal, e o Congresso Nacional editou a Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999, em complementação, tornando-a integrante controle concentrado de constitucionalidade brasileiro.

O objeto da arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental constitui na análise de norma constitucional de eficácia limitada, que depende de edição de lei, sendo cabível para evitar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público; para reparar lesão a preceito fundamental resultante de ato do Poder Público e quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição.

Os legitimados ativos, são os mesmos colegitimados para propositura da ação direta de inconstitucionalidade (CF, art. 103, I a IX). Os efeitos da decisão, são quanto à eficácia que será contra todos, *erga omnes*, e vinculantes relativamente aos demais órgãos do Poder Público, cabendo, inclusive, reclamação para garantia desses efeitos.

Por fim, após a decisão haverá comunicação às autoridades ou órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados, fixando-se as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental.

4 CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

Não há uma ação constitucional que cuide diretamente do controle de convencionalidade, e se denomine com essa finalidade, destarte, no Código Tributário Nacional, em seu artigo 98, consagra que os tratados e as convenções internacionais que revogam ou modificam a legislação tributária interna, serão observados pela que lhes sobrevenha (BRASIL, 1966) .

No mais, em que pese esta falta de normatização é imprescindível destacar que o controle de convencionalidade pode ser exercido de maneira difusa, por qualquer que seja a autoridade e/ou a instância judiciária que se encontre

o processo, assim entendeu a Corte Interamericana de Direitos Humanos caso no caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*⁷.

No entanto, por força da EC nº 45/04, que concedeu ao Congresso Nacional, somente na hipótese de tratados e convenções internacionais que versem sobre Direitos Humanos, a possibilidade de incorporação com *status* ordinário (CF, art. 49, I) ou com status constitucional (CF, § 3º, art. 5º), pode-se extrair a possibilidade de realizar o controle de constitucionalidade de maneira concentrada, ou seja através das ações constitucionais, para também normas do Direito Internacional ao Direito Interno.

Neste sentido, os atos e tratados internacionais (que fazem parte de um bloco de convencionalidade segundo Valério de Oliveira Mazzuoli⁸ para serem incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro, em regra, necessitam de referendo do Congresso Nacional (CF, art. 49, I), via decreto legislativo e posterior edição de Decreto Presidencial, promulgando e publicando o ato/tratado, dando-lhe executividade. Na hipótese do § 3º, do art. 5º, pelo qual a EC nº 45/04 estabeleceu que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Assim, os compromissos assumidos pelo Brasil em virtude de atos, tratados, pactos ou acordos internacionais de que seja parte, devidamente ratificados pelo Congresso Nacional e promulgados e publicados pelo Presidente da República, devem sempre ser interpretados com as limitações impostas constitucionalmente, podendo ser declaradas inconstitucionais se infringirem as normas da constituição ou os seus princípios, conclui-se portanto pela supremacia da Constituição sobre os Tratados Internacionais, podendo, assim serem exercidas as ações constitucionais para o controle.

No entanto, no caso dos Tratados Internacionais que versem sobre direitos Humanos, muda-se o vértice de observação, para os Tratados Internacionais incorporados com status de emenda constitucional, tem-se que estes passam a ser o ponto de referência do controle e não a norma submetida ao controle concentrado.

⁷ Cf. Corte IDH. Caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Sentença de 26 de Set. de 2006.

⁸ Segundo Valério Mazzuoli, 2018, o bloco de convencionalidade *latu sensu* é composto das fontes formais do direito internacional dos direitos humanos e das decisões (sentenças e opiniões consultivas) da corte regional de proteção respectiva – dialoga com o bloco de constitucionalidade estatal sempre no sentido de ampliar o gozo dos direitos e liberdades consagrados em ambos os ordenamentos (o internacional e o interno).

4. DA NECESSIDADE DE UM CÓDIGO DE PROCESSO CONSTITUCIONAL

O ordenamento brasileiro apresenta muitos problemas para o exercício do controle de convencionalidade, pois as regras estão na Constituição, mas também em decisões do Supremo Tribunal Federal e no regimento do tribunal maior e constitucional, além de dispositivos espalhados pelo Código de Processo Civil, por exemplo. No Brasil, o código de processo constitucional está em fase de discussão doutrinária visando sua elaboração. Ao contrário de países vizinhos que já codificaram o processo constitucional a exemplo do Peru, Costa Rica e Bolívia, pode-se definir o processo Constitucional como:

Definido así el “proceso”, el proceso constitucional es el sistema mediante el cual se definen, en el ámbito jurisdiccional, todos los problemas derivados de la supremacía, defensa e interpretación de la Constitución. Luego, el Derecho Procesal Constitucional viene a ser “el conjunto de normas que regulan el proceso constitucional”³, o, como lo define Fix-Zamudio, es “la disciplina jurídica situada dentro del campo del Derecho procesal, que se ocupa del estudio sistemático de las instituciones y de los órganos por medio de los cuales pueden resolverse los conflictos relativos a los principios, valores y disposiciones fundamentales, con el objeto de reparar las violaciones a los mismos”. Por nuestra parte, hemos definido el Derecho Procesal Constitucional como la parte del Derecho Procesal General que se ocupa de poner en actividad a la jurisdicción constitucional, entendida ésta como el control, la defensa y la interpretación de la Constitución (DERMIZAKY, 2007, p. 02)

Assim, como exposto durante todo o artigo, tem-se que para o regular exercício dos direitos fundamentais, tem-se os remédios constitucionais positivados, no entanto, as ações constitucionais, estão disciplinadas, e assim as foram, em leis infraconstitucionais esparsas e em um período de tempo posterior à Constituição de 1998, de forma que se passaram anos antes da formalização da regulação de exercício das ações constitucionais, de modo que os direitos fundamentais passaram por um período de tempo sem normas que os efetivassem.

Neste diapasão é que se delineia a necessidade de regulamentação de um Código de Processo Constitucional, pois na proporção em que o direito processual constitucional incorpora códigos e leis processuais, é responsável por promover a efetivação dos princípios inerentes à Constituição Federal, através da sistematização em um único código de todas as ações constitucionais.

Esta ordenação, não é somente um ato de formalização, mas através disso será possível a expansão dos direitos e garantias fundamentais, e

consequentemente dos direitos humanos, na medida em que estarão regulados conferindo também maior autonomia à matéria.

6 CONCLUSÃO

Ante o exposto, resta evidente que as ações constitucionais se solidificam como uma forma de regularização e proteção aos princípios constitucionais, a fim de garantir a efetividade do cumprimento dos direitos fundamentais, que foram asseguradas pelo legislador constituinte. Entre esses direitos estão os chamados de humanos que estão previstos em tratados em nível de Organização dos Estados Americanos e Organização das Nações Unidas, sendo que dois foram aprovados por quatro votações de 3/5.

A partir da Constituição, as ações do controle difuso de constitucionalidade são regulamentadas por variadas legislações, o que ocorre também com o chamado controle de convencionalidade, com a supra-legalidade dos tratados de direitos humanos em relação às leis ordinárias. Para o exercício do controle concentrado de constitucionalidade a legislação especiais se encontra esparsa, além da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, e até o regimento interno do Supremo Tribunal Federal.

Em seguida, cabe a cada respectiva lei infraconstitucional garantir e regular as ações constitucionais dada a suas especificidades e peculiaridades, não sendo possível apenas a utilização do Código de Processo Civil, de maneira substitutiva na ausência de regularização.

Por tudo o que foi relatado e diante a experiência interessante realizada na doutrina estrangeira, em especial no Peru, defende-se que o Brasil possa a contar com um documento único que cuidasse não apenas do controle de constitucionalidade das leis, mas também do controle de convencionalidade. O instrumento seria muito positivo em especial para o controle difuso de convencionalidade por instrumentos como mandado de segurança, ação popular e habeas data.

Ademais, imprescindível destacar a importância da elaboração de um Código de Processo Constitucional para regularizar e uniformizar os recursos do controle difuso para alcançar o Supremo. Mas, também ganhariam uniformidade procedimental as ações constitucionais, de forma que essas ações constitucionais

poderiam ser especificadas para realização do controle de convencionalidade e se configuram como uma das bases para a organização desta disciplina jurídica presente no cenário Latino Americano. Portanto, defende-se a importância de que o Código seja feito e a que também seja implementada uma disciplina autônoma para melhor estudo e compressão do conteúdo e aplicação desta conjuntura processual constitucional. Aliás, o Legislador brasileiro deveria buscar uma comissão de notáveis para a realização da elaboração do código de processo constitucional.

Mais a mais, tem-se que sistematização tem sua utilidade para melhorar o controle de convencionalidade. Esclarecer que são os legitimados nas ações do controle difuso, bem como dar segurança ao devido processo legal dentro dos ditames da democracia brasileira, que somente com a normatização das garantias constitucionais poderia avançar e proteger o cerne da dignidade humana.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Tereza Arruda. **Breves comentários do código de processo civil**. Ed. Revista dos Tribunais; 3ª, Nova Edição, 2009.

BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; ABELHA, Marcelo; SANTANA, Rafael; FÖPPEL, Gamil; BUENO, Cassio Scarpinella, CUNHA, Junior Dirley; BARBOSA, Edmilson; SODRÉ, Eduardo; GÓES, Gisele; ZANETI, Junior Hermes; MAZZEI, Rodrigo. In: DIDIER JR, Fredie (Coordenador). **Ações Constitucionais**. 4. Ed. São Paulo: Jus Podivm, 2009.

BRASIL. Lei nº. 5.172, de 25 de outubro de 1966. Regulamento o sistema tributário nacional e estabelece as normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172.htm Acesso em: 23/08/2020.

BULOS, Uadi Lammêgo, **Curso de direito constitucional**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2014

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

DERMIZAKY, Peredo, Pablo, **El Derecho Procesal Constitucional**. Revista Boliviana de Derecho, núm. 4, 2007, pp. 1-20

FERREIRA, Pinto. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1995.

HAURIUO, Maurice. **Derecho público y constitucional**. 2. ed. Madri: Reus, 1927.

MAZZUOLLI, Valério de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis**. 5ª Edição. Editora Forense. Rio de Janeiro, 2018.

MAZZUOLLI, Valério de Oliveira. **Direito Internacional Público**. 12ª Edição. Editora Forense. Rio de Janeiro, 2018.

MEIRELLES, Helly Lopes. **Mandado de Segurança**. ed. Malheiros, 2005. P. 283

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. – 33. ed. rev. e atual. até a EC nº 95, de 15 de dezembro de 2016 – São Paulo: Atlas, 2017.

_____. **Integração na área da segurança pública: o grande desafio constitucional**. In: TOFFOLI, José Antônio Dias. 30 anos da Constituição brasileira: democracia, direitos fundamentais e instituições. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

_____. **Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. **Direitos humanos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

RAMOS, Dircêo Torrecillas. **O controle de constitucionalidade por via de ação**. São Paulo: Angelotti, 1994.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 22ª edição. 2002. São Paulo. Malheiros;

_____. **Curso de direito constitucional positivo**. 22.ed. rev. e atualizada nos termos da Reforma Constitucional (até a Emenda Constitucional nº 39 de 19.12.2002). São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Curso de direito constitucional positivo**. 37 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2014.

SOUZA, Bernardo Pimentel. **Das ações constitucionais**, 2018. P. 26

VILLALBA BERNIÉ, Pablo Dário. **Derecho Procesal Constitucional: Contenidos Esenciales**. 3.ed. Ediciones Nueva Juridica. Colômbia, 2019.