

# JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL DA LIBERDADE NO BRASIL

Por JOSÉ AFONSO DA SILVA \*

## SUMARIO

1. CONCEITO DE JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL.—2. JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL DA LIBERDADE: A) *Habeas corpus*. B) Mandado de segurança individual. C) Mandado de segurança coletivo. D) Ação popular. E) Mandado de injunção. F) *Habeas data*.

### 1. CONCEITO DE JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

1. Para Cappelletti todas as manifestações da justiça constitucional podem reduzir-se à *função de tutela e atuação judiciária dos preceitos da suprema lei constitucional*. Para Hector Fix Zamudio, «*a denominação de jurisdição constitucional deve reservar-se, em sentido próprio, aos instrumentos de garantia ou de justiça constitucional que se conferem a organismos judiciais estritamente considerados, e com maior rigor ainda, quando os mesmo possuem caráter especializados, isto é, quando são tribunais constitucionais*».

2. Para nós, a *jurisdição constitucional, em sentido estrito, consiste na entrega, aos órgãos do poder judiciário, da missão de solucionar os conflitos entre as normas jurídicas ordinárias (e complementares) e a constituição*. E, mais amplamente (sentido próprio), *é a entrega ao poder judiciário da missão de solucionar conflitos constitucionais*. É nesse sentido amplo que Frederico Marques, sempre com sua larga visão jurídica, concebe a jurisdição constitucional: «*aplicação de normas constitucionais pelo poder judiciário, a fim de compor conflitos litigiosos de interesse*», e con-

---

\* Professor Titular (Catedrático) da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

clui: «Há lide ou litígio constitucional, quando a pretensão insatisfeita que se consubstancia no pedido formulado na ação, tem por objeto matéria constitucional». Da sua lição decorre a distinção entre *jurisdição constitucional com controle de constitucionalidade* e *jurisdição constitucional sem controle de constitucionalidade*.

3. Por aí se vê que a jurisdição constitucional não se esgota no controle da constitucionalidade dos atos de autoridade, porquanto nela entra também toda ação dos tribunais judiciários destinada a assegurar, por exemplo, a observância das normas constitucionais dos partidos políticos, juízos sobre conflitos entre o estado e indivíduos ou grupos, desde que reclamem ter havido violação de direitos fundamentais, solução de conflitos entre órgãos e governo e conflitos entre entidades intraestatais autônomas. Por isso, os autores apontam três setores básicos da jurisdição constitucional:

a) a *jurisdição constitucional de controle da constitucionalidade de leis e atos normativos do poder público*, que é a mais comum;

b) a *jurisdição constitucional da liberdade*, que compreende a atuação judiciária mediante provocação por um dos remédios ou ações constitucionais;

c) a *jurisdição constitucional orgânica* destinada a solucionar os conflitos que se instauram entre os diversos órgãos do poder em relação com o alcance de suas competências e atribuições consubstanciadas nas normas constitucionais;

d) finalmente, *jurisdição constitucional de caráter comunitária ou internacional* destinada a solucionar conflitos derivados da aplicação das disposições internacionais e comunitárias incorporadas ao ordenamento interno, quando são afetadas por atos de autoridades ou disposições legislativas contrárias a essas normas de fontes externas.

4. Inovação da Constituição de 1988, na matéria, foi a previsão da *inconstitucionalidade por omissão*, por influência da Constituição portuguesa, que é tema relacionado com a problemática da eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais. Tem mesmo por objetivo tornar efetiva a aplicação da Constituição contra a inércia dos Poderes Constituídos. Como a omissão constitucional só se caracteriza pela falta ou insuficiência de medidas legislativas e de adoção de medidas políticas ou de governo, normalmente exigidas em normas constitucionais definidoras da ação positiva do Estado em favor das classes desfavorecidas, bem se pode aquilatar da importância do seu controle para a efetivação de ponderável categoria dos direitos humanos. Mas nossa experiência ainda é pequena nesse campo.

## 2. JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL DA LIBERDADE

5. A *Jurisdição constitucional da liberdade*<sup>1</sup> consiste na atividade jurisdicional destinada à tutela das normas constitucionais que consagram os direitos fundamentais da pessoa humana. Seu exercício se dá por meio de um conjunto de instrumentos jurídicos-processuais destinados a levar à apreciação dos Tribunais questões que suscitem infringência dos direitos humanos fundamentais. O nome foi cunhado por Cappelletti em face de alguns remédios específicos que existem em alguns países europeus, especialmente o «*Verfassungsbeschwerde*» da Suíça, Alemanha e Áustria<sup>2</sup>, às vezes, traduzido por *agravo constitucional*. Na verdade, não é agravo porque é forma de ação direta, que alguns chamam de recurso constitucional, que precisamente tem por finalidade levar ao conhecimento da Corte Constitucional a violação de direitos fundamentais do interessado. Segundo Cappelletti, o *recurso constitucional* consiste num meio de reclamo jurisdicional diante do Tribunal Constitucional Federal, por iniciativa dos cidadãos, para a tutela de seus direitos fundamentais e de algumas outras situações subjetivas constitucionais lesadas por ato de qualquer autoridade pública. Além disso, existe também na Alemanha, uma *ação popular* que visa salvaguardar direitos fundamentais. No sistema brasileiro, anotamos com essa natureza o *habeas corpus*, o mandado de segurança, o mandado de injunção, a ação popular e o *habeas data*.

### A) *Habeas corpus*

6. Foi o primeiro remédio a integrar as conquistas liberais. Denota-se sua presença na Inglaterra antes mesmo da Magna Carta de 1215. Mas foi esta que lhe deu a primeira formulação escrita. O *writ of «habeas corpus»* evoluiu. No início não era vinculado à idéia de liberdade de locomoção, mas ao conceito do «*due process of law*»<sup>3</sup>. Era usado até mesmo em matéria civil; mais tarde, ainda na Inglaterra, adquiriu várias modalidades: «*habeas corpus ad prosequendum*», «*habeas corpus ad satisfaciendum*», «*habeas corpus ad deliberandum*», «*habeas corpus ad faciendum et recipiendum*»,

<sup>1</sup> No desenvolvimento dessa temática aqui, foi aproveitada boa parte da mesma matéria tratada em nosso *Curso de direito constitucional positivo*, 16ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 1999.

<sup>2</sup> Cf. MAURO CAPPELLETTI, *La giurisdizione costituzionale delle libertà*, Milano, Giuffrè Editore, 1974.

<sup>3</sup> Cf. R. J. SHARPE, *The Law of Habeas Corpus*, Oxford, p. 2; PONTES DE MIRANDA, *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1 de 1969*, cit., t. V/282 e ss.

«habeas corpus ad subjiciendum»<sup>4</sup>. Era então meio de levar alguém perante o tribunal. O «Habeas Corpus Amendment Act» de 1679 é que o configurou, com mais precisão, como um remédio destinado a assegurar a liberdade dos súditos e prevenir os encarceramentos em ultramar.

7. No Brasil, não ingressou na Constituição do Império, formalmente, mas Pontes de Miranda é de opinião que estava implicitamente previsto<sup>5</sup>. Formalmente, foi instituído no Código de Processo Criminal de 1832 (art. 340). Constitucionalizou-se por meio do § 22 do art. 72 da Constituição de 1891, em termos amplos, que deu margem à doutrina brasileira do *habeas corpus*, que o concebia como remédio tutelar dos direitos subjetivos de qualquer natureza, conforme a seguinte lição de Ruy Barbosa:

«Logo o *habeas corpus* hoje não está circunscrito aos casos de constrangimento corporal: o *habeas corpus* hoje se estende a todos os casos em que um direito nosso, qualquer direito, estiver ameaçado, manietado, impossibilitado no seu exercício pela intervenção de um abuso de poder ou de uma ilegalidade»<sup>6</sup>.

8. Disso decorria que as violações de direitos civis estavam também sujeitas à correção pelo *habeas corpus*. A Emenda Constitucional de 1926, contudo, limitou o seu cabimento à proteção da liberdade de locomoção, com um enunciado essencialmente idêntico ao que consta, hoje, do art. 5º, LXVIII: *conceder-se-á «habeas corpus» sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder*. Não cabe, porém, em relação a punições disciplinares militares (art. 142, § 2º).

9. É, pois, um remédio destinado a tutelar o direito de liberdade de locomoção, liberdade de ir, vir, parar e ficar. Tem natureza de *ação constitucional penal*.

## B) Mandado de segurança individual

10. A Constituição contempla duas formas de *mandado de segurança*: (a) o *mandado de segurança individual*, tal como previram as Constituições anteriores, desde a de 1934, com a finalidade de proteger *direito subjetivo individual* líquido e certo; e (b) o *mandado de segurança coletivo*. O primeiro, *garantia individual*, consta do art. 5º, LXIX: *conceder-se-á manda-*

<sup>4</sup> Cf. DOMINGO GARCÍA BELAÚNDE, *El habeas corpus en el Perú*, Lima, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 1979.

<sup>5</sup> *Ob. cit.*, pp. 304 e 305.

<sup>6</sup> Cf. *República: teoria e prática*, p. 173; cf. também CASTRO NUNES, *Do Mandado de Segurança*, p. 1.

*do de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público*<sup>7</sup>.

11. Visa, como se nota, amparar direito pessoal líquido e certo. Só o próprio titular desse direito tem legitimidade para impetrá-lo, e é oponível contra qualquer autoridade pública ou contra agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições públicas, com o objetivo de corrigir ato ou omissão ilegal ou decorrente de abuso de poder. A doutrina e a jurisprudência já tinham estabelecido que, no conceito de *autoridade*, entravam também as autoridades públicas propriamente ditas, os dirigentes e administradores de autarquias e de entidades paraestatais, como as pessoas naturais ou agentes de pessoas jurídicas com funções delegadas do Poder Público<sup>8</sup>. O art. 5º, LXIX, assim, amplia o espectro passivo do mandado de segurança, compreendido em dois grupos: (a) autoridades públicas; (b) agentes de pessoas jurídicas no exercício de atribuições do Poder Público. No primeiro grupo, entram todos os *agentes públicos*, expressão que abrange todas as pessoas físicas que exercem alguma função estatal, como os *agentes políticos*, os *agentes administrativos* e os *agentes delegados*, entrando neste último grupo os exercentes de funções delegadas<sup>9</sup> (concessionários e permissionários de obras ou serviços, os serventuários, os notários e oficiais de registros públicos —para estes, art. 236— e exercentes de atividades sujeitas à autorização do Poder Público). Logo, no segundo grupo entram todas as agentes de pessoas jurídicas privadas que executem, a qualquer título, atividades, serviços e obras públicas.

12. Já se vinha admitindo mandado de segurança até mesmo contra decisão jurisdicional especialmente para obter sua suspensão quando pendente de recurso com efeito não suspensivo, ou até independentemente da interposição deste<sup>10</sup>. Cabe também contra ato disciplinar, ainda que em

<sup>7</sup> Para a história, o processo e outras questões relativas à mandado de segurança individual, cf. CASTRO NUNES, *Do Mandado de Segurança*, 8ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1980 (edição atualizada por José de Aguiar Dias); CELSO AGRÍCOLA BARBI, *Do Mandado de Segurança*, 3ª ed., 3ª tiragem, Rio de Janeiro, Forense, 1980; MILTON FLAKS, *Mandado de Segurança: Pressupostos da Impetração*, Rio de Janeiro, Forense, 1980; HELY LOPES MEIRELLES, *Mandado de Segurança e Ação Popular*, 10ª ed., São Paulo, Ed. RT, 1985; KAZUO WATANABE, *Controle Jurisdicional e Mandado de Segurança contra Atos Judiciais*, São Paulo, Ed. RT, 1980.

<sup>8</sup> Cf. HELY LOPES MEIRELLES, *Mandado de Segurança e Ação Popular*, pp. 8 e 9.

<sup>9</sup> Cf. HELY LOPES MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*, pp. 71 e ss., sobre conceito e classes de agentes públicos; também CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Apointamentos sobre os Agentes e Órgãos Públicos*, pp. 6 e ss.

<sup>10</sup> *Jurisprudência*: «Quando a ilegalidade é flagrante e capaz de subverter a ordem política, quer no plano do direito material como no formal, acolhe-se o mandado de segurança contra ato judicial independentemente da utilização de recurso cabível sem efeito suspensivo»

contrário estipule o art. 5º, inc. III, da Lei 1.533/51. Esse dispositivo restritivo não pode prevalecer, como bem mostrou o Min. Carlos Mário da Silva Velloso em lição acolhida por Hely Lopes Meirelles em reexame de posição anterior<sup>11</sup>. Não tem cabimento contra lei em tese, salvo se se tratar de lei de efeito concreto.

«Direito líquido e certo [no conceito de Hely Lopes Meirelles, aceito pela doutrina e pela jurisprudência] é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercido no momento da impetração. Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante; se a sua existência for duvidosa; se a sua extensão ainda não estiver delimitada; se o seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais»<sup>12</sup>. Mas o próprio autor acha o conceito insatisfatório, observando que o «direito, quando existente, é sempre líquido e certo; os fatos é que podem ser imprecisos e incertos, exigindo comprovação e esclarecimentos para propiciar a aplicação do direito invocado pelo postulante»<sup>13</sup>.

13. O *mandado de segurança individual* é, assim, um remédio constitucional, com natureza de ação civil, posto à disposição de titulares de direito líquido e certo, lesado ou ameaçado de lesão, por ato ou omissão de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

### C) Mandado de segurança coletivo

14. A Constituição institui o *mandado de segurança coletivo* no art. 5º, LXX, *que pode ser impetrado por:*

- (a) partido político com representação no Congresso Nacional;
- (b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados<sup>14</sup>.

(TFR - 1ª secção; MS n. 97.662 - Maranhão - Rel. Min. Evandro Gueiros Leite, em 13.4.83; votação unânime: DJU, 5.5.83, p. 5907).

<sup>11</sup> Cf. CARLOS MÁRIO DA SILVA VELLOSO, «Do mandado de segurança», RDP, n. 55/56, p. 333; HELY LOPES MEIRELLES, *Mandado de Segurança e Ação Popular*, p. 21.

<sup>12</sup> Cf. *Mandado de Segurança e Ação Popular*, p. 11.

<sup>13</sup> Idem, p. 11, nota 1.

<sup>14</sup> O *mandado de segurança coletivo* surgiu de sugestão da Subcomissão de Garantia da Constituição, Reforma e Emendas, conforme art. 29 do Anteprojeto que teve como Relator o Constituinte Nilton Friedrich.

15. O conceito de *mandado de segurança coletivo* assenta-se em dois elementos: um, *institucional* caracterizado pela atribuição da legitimação processual a instituições associativas para a defesa de interesses de seus membros ou associados; outro, *objetivo*, consubstanciado no uso do remédio para a defesa de interesses coletivos<sup>15</sup>.

16. A primeira característica do mandado de segurança coletivo encontra-se no reconhecimento de legitimação para agir a uma entidade ou instituição representativa de uma coletividade: (a) *partidos políticos* com representação no Congresso Nacional, reforçando aqui a idéia de partidos de âmbito nacional exigida no art. 17, I; (b) *organização sindical, entidade de classe ou associação* legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano.

17. Celso Agrícola Barbi acha que a legitimação dessas entidades de classe e associativas se destina «a reclamar *direitos subjetivos individuais* dos membros dos sindicatos e dos associados de entidades de classe e associações»<sup>16</sup>. Há ponderações a fazer quanto a isso, pois não se pode, p. ex., deixar de levar em conta o disposto no art. 8º, III, que dá aos sindicatos legitimidade para a defesa dos direitos e *interesses coletivos* ou individuais da categoria, em juízo. Outra questão é saber se as associações podem impetrar mandado de segurança coletivo sem autorização ou se precisam desta, tal como prevê em geral o disposto no art. 5º, XXI, segundo o qual «as entidades associativas, *quando expressamente autorizadas*, têm legitimidade para representar seus filiados *judicial* ou *extrajudicialmente*». Aquela regra do mandado de segurança coletivo contém uma exceção à regra geral, ou a ela se subsume? Pensamos que a regra geral prevalece em todos os casos, em que se reclama o *direito subjetivo individual* dos associados<sup>17</sup>.

18. Celso Agrícola Barbi acha «pouco provável que partidos políticos pudessem agir em defesa de direitos subjetivos de cidadãos, pela via do mandado de segurança coletivo»<sup>18</sup>. É uma tese que também merece reflexão. As primeiras redações constituintes do mandado de segurança coletivo

<sup>15</sup> CELSO AGRÍCOLA BARBI tem entendimento semelhante em «As novas dimensões do mandado de segurança», tese apresentada no *Seminário sobre os Novos Direitos Fundamentais na Constituição Brasileira*, Hotel Glória, Rio de Janeiro, de 12 a 16 de dezembro de 1988. Sobre o *mandado de segurança coletivo*, além das monografias citadas na nota 67 do capítulo anterior, cf. também LÚCIA VALE FIGUEIREDO, *Perfil do mandado de segurança coletivo*, São Paulo, RT, 1989, e «Partidos políticos e mandado de segurança coletivo», *RDP*, 95/37 e ss.; MICHEL TEMER, «Algumas notas sobre o mandado de segurança coletivo, o mandado de injunção e o *habeas data*», *RPGE*, 30/11 e ss.; CARLOS ARI SUNDFELD, «*Habeas data* e mandado de segurança coletivo», *RDP*, 95/190 e ss.

<sup>16</sup> Idem *ibidem*.

<sup>17</sup> Em sentido contrário, cf. UADI LAMÊGO BULOS, *Mandado de segurança coletivo (outros estudos)*, p. 25.

<sup>18</sup> Idem *ibidem*.

amarravam os partidos políticos no mesmo objetivo das demais entidades: legitimação *para defesa de interesses de seus membros e associados*. E a palavra «membros» aparecia muito em função dos integrantes das agremiações partidárias<sup>19</sup>. A redação do texto, realmente, vincula a defesa de seus membros e associados às entidades relacionadas na alínea *b*, pelo que, sem nenhuma dúvida, não podem defender interesses de não membros ou não associados. Não se indicaram, porém, interesses de quem os partidos políticos podem defender pelo mandado de segurança coletivo. Questão aberta. Logo, entendemos que eles podem defender direito subjetivo individual de seus membros, desde que se admita, como se está admitindo, que o mandado de segurança coletivo também é meio hábil para a defesa de direito subjetivo individual de integrantes da parte institucional legitimada.

19. No mais, parece-nos que assiste razão a Celso Agrícola Barbi quando entende que «a legitimação dos partidos políticos para requerer mandado de segurança coletivo é indicativa de que este pode ter por objeto interesses legítimos, difusos ou coletivos». E aí estará, talvez, a mais fértil função do mandado de segurança coletivo, só que isso ergue um problema difícil. Fica o mandado de segurança coletivo sujeito ao requisito do direito líquido e certo?

20. Não consta essa exigência do dispositivo constitucional que o institui. O requisito constava da proposta inicial do remédio, mas foi logo eliminado nas sucessivas redações do texto. A alínea *b* do inc. LXX do art. 5º fala em «interesses» e não em «direitos». Será isso suficiente para afastar o requisito, sabido que também na primeira proposta do instituto se destinava ele a «proteger direito líquido e certo», mas na defesa de *interesses* de membros e associados das entidades referidas? Se o requisito do direito

<sup>19</sup> As redações nas várias fases de elaboração constitucional: Anteprojeto Nelton Friedrich, art. 29 - «O mandado de segurança coletivo, para proteger direito líquido e certo não amparado por *habeas corpus*, pode ser impetrado por Partidos Políticos, organizações sindicais, órgãos fiscalizadores do exercício de profissão, associações de classe e associações legalmente constituídas e em funcionamento há, pelo menos, um ano, na defesa dos interesses de seus membros ou associados». Esta redação passou para o Projeto aprovado na Comissão de Sistematização (art. 6º, § 50), com a supressão da cláusula «para proteger direito líquido e certo não amparado por *habeas corpus*». A redação sugerida pelo Relator Bernardo Cabral, para o primeiro turno e aí aprovada, despertou a atenção para a delimitação do objeto do mandado de segurança coletivo dos partidos. Veio ela no art. 5º, LXXI: «conceder-se-á mandado de segurança coletivo, em defesa dos interesses de seus membros ou associados, por: a) partido político com representação no Congresso Nacional; b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano.» A rigor, essa redação correspondia à que foi aprovada no Projeto da Sistematização. Houve, porém, reação ao enquadramento dos partidos nesses limites da legitimação, de onde, em negociação de lideranças, transpor-se aquela cláusula para o final da alínea *b*, vinculada apenas a entidades ali referidas.



líquido e certo for eliminado, não se correrá o risco de perder-se a principal característica do instituto, que é sua celeridade?

21. Parece que a esse propósito poderemos tirar uma primeira conclusão: *o requisito do direito líquido e certo será sempre exigido quando a entidade impetra o mandado de segurança coletivo na defesa de direito subjetivo individual*. Quando o sindicato usá-lo na defesa de *interesse coletivo* de seus membros e quando os partidos políticos impetrarem-no na defesa de *interesse coletivo difuso* exige-se ao menos a ilegalidade e a lesão do interesse que o fundamenta<sup>20</sup>.

#### D) Ação popular

22. A origem das ações populares perde-se na história do Direito romano. O nome *ação popular* deriva do fato de atribuir-se ao povo, ou a parcela dele, legitimidade para pleitear, por qualquer de seus membros, a tutela jurisdicional de interesse que não lhe pertence, *ut singulis*, mas à coletividade. O *autor popular* faz valer um interesse que só lhe cabe, *ut universis*, como membro de uma comunidade, agindo *pro populo*. Mas a ação popular não é mera atribuição de *ius actionis* a qualquer do povo, ou a qualquer cidadão como no caso da nossa. Essa é apenas uma de suas notas conceituais. O que lhe dá conotação essencial é a natureza impessoal do interesse defendido por meio dela: *interesse da coletividade*. Ela há de visar a defesa de direito ou interesse público. O qualificativo *popular* prende-se a isto: *defesa da coisa pública, coisa do povo (publicum, de populum, de populum)*.

Toda ação popular consiste na possibilidade de qualquer membro da coletividade, com maior ou menor amplitude, invocar a tutela jurisdicional a interesses coletivos.

23. A *ação popular constitucional brasileira* consta agora do art. 5º, LXXIII, nos termos seguintes: *qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao*

<sup>20</sup> CELSO AGRÍCOLA BARBI diz, a nosso ver com razão: «quando o pedido for de partido político, basta a simples ilegalidade e a lesão de interesse daquele tipo, não sendo caso de estabelecer qualquer vínculo entre o interesse e os membros ou filiados do partido» (tese citada), se bem que, como dissemos, entendemos possível também a defesa do interesse destes. No mesmo sentido, JOSÉ DA SILVA PACHECO, *Mandado de segurança e outras ações constitucionais*, p. 220. Porém, UADI LAMÊGO BULOS, *ob. cit.*, p. 33, contesta a possibilidade de impetração do *writ* coletivo, nas hipóteses de interesse difuso, porque a Constituição silenciou a respeito e porque “não menciona a natureza do interesse, como então rotulá-lo de difuso?” Exatamente, porque o *interesse* não foi constitucionalmente qualificado é que o esse signo é amplo e abrangente.

*meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.*

24. Trata-se de um remédio constitucional pelo qual *qualquer cidadão* fica investido de legitimidade para o exercício de um poder de natureza essencialmente política, e constitui manifestação direta da soberania popular consubstanciada no art. 1º, parágrafo único, da Constituição: *todo poder emenda do povo*, que o exerce por meio de seus representantes eleitos ou *diretamente*. Sob esse aspecto é uma *garantia constitucional política*. Revela-se como uma forma de participação do cidadão na vida pública<sup>21</sup>, no exercício de uma função que lhe pertence primariamente. Ela dá a oportunidade de o cidadão exercer diretamente a função fiscalizadora, que, por regra, é feita por meio de seus representantes nas Casas Legislativas. Mas ela é também uma *ação judicial* porquanto consiste num meio de invocar a atividade jurisdicional visando a correção de nulidade de ato lesivo: (a) ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe; (b) à moralidade administrativa; (c) ao meio ambiente; e (d) ao patrimônio histórico e cultural. Sua finalidade é, pois, *corretiva*, não propriamente preventiva, mas a lei pode dar, como deu, a possibilidade de suspensão liminar do ato impugnado para prevenir a lesão.

Contudo, ela se manifesta como uma *garantia coletiva* na medida em que o *autor popular* invoca a atividade jurisdicional, por meio dela, na defesa da coisa pública, visando a *tutela de interesses coletivos*, não de interesse pessoal.

25. Quando a Constituição diz que *qualquer cidadão* pode propor ação popular, está restringindo a legitimidade para a ação apenas ao *nacional no gozo dos direitos políticos*, ao mesmo tempo em que a recusa aos estrangeiros e às pessoas jurídicas, entre estas os partidos políticos.

26. O objeto da ação popular foi ampliado, em nível constitucional, à proteção da moralidade administrativa, do meio ambiente e do patrimônio histórico e cultural. Este último já estava contemplado na lei que regula o processo popular. Não gera maior dificuldade a compreensão do que seja *meio ambiente*, que é conceito adotado pela Constituição (art. 225). Será mais difícil a compreensão da *moralidade administrativa*, como fundamento para anular ato que a lese. A *moralidade* é definida como um dos princípios da Administração pública (art. 37). Todo ato lesivo ao patrimônio agride a moralidade administrativa. Mas o texto constitucional não se conteve nesse aspecto apenas da moralidade. Quer que a moralidade administrativa em si seja fundamento de nulidade do ato lesivo. Deve-se partir da idéia de que moralidade administrativa não é *moralidade comum*, mas *moralidade jurídica*. Essa consideração não significa necessariamente que

<sup>21</sup> Sobre essa temática, cf. ELIVAL DA SILVA RAMOS, *Ação popular como instrumento de participação política*, especialmente pp. 203 e ss.

o ato legal seja honesto. Significa, como disse Hauriou, que a moralidade administrativa consiste no «conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração»<sup>22</sup>. A questão fica ainda presa quanto ao saber se a ação popular continuará a depender dos dois requisitos que sempre a nortearam: *lesividade* e *ilegalidade* do ato impugnado. Na medida em que a Constituição amplia o âmbito da ação popular, a tendência é a de erigir a lesão, em si, à condição de motivo autônomo de nulidade do ato. Reconhece-se muita dificuldade para tanto. Se se exigir também o vício de legalidade, então não haverá dificuldade alguma para a apreciação do ato imoral, porque, em verdade, somente se considerará ocorrida a imoralidade administrativa no caso de ilegalidade. Mas isso nos parece liquidar com a intencionalidade constitucional de contemplar a moralidade administrativa como objeto de proteção desse remédio. Por outro lado, pode-se pensar na dificuldade que será desfazer um ato, produzido conforme a lei, sob o fundamento de vício de imoralidade. Mas isso é possível porque a moralidade administrativa não é meramente subjetiva, porque não é puramente formal, porque tem conteúdo jurídico a partir de regras e princípios da Administração. No caso da defesa da moralidade *pura*, ou seja, sem alegação de lesividade ao patrimônio público, mas apenas de *lesividade* do princípio da *moralidade administrativa*, assim mesmo se reconhecem as dificuldades para se dispensar o requisito da ilegalidade, mas quando se fala que isso é possível é porque se sabe que a atuação administrativa imoral está associada à violação de um pressuposto de validade do ato administrativo. Rodolfo de Camargo Mancuso também acha isso possível porque a Constituição erigiu a «moralidade administrativa» em *fundamento autônomo* para a ação popular e «numa categoria jurídica passível de controle jurisdicional, *per se*»<sup>23</sup>. A lei pode ser cumprida moralmente ou imoralmente. Quando sua execução é feita, p. ex., com intuito de prejudicar alguém deliberadamente, ou com o intuito de favorecer alguém, por certo que se está produzindo um ato *formalmente* legal, mas *materialmente* comprometido com a moralidade administrativa. Se um Prefeito, em fim de mandado, por ter perdido a eleição para seu adversário político, congela ou não atualiza o imposto sobre propriedade territorial urbana, com o intuito, aí transparente, de prejudicar a futura administração municipal, comete imoralidade administrativa, pouco importa se o ato fora ou não ilegal; é verdade que aí se vislumbra também lesão ao patrimônio público municipal que fica desfalcado de recursos financeiros a mais que arrecadaria no exercício seguinte.

27. Podemos, então, definir a ação popular constitucional brasileira como *instituto processual civil, outorgado a qualquer cidadão como garantia político-constitucional (ou remédio constitucional), para a defesa do*

<sup>22</sup> Cf. HELY LOPES MEIRELLES, *Direito administrativo brasileiro*, p. 83 e ss.

<sup>23</sup> Cf. *Ação popular*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1994, pp. 70 e 71.

*interesse da coletividade, mediante a provocação do controle jurisdicional corretivo de atos lesivos do patrimônio público, da moralidade administrativa, do meio ambiente e do patrimônio histórico e cultural.*

## E) Mandado de injunção

28. *Mandado de injunção* é uma nova garantia instituída no art. 5º, LXXI, da Constituição de 1988, com o seguinte enunciado: *conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de normas regulamentadoras torne inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania*<sup>24</sup>.

Constitui um remédio ou ação constitucional posto à disposição de quem se considere titular de qualquer daqueles direitos, liberdades ou prerrogativas, inviáveis por falta de norma regulamentadora exigida ou suposta pela Constituição. Sua principal *finalidade* consiste assim em conferir imediata aplicabilidade à norma constitucional portadora daqueles direitos e prerrogativas, inerte em virtude de ausência de regulamentação. Revela-se, neste quadrante, como um instrumento da realização prática da disposição

<sup>24</sup> O *mandado de injunção* é um instituto que se originou na Inglaterra, no séc. XIV, como essencial remédio da *Equity*. Nasceu, pois, do *Juízo de Equidade*. Ou seja, é um remédio outorgado, mediante um juízo discricionário, quando *falta norma legal (statutes)* regulando a espécie, e quando a *Common Law* não oferece proteção suficiente. A *equidade*, no sentido inglês do termo (sistema de estimativa social para a formulação da regra jurídica para o caso concreto), assenta-se na valoração judicial dos elementos do caso e dos princípios de justiça material, segundo a pauta de valores sociais, e assim emite a decisão fundada não no justo legal mas no *justo natural*. Na *injunction* inglesa como no mandado de injunção do art. 5º, LXXI, o juízo de equidade não é inteiramente desligado de pautas jurídicas. Não tem o juiz inglês da *Equity* o arbítrio de criar norma de agir *ex nihil*, pois se orienta por pauta de valores jurídicos existentes na sociedade (princípios gerais de direito, costumes, *conventions* etc.). E o juiz brasileiro também não terá o arbítrio de criar regras próprias, pois terá em primeiro lugar que se ater à pauta que lhe dá o ordenamento constitucional, os princípios gerais de direito, os valores jurídicos que permeiam o sentir social, enfim, os vetores do justo natural que se afere no viver social, na índole do povo, no evolver histórico. Aí é que seu critério estimativo fundamenta sua decisão na falta de regulamentação do direito, liberdade ou prerrogativas objeto da proteção do mandado de injunção. Mas a fonte mais próxima deste é o *writ of injunction* do Direito norte-americano, onde cada vez mais tem aplicação na proteção dos direitos da pessoa humana, para impedir, p. ex., violações de liberdade de associação e de palavra, da liberdade religiosa e contra denegação de igual oportunidade de educação por razões puramente raciais, tendo-se estabelecido mediante julgamento favorável de uma *injunction* (caso *Brown v. Board of Education of Topeka*, 1954) o direito de estudantes negros à educação em escolas não segregadas; a Emenda 14ª da Constituição norte-americana confere várias franquias inerentes à nacionalidade, à soberania popular e à cidadania, pois a proteção desses direitos e franquias tem sido crescentemente objeto de *injunction*, tal como agora se reconhece no Direito Constitucional pátrio. Cf. «*Injunction*», in *Encyclopædia Britannica*, London, William Benton Publisher, 1968, v.12, pp. 255 e 256.

do art. 5º, § 1º («As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata»).

29. Daí *seu objeto*: assegurar o exercício: (a) de *qualquer direito constitucional* (individual, coletivo, político ou social) não regulamentado; (b) de *liberdade constitucional*, não regulamentada, sendo de notar que as liberdades são previstas em normas constitucionais geralmente de aplicabilidade imediata, independentemente de regulamentação; vale dizer, incidem diretamente; de modo que raramente ocorrerá oportunidade de mandado de injunção nessa matéria, mas há situações como a do art. 5º, VI, em que a liberdade de cultos religiosos ficou dependente, em certo aspecto, de lei regulamentadora, quando diz: «garantida, na *forma da lei*, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias»; (c) *das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania*, também quando não regulamentadas; *soberania é a soberania popular*, segundo dispõe o art. 14, não a soberania estatal; aqui igualmente não ocorrerão muitas hipóteses de ocorrência do mandado de injunção; é que as questões de nacionalidade praticamente se esgotam nas prescrições constitucionais que já a definem de modo eficaz no art. 12; apenas a naturalização depende de lei, mas esta, como vimos, já existe, portanto é matéria regulamentada, que, por isso mesmo, não dá azo ao mandado de injunção; as prerrogativas da soberania popular e da cidadania se desdobram mediante lei, mas estas já existem, embora devam sofrer profunda revisão, quais sejam o Código Eleitoral e a Lei Orgânica dos Partidos Políticos; a lei prevista no art. 5º, LXXVII, destinada à definição dos atos necessários ao exercício da cidadania, também já foi promulgada: Lei 9.265, de 12.2.1996.

30. Os *pressupostos* do remédio são: (a) a *falta de norma regulamentadora* do direito, liberdade ou prerrogativa reclamada; (b) *ser o impetrante beneficiário* direto do direito, liberdade ou prerrogativa que postula em juízo. O interesse de agir, mediante mandado de injunção, decorre da titularidade do bem reclamado, para que a sentença que o confira tenha direta utilidade para o demandante. Não pode, p. ex., reclamar acesso ao ensino fundamental quem já o fez antes. Não pode pleitear a garantia de relação de emprego quem está desempregado. Não pode pretender uma decisão judicial sobre aviso prévio proporcional quem não está empregado.

31. Resta saber o que se deve entender por *norma regulamentadora*. Muitos direitos constam de normas constitucionais que prevêem uma lei ordinária ou uma lei complementar para terem efetiva aplicação<sup>25</sup>. Nessas hipóteses, é fácil verificar a norma pendente de regulamentação. Há casos,

<sup>25</sup> Vejam-se, p. ex., o art. 5º, VI («na forma da lei»), XVIII («na forma da lei»), XXVIII («nos termos da lei»), XXIX («a lei assegurará [...]»), XXXII («na forma da lei»), LXXVII («na forma da lei»); art. 7º, I («nos termos de lei complementar»), IV (salário mínimo, «fixado em lei»), X (proteção do salário «na forma da lei»), XXI (aviso prévio proporcional [...]), «nos termos da lei»), XXIII (adicional de insalubridade etc, «na forma da lei»).

contudo, em que a norma constitucional apenas supõe, por sua natureza, por sua indeterminação, a necessidade de uma providência do Poder Público para que possa ser aplicada<sup>26</sup>. Norma regulamentadora é, assim, toda «medida para tornar efetiva norma constitucional», bem o diz o art. 103, § 2º. Nesses casos, a aplicabilidade da norma fica dependente da elaboração da lei ou de outra providência regulamentadora. Se ela não vier, o direito previsto não se concretizará. É aí que entra a função do mandado de injunção: fazer com que a norma constitucional seja aplicada em favor do impetrante, independentemente de regulamentação, e exatamente porque não foi regulamentada. Se tivesse sido regulamentada, o mandado de injunção não teria cabimento. O direito, a liberdade ou as prerrogativas estabelecidas em normas constitucionais regulamentadas, quando não satisfeitos, só podem ser reclamados por outro meio judicial (mandado de segurança, ação cautelar inominada, ação ordinária).

32. O mandado de injunção tem, portanto, por finalidade realizar concretamente em favor do impetrante o direito, liberdade ou prerrogativa, sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o seu exercício. Não visa obter a regulamentação prevista na norma constitucional. Não é função do mandado de injunção pedir a expedição da norma regulamentadora, pois ele não é sucedâneo da ação de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º). É equivocada, portanto, *data venia*, a tese daqueles que acham que o julgamento do mandado de injunção visa a expedição da norma regulamentadora do dispositivo constitucional dependente de regulamentação, dando a esse remédio o mesmo objeto da ação de inconstitucionalidade por omissão. Isso quer apenas dizer que o mandado de injunção não passaria de ação de inconstitucionalidade por omissão *subsidiária*, a dizer: como os titulares dessa ação (art. 103) se omitiram no seu exercício, então fica deferido a qualquer interessado o direito de utilizar o procedimento injuncional para obter aquilo que primeiramente ocorria àqueles titulares buscar. A tese é errônea e absurda, porque: (1) não tem sentido a existência de dois institutos com o mesmo objetivo e, no caso, de efeito duvidoso, porque o legislador não fica obrigado a legislar; (2) o constituinte, em várias oportunidades na elaboração constitucional, negou ao cidadão legitimidade para a ação de inconstitucionalidade; por que teria

<sup>26</sup> O art. 5º, L, p. ex., diz: «às presidiárias serão *asseguradas condições* para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação»; por certo que essas condições precisam ser regulamentadas, nem que sejam por portaria, ou por despacho, ou ordem de serviço, do próprio diretor do estabelecimento penal; são normas regulamentadoras simples, mas normas regulamentadoras; o art. 196 confere o direito à saúde, que é «garantido mediante *políticas sociais e econômicas que visem a redução dos riscos [...]*»; o estabelecimento de *políticas públicas* é, no caso, o modo de regulamentar esse direitos; é já uma forma de regulamentação mais complexa, mas aí encontramos normas regulamentadoras necessárias para viabilizar o direito previsto.

ele que fazê-lo por vias transversas? (3) absurda mormente porque o impetrante de mandado de injunção, para satisfazer seu direito (que o moveu a recorrer ao Judiciário), precisaria percorrer duas vias: uma, a do mandado de injunção, para obter a regulamentação que poderia não vir, especialmente se ela dependesse de lei, pois o legislativo não pode ser constrangido a legislar; admitindo que obtenha a regulamentação, que será genérica, impessoal, abstrata, vale dizer, por si, não satisfatória de direito concreto; a segunda via é que, obtida a regulamentação, teria ainda que reivindicar sua aplicação em seu favor, que, em sendo negada, o levaria outra vez ao Judiciário para concretizar seu interesse, agora por outra ação porque o mandado de injunção não caberia.

33. Enfim, o *conteúdo da decisão* consiste na outorga direta do direito reclamado<sup>27</sup>. O impetrante age na busca direta do direito constitucional em

<sup>27</sup> Foi esta sempre a preocupação do constituinte: aparelhar meios para a eficácia imediata das normas constitucionais. A elaboração constituinte do mandado de injunção seguiu sempre esse rumo. O Constituinte Gastone Righi, no dia 22.04.87 na 3ª reunião da Subcomissão dos Direitos Políticos, dos Direitos Coletivos e Garantias, clama pela criação de um *mandamus*, uma forma de processo pela qual alguém possa exercer um direito social, digamos o direito social à saúde ou o direito da criança à escola. A precedência é, porém, atribuída ao Senador Virgílio Távora, consoante informa a Dra. Herzeleide Maria Fernandes de Oliveira, que, como assessora, participou de sua formulação. Cf. neste sentido, HERZELEIDE MARIA FERNANDES DE OLIVEIRA, «O mandado de injunção», *RIL*, nº 100, pp. 47 e ss.; também Sen. ALFREDO CAMPOS, «O mandado de injunção», *Jornal Hoje em Dia*, Belo Horizonte, 17.10.88. Esclarece que o Senador alertado para o não cumprimento do «dever-poder» do Estado para com a educação, apresentou *Sugestões de Normas Constitucionais* versando sobre o mandado de injunção e sobre a inconstitucionalidade por omissão: a de nº 155-4: «Sempre que se caracterizar a inconstitucionalidade por omissão, conceder-se-á 'mandado de injunção', observado o rito processual estabelecido para o mandado de segurança»; a de nº 156-2: «A não edição de atos ou normas pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, visando a implementar esta Constituição, implica a inconstitucionalidade por omissão»; e a de nº 315: Art. - [...] Parágrafo único. O acesso ao ensino básico é um direito público subjetivo, acionável contra o poder público mediante mandado de injunção». O Constituinte Lysâneas Maciel propôs dois mecanismos: um na forma reclamada pelo Constituinte Gastone Righi, no art. 3º do seu Anteprojeto, segundo o qual o povo exerceria a soberania: VII - pelo *mandado de garantia social* por inexistência ou omissão de normas, atos jurisdicionais ou administrativos; o outro no art. 40: *Na falta de regulamentação para tornar eficaz a norma constitucional*, o Ministério Público ou *qualquer interessado poderá requerer ao Judiciário a aplicação do direito assegurado*. Aqui está delineado o mandado de injunção, por quem não conhecia o Direito anglo-americano. A mesma preocupação acutilava a Subcomissão dos Direitos Individuais e Garantias do Homem e da Mulher, no dia 26.5.87, pelo Relator da Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais, Deputado Constituinte Darcy Pozza, quando disse que, «no rol dos Direitos e Garantias Individuais, ao lado do Mandado de Segurança, como instrumento de defesa dos interesses do cidadão, incluímos o *Mandado de Injunção*, visando permitir que a letra constitucional, à falta de Lei Complementar ou Ordinária que a regulamente, se torne realmente auto-aplicável. Darcy Pozza o colheu na Sugestão nº 367-1 do Constituinte Ruy Bacelar, que pedia se incluísse onde coubesse o seguinte: «Art. Os direitos conferidos por esta Constituição e que dependam da lei ou de providências do Estado serão assegurados por man-

seu favor, independentemente da regulamentação. Por isso é que dissemos que ele precisa ter interesse direto no resultado do julgamento. Compete ao Juiz definir as condições para a satisfação direta do direito reclamado e determiná-la imperativamente<sup>28</sup>. Não foi esta lamentavelmente a decisão do Supremo Tribunal Federal, que vem dando ao instituto a função de uma ação pessoal de declaração de inconstitucionalidade por omissão, com o que praticamente o tornara sem sentido ou, pelo menos, muitíssimo esvaziado.

34. Não importa a natureza do direito que a norma constitucional confere; desde que seu exercício dependa de norma regulamentadora e desde

*dado de injunção*, no caso de omissão do Poder Público. Parágrafo único. O *mandado de injunção* terá o mesmo rito processual estabelecido para o *mandado de segurança*. Na justificativa, não menciona se foi buscá-lo no Direito anglo-americano. Não importa. O Anteprojeto apresentado pelo Constituinte Darcy Pozza na Subcomissão contemplou o remédio com aquele sentido de tornar eficaz, *in concreto*, direitos garantidos na Constituição. Constou do § 37 do artigo único, nos termos seguintes: *Conceder-se-á mandado de injunção, observado o rito processual estabelecido para o mandado de segurança, a fim de garantir direitos assegurados nesta Constituição, não aplicados em razão da ausência de norma regulamentadora, podendo ser requerido em qualquer Juízo ou Tribunal, observadas as regras de competência da Lei Processual*. Daí a proposta passou para o Substitutivo do Relator da Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher, Constituinte José Paulo Bisol, em termos essencialmente idênticos. O Projeto da Comissão de Sistematização o aprovou com duas modificações sérias, dizendo que seria concedido, *na forma da lei*, aí sim tornando sua aplicação dependente de lei; a outra suprimindo a palavra «direitos», ficando a proteção apenas para as liberdades e prerrogativas, esvaziando a medida. Na votação do Primeiro Turno o texto foi recomposto, para ficar com a redação do art. 5º, LXXI. Todo o pensamento constituinte foi no sentido de estruturar um instrumento para assegurar imediatamente os direitos, liberdades e prerrogativas, na falta de regulamentação.

<sup>28</sup> Cf. WANDER PAULO MAROTTA MOREIRA, «Mandado de Injunção», *Estado de Minas*, 13.9.88, p. 2: «Compete ao Juiz de primeira instância criar a norma de proteção quando ela não existir, criando, por via de consequência, a regra do procedimento aplicável a cada caso concreto». Esse tem sido o ponto mais controvertido do mandado de injunção. Várias obras já foram publicadas com soluções as mais diversificadas. Cf. nosso *Mandado de Injunção e Habeas Data*, São Paulo, RT, 1989; IRINEU STRENGER, *Do Mandado de Injunção*, Rio de Janeiro, FU, 1988; DIOMAR ACKEL FILHO, *Writs Constitucionais*, São Paulo, Saraiva, 1988; ULDRICO PIRES DOS SANTOS, *Mandado de Injunção*, São Paulo, Paumape, 1988; J. J. CALMOU DE PASSOS, *Mandado de Segurança Coletivo, Mandado de Injunção, Habeas Data*, Rio de Janeiro, Forense, 1989; HELY LOPES MEIRELLES, *Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção e Habeas Data*, 12ª ed., São Paulo, Ed. RT, 1989; JOSÉ CRETILLA JÚNIOR, *Os Writs na Constituição de 1988*, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1989; VICENTE GRECO FILHO, *Tutela Constitucional das Liberdades*, São Paulo, Saraiva, 1989; IVO DANTAS, *Mandado de Injunção*, Rio de Janeiro, Aide Ed., 1989; ARICÉ MOACYR AMARAL SANTOS, *O Mandado de Injunção*, São Paulo, Ed. RT, 1989; RANDOLPHO GOMES, *Mandado de Injunção*, Rio de Janeiro, Edições Trabalhistas, 1989; MARCELO FIGUEIREDO, *O Mandado de Injunção e a Inconstitucionalidade por Omissão*, São Paulo, RT, 1991; REGINA QUARESMA, *O mandado de injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão, teoria e prática*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Editora Forense, 1999.



que esta falte, o interessado é legitimado a propor o mandado de injunção, quer a obrigação de prestar o direito seja do Poder Público, quer incumba a particulares. Vale dizer, cabe mandado de injunção nas relações de natureza pública como nas relações privadas, como, p. ex., nas relações de emprego privado, hipóteses de direitos previstos no art. 7º

35. Finalmente, cumpre esclarecer que o disposto no art. 5º, LXXI, não depende de regulamentação para ser aplicado. O texto possui todos os elementos suficientes à sua imediata aplicação, reforçada essa aplicabilidade direta com o disposto no § 1º do mesmo artigo, o que «significa que os juízes não poderão deixar de atender a toda e qualquer demanda que lhes for dirigida», e não poderão deixar de decidir também, dado o monopólio jurisdicional (*non liquet*)<sup>29</sup>.

36. A competência para processar e julgar o mandado de injunção ficou mal estruturada no texto constitucional. Consta dos arts. 102, I, *q*, e II, *a*, e 105, I, *h*.

#### F) *Habeas data*

37. O *habeas data* (art. 5º, LXXII) é um remédio constitucional que tem por objeto proteger a esfera íntima dos indivíduos contra: (a) usos abusivos de registros de dados pessoais coletados por meios fraudulentos, desleais ou ilícitos; (b) introdução nesses registros de dados sensíveis (assim chamados os de origem racial, opinião política, filosófica ou religiosa, filiação partidária e sindical, orientação sexual etc); (c) conservação de dados falsos ou com fins diversos dos autorizados em lei<sup>30</sup>.

38. Firmín Morales Prats emprega a expressão *habeas data* ao lado de *habeas scriptum* e *habeas mentem*. Este último como expressão jurídica da intimidade. Os dois primeiros, mais ou menos como sinônimos, no sentido de direito ao controle da circulação de dados pessoais<sup>31</sup>. As Constituições da Espanha (art. 18) e de Portugal (art. 35) dispõem, respectivamente, sobre o controle do uso da informática e sobre o direito de conhecer o que constar de registros informáticos a seu respeito, mas nenhuma delas e nenhuma outra criou um meio específico de invocar a jurisdição para fazer valer esses direitos reconhecidos<sup>32</sup>.

<sup>29</sup> Cf. RÉGIS FERNANDES DE OLIVEIRA, «Idéias sobre o mandado de injunção», *O Estado de S. Paulo*, 20.11.88. Cf. também WANDER PAULO MAROTTA MOREIRA, «Mandado de injunção», *Estado de Minas*, 13.9.88, p. 2. Ambos os autores são magistrados.

<sup>30</sup> Cf. FIRMÍN MORALES PRATS, *La tutela penal de la intimidad: privacy e informática*, p. 329.

<sup>31</sup> *Ob. cit.*, p. 43. Sobre o tema, JOSÉ ALFREDO BARACHO DE OLIVEIRA, «*Habeas data* ou *habeas scriptum*», *Jornal do Advogado*, Belo Horizonte, agosto/1988, p. 4.

<sup>32</sup> A partir dessas constatações, propusemos perante a Comissão Provisória de Estudos Constitucionais (Comissão Afonso Arinos) um Anteprojeto de Constituição cujo art. 17 reco-

39. A Constituição de 1988 não traz um dispositivo autônomo que contemple o direito de conhecer e de retificar dados pessoais. Usou o mesmo processo que nas Constituições anteriores se reconhecia à liberdade de locomoção: através da previsão de sua garantia. O direito de conhecimento de dados pessoais e de retificá-los é outorgado no mesmo dispositivo que institui o remédio de sua tutela, *in verbis*:

«Art. 5º, LXXII - conceder-se-á *habeas data*:

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

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

40. Vê-se que o direito de conhecer e retificar os dados, assim como o de interpor o *habeas data* para fazer valer esse direito quando não espontaneamente prestado, é *personalíssimo* do titular dos dados, do impetrante que, no entanto, pode ser brasileiro ou estrangeiro. Mas uma decisão do ainda Tribunal Federal de Recursos (agora, STJ), em Plenário, admitiu que os herdeiros legítimos do morto ou se cônjuge supérstite poderiam impetrar o «writ»<sup>33</sup>. É uma decisão liberal que supera o entendimento meramente literal do texto, com justiça, pois não seria razoável que se continuasse a fazer uso ilegítimo e indevido dos dados do morto, afrontando sua memória, sem que houvesse meio de corrigenda adequado.

41. O objeto do *habeas data* consiste em assegurar: (a) o direito de acesso e conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais e de entidades de caráter público; (b) o direito à retificação desses dados,

nhecia o direito nos termos seguintes: «1. Toda pessoa tem direito de acesso aos informes a seu respeito registrados por entidades públicas ou particulares, podendo exigir a retificação de dados, e a sua atualização. 2. É vedado o acesso de terceiros a esse registro. 3. Os informes não poderão ser utilizados para tratamento de dados referentes a convicções filosóficas ou políticas, filiação partidária ou sindical, fé religiosa ou vida privada, salvo quando se tratar do processamento de dados estatísticos não individualmente identificáveis. 4. Lei federal definirá quem pode manter registros informáticos, os respectivos fins e conteúdo». No art. 31 instituíamos o remédio constitucional específico: «Conceder-se-á *habeas data* para proteger o direito à intimidade contra abusos de registros informáticos públicos e privados», curto e seco como se vê. O Anteprojeto da Comissão acolheu a declaração do direito em seu art. 17 com aperfeiçoamentos e o remédio no art. 48: «Dar-se-á *habeas data* ao legítimo interessado para assegurar os direitos tutelados no art. 17». Daí saiu para o debate constituinte, andando o direito e sua garantia específica em dispositivos separados até que no Projeto da Comissão de Sistematização fosse aprovado num único dispositivo, ou seja: reconhecia-se o direito mediante sua garantia específica (art. 6º, § 52). Daí sofreu modificações para pior até o texto do atual art. 5º, LXXII, objeto de nossas considerações no texto.

<sup>33</sup> HD nº 001-DF, DJU, 2.5.89, Seção I, p. 6774.

importando isso em atualização, correção e até a supressão, quando incorretos. Em relação ao direito de retificação, o dispositivo constitucional facultava ao impetrante o processo sigiloso, judicial ou administrativo, dando a entender que, se o processo for sigiloso, não será de *habeas data*, mas outra ação, o que não tem sentido algum. Nem serão necessários dois *habeas datas* para que uma mesma pessoa tome conhecimento dos dados e proponha sua retificação.

42. «Entidades governamentais» é uma expressão que abrange órgãos da administração direta ou indireta. Logo, a expressão «entidades de caráter público» não pode referir-se a organismos públicos, mas a instituições, entidades e pessoas jurídicas privadas que prestem serviços para o público ou de interesse público, envolvendo-se aí não só concessionários, permissionários ou exercentes de atividades autorizadas, mas também agentes de controle e proteção de situações sociais ou coletivas, como as instituições de cadastramento de dados pessoais para controle ou proteção do crédito ou divulgadoras profissionais de dados pessoais, como as firmas de assessoria e fornecimento de malas diretas.

43. Essa doutrina, que já constava das edições anteriores, foi amplamente acolhida pela Lei 9.507, de 12.11.1997, que regulou o direito de acesso a informações e disciplinou o rito processual do *habeas data*, quando, no parágrafo único do art. 1º, considera de caráter público «todo registro ou banco de dados contendo informações que sejam ou que possam ser transmitidas a terceiros ou que não sejam de uso privativo do órgão ou entidade produtora ou depositária das informações».

44. O *habeas data*, instituído como remédio constitucional no Brasil, responde, no plano do direito positivo, ao reclamo de Frosini e ao conteúdo básico, pensado por Firmín Morales Prats.

Frosini:

«A história jurídica da liberdade pessoal no mundo moderno se funda sobre o *Habeas Corpus Act de 1679* [...] oposto à detenção ilegal. Pode-se dizer, com uma paráfrase de caráter metafórico, que na legislação dos Estados modernos se reclame hoje um *habeas data*, um reconhecimento do direito do cidadão de dispor dos próprios dados pessoais do mesmo modo que tem o direito de dispor livremente do próprio corpo»<sup>34</sup>.

<sup>34</sup> Cf. «La protezione della riservatezza nella società informatica», in *Privacy e Banche dei Dati*, vários autores, Bologna, 1981, p. 44, citado por FIRMÍN MORALES PRATS, *ob. cit.*, p. 47. IDEM, «Bancos de datos y tutela de la persona», *REP*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, nº 30, nov./dez. 1982, pp. 21 e ss. Convém observar, para espantar dúvida sobre a novidade da formulação do *habeas data* na Constituição brasileira, que existem, no exterior, leis muito importantes sobre a proteção contra uso abusivo de dados pessoais, com definição de sanções rigorosas. A lei francesa, p. ex., possui normas muito claras sobre o di-

«O *habeas data*, ou conjunto de direitos que garante o controle da identidade informática, [escreve Firmín Morales], implica o reconhecimento do direito de conhecer, do direito de correção, de subtração ou anulação, e de agregação sobre os dados depositados num fichário eletrônico. Esse elenco de faculdades, que derivam do *princípio de acesso aos bancos de dados*, constitui a denominada 'liberdade informática' ou direito ao controle dos dados que respeitam ao próprio indivíduo (biológicos, sanitários, acadêmicos, familiares, sexuais, políticos, sindicais...)»<sup>35</sup>.

45. O rito processual do *habeas data* foi disciplinado pela Lei 9.507/97. Pressupõe uma *fase administrativa* prévia, que começa com o *requerimento do interessado* apresentado ao órgão ou entidade depositária do registro ou banco de dados e será deferido ou indeferido no prazo de quarenta e oito hora, comunicada a decisão ao requerente em vinte e quatro horas. De deferido o requerimento, o depositário do registro ou banco de dados marcará dia e hora para que o requerente tome conhecimento das informações. Constatada a inexatidão de qualquer dado a seu respeito, o interessado, em petição acompanhada de documentos comprobatórios, poderá requerer sua retificação, que deverá ser feita, no máximo, em dez dias. Indeferido o pedido de acesso às informações ou verificado o transcurso do prazo de dez dias sem decisão, ou recusada a retificação pleiteada ou o decurso de mais de quinze dias sem decisão, ou ainda recusada as anotações de explicação ou contestação apresentadas pelo requerente, então sim poderá ele recorrer ao Poder Judiciário, mediante petição na forma dos arts. 282 a 285 do Código de Processo Civil, pleiteado a concessão do *habeas data*, que lhe assegure o acesso às informações, as retificações solicitadas, bem como as anotações pleiteadas. Ao despachar a inicial, o juiz ordenará que se notifique o coator do conteúdo da petição, entregando-lhe a segunda via apresentada pelo impetrante, com as cópias dos documentos, a fim de que, no prazo de dez dias, preste as informações que julgar necessárias. Feita a notificação, o serventuário em cujo cartório corra o feito, juntará aos autos cópia autêntica do ofício endereçado ao coator, bem como a proa da sua entrega a este ou da recusa, seja de recebê-lo, seja de dar

---

reito de acesso aos fichários e de retificação, muito mais avançadas do que o adotado por nossa Constituição. Todas elas contém sanções penais rigorosas. Mas nenhum desses países estrutura um remédio específico, como garantia constitucional, para amparar esse direito no caso de não ser atendido. Cf. para a República Federal da Alemanha, Bundesdatenschutzgesetz - BDSG, de 27.2.77 (Lei de Proteção contra o Emprego Abusivo de Dados de Identificação Pessoal no Âmbito do Tratamento de Dados, RF, nº 272, pp. 423 e ss.) e, para a França, Lei 78-17, de 6.1.78, RF, nº 272, pp. 431 e ss.

<sup>35</sup> *Ob. cit.*, p. 47. Sobre o *habeas data* já se podem ler algumas monografias como as indicadas na nota 67 supra juntamente com o mandado de injunção e também DIVA PRESTES MALERBI, *Perfil do Habeas Data*, São Paulo, RT, 1989.

recibo. Se o juiz julgar procedente o pedido, marcará data e horário para que o coator apresente: (a) ao impetrante as informações a seu respeito, constantes de registro e bancos de dados; (b) em juízo a prova da retificação ou da anotação feita nos assentamentos do impetrante. Da sentença, que só terá efeito devolutivo, cabe apelação. O pedido de *habeas data* poderá ser renovado se a decisão denegatória não lhe houver apreciado o mérito.

