

## OS INSTRUMENTOS BRASILEIROS DE DEFESA DAS LIBERDADES

Ada PELLEGRINI GRINOVER

SUMÁRIO: I. *Os instrumentos de defesa das liberdades no Brasil.* II. *Os instrumentos clássicos: habeas corpus e mandado de segurança.* III. *Os novos instrumentos.* IV. *Conclusão.*

### I. OS INSTRUMENTOS DE DEFESA DAS LIBERDADES NO BRASIL

Colocando-se na linha de confluência do sistema romano-germânico e do de *common-law*, o ordenamento constitucional brasileiro, a partir da primeira República, vem tradicionalmente acompanhando os direitos fundamentais com adequados instrumentos de defesa que os garantem.

Trata-se de remédios processuais-constitucionais, ou seja de ações a que a Constituição atribuiu *eficácia potenciada*<sup>1</sup> e que, embora correspondendo em parte a certos *writs* anglo-saxões ou a institutos como o “amparo”, assinalam inegável criação brasileira.

Até a Constituição de 1988, tais instrumentos eram apenas o *habeas corpus* e o mandado de segurança. A nova Constituição abriu este último à dimensão coletiva, ampliando o rol pelo acréscimo do “habeas data” e do mandado de injunção.

### II. OS INSTRUMENTOS CLÁSSICOS: HABEAS CORPUS E MANDADO DE SEGURANÇA

#### 1. *Notícia histórica*

Única é a origem do *habeas corpus* e do mandado de segurança, assim como uma só é sua história.

<sup>1</sup> Watanabe, Kazuo, *Mandado de segurança contra atos judiciais*, S. Paulo, RT, 1980.

O *habeas corpus* brasileiro encontra seus antecedentes diretos no direito romano, no direito inglês e no direito português da Idade Média.

Do direito romano, e mais exatamente do *interdictum de libero homine exhibendo*, retirou a garantia criminal preventiva, que então consistia na ordem do pretor para que se lhe apresentasse a pessoa, livre de qualquer constrição, para ser interrogada e encarcerada, só se a prisão fosse justa. Também a Magna Carta de 1215, no art. 3º, não tolerava a prisão dos barões sem o julgamento de seus pares, correspondendo, assim, a uma medida preventiva. Quanto ao *Bill of Rights*, de 1628, se bem que, introduzindo formalmente o *habeas corpus*, mantivesse a garantia da Magna Carta, não se aplicava, na interpretação dos tribunais, aos casos de prisão ilegal, principalmente quando a ordem proviesse do monarca (*exceto per speciale mandatum regis*).

Do *Habeas Corpus Act* de 1679 —assegurou a tutela em todos os casos de acusação criminal, mas não em caráter preventivo—, o Brasil retirou a garantia *a posteriori*.

Preventiva era, ao invés, a tutela disposta nas Cartas de Seguro das Ordenações do Reino, como faculdade atribuída ao acusado de comparecer a juízo impunemente e, sob certas condições, de voltar em liberdade (Ord. Afonsinas, t. LVII do L. V; Ord. Manuelinas, t. XLIV do L. V; Ord. Filipinas, t. CXXIX do L. V).

A primeira Constituição brasileira —a Constituição imperial de 1824— não abrigou expressamente o instituto, embrionariamente previsto no art. 179, VIII.<sup>2</sup>

Foi o Código Criminal de 1830 que delineou o *habeas corpus*, regulado na modalidade repressiva, pelo Código de Processo Criminal de 1832, no art. 340.<sup>3</sup>

O remédio foi elevado à categoria constitucional pela Constituição Republicana de 1991, no art. 72, § 22.<sup>4</sup> E a ampla fórmula constitucional —prevendo ainda as modalidades preventiva e repressiva— autorizou o entendimento segundo o qual o remédio

<sup>2</sup> Art. 179, VIII Const. 1824: “Ninguém poderá ser preso sem culpa formada, exceto nos casos declarados em lei... (omissis).”

<sup>3</sup> Art. 340 CPP de 1832: “Todo o cidadão que entender que ele ou outrem sofre uma prisão ou constrangimento ilegal em sua liberdade tem direito de pedir uma ordem de *habeas corpus* em seu favor”.

<sup>4</sup> Art. 72, § 22 Const. 1891: “Dar-se-á o *habeas corpus* sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência ou coação, por ilegalidade ou abuso de poder”.

brasileiro seria mais extenso do que o modelo anglo-saxônico. Argumentando com o princípio *ubi ius, ibi remedium*, a doutrina iniciou a obra de construção jurídica que acabaria levando à instituição do mandado de segurança.

Ruy Barbosa sustentou que a constituinte de 1891 não se havia limitado a consolidar institucionalmente uma garantia já conhecida e aplicada, mas buscara um novo instrumento de tutela, imperativo e indispensável. Nascia, assim, a engenhosa teoria da posse dos direitos pessoais, encontrando apoio no direito canônico e defendida por juristas como Vicente Rao e Lino Leme. Apesar da oposição de outros, que se baseavam no direito romano para afirmar que os interditos só podem tutelar direitos reais, a primeira tese resultou vitoriosa: e o Supremo Tribunal Federal, em decisão histórica, estendeu, em 1909, o *habeas corpus* a casos de natureza não-penal com o objetivo de tutelar qualquer direito que tivesse como pressuposto de exercício a liberdade de locomoção.

Mas um *writ* de contornos tão amplos encontraria muita resistência. E a reforma constitucional de 1926 reconduziu o instituto a seu leito clássico, na nova redação do art. 72, § 22 da Constituição, que restringia o remédio à liberdade pessoal, ou seja ao *ius manendi, ambulandi, eundi ultro citroque*, mantido porém tanto na modalidade sucessiva como na preventiva.

A engenhosidade dos juristas da época pôs-se imediatamente à obra para criar um novo instituto que cobrisse a área deixada a descoberto pelo *habeas corpus*. Mas as circunstâncias políticas do momento impediram a introdução do novo instrumento de tutela até a Constituição de 1934. A partir daí, *habeas corpus* e mandado de segurança seriam mantidos, lado a lado, com duas exceções: a Constituição estadonovista de 1937 e o Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968; a primeira, omitindo o mandado de segurança, mantido apenas a nível de lei ordinária; o segundo, suspendendo a garantia do *habeas corpus* para os crimes políticos, os crimes contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular até o momento de sua ab-rogação pela Emenda Constitucional nº 11, de 1978.

Vê-se daí que, malgrado o inegável paralelo que existe entre o mandado de segurança e o “juicio de amparo”<sup>5</sup> nascido no México

<sup>5</sup> Ver, sobre o “amparo”, Burgoa, *El juicio de amparo*, 5ª ed., México, 1962; Fix-Zamudio, *Juicio de amparo*, México, 1964.

e depois irradiado pela América Latina, o instituto brasileiro não se reconduz a este, mas é fruto da denominada “teoria brasileira do *habeas corpus*, nascida dos amplos contornos que a primeira Constituição republicana dera ao *habeas corpus* e desenvolvida pela doutrina e pela jurisprudência até a reforma de 1926.

Com efeito, quando o *habeas corpus* foi por esta reconduzido a seus contornos clássicos, teve imediatamente início a ampla obra que levaria à criação de um instrumento de tutela de liberdades não reconduzíveis à liberdade de locomoção.

Muitos foram os projetos legislativos,<sup>6</sup> que acabaram porém melancolicamente com o regime totalitário instituído pelo movimento armado de 1930. Mas o novo instrumento processual foi incluído nos trabalhos preparatórios da constituinte de 1934, com o nome mandado de segurança<sup>7</sup> e, desde o nascimento, também na modalidade preventiva.

A Constituição de 16 de julho de 1934 introduziu o instituto, no art. 113 nº 33 (conservando o *haebas corpus* no nº 23), nas duas modalidades de tutela, assim:

Dar-se-á mandado de segurança para a defesa de direito, certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade. O processo será o mesmo do *habeas corpus*, devendo ser sempre ouvida a pessoa de direito público interessada. O mandado não prejudicará as ações petições competentes.

A primeira disciplina legislativa do mandado de segurança só veio à luz em 1936, pela Lei nº 191, de 16 de janeiro. Mas doutrina e jurisprudência haviam considerado a norma constitucional imperativa e auto-aplicável, de modo que o novo e poderoso instrumento de proteção das liberdades foi utilizado antes mesmo da edição da lei, também na perspectiva da suspensão liminar do ato gravoso já praticado, que se considerou implícita.<sup>8</sup>

<sup>6</sup> O protejo Gudesteu Pires criava o “mandado de proteção e restauração”; o protejo Matos Peixoto, a “ação de manutenção”; Odilon Braga, a “ordem de garantia”; Bernardes Sobrinho, o “mandado proibitório”; Clodomir Cardoso, o “mandado de reintegração” e Sérgio Loreto, o “mandado assecuratório ou recuperatório”. Em vários deles encontram-se referências ao “amparo”.

<sup>7</sup> Foi João Mangabeira que cunhou a denominação, na 20ª Reunião da Subcomissão para o Anteprojeto constitucional.

<sup>8</sup> As primeiras decisões concessivas da segurança remontam ao mês de agosto de 1934; v., por ex., *Arch. Jud.*, nº 31, p. 419.

A Carta de 10 de novembro de 1937, embora mantendo o *habeas corpus* na dimensão clássica da liberdade de locomoção, suprimiu o mandado de segurança. Mas o instituto continuou a integrar o sistema jurídico brasileiro, ao menos na esfera legislativa, mantido que foi pelo Decreto-lei nº 6, de 16 de novembro de 1937, ressalvados os atos do Presidente da República, dos Ministros, Governadores e Interventores (art. 16). Com essa restrição, coerente com o regime totalitário da época, o mandado de segurança teve aplicação no Estado Novo, até que o Código unitário de 1939 veio regulamentar o mandado de segurança entre os procedimentos especiais (arts. 319, *usque* 331). A restrição do Decreto-lei nº 6, de 1937, foi mantida no Código (art. 319), vindo a ser suprimida somente cinco anos após a restauração do Estado de Direito, graças à Lei nº 1.533, de 31 de dezembro de 1951, ainda em vigor.<sup>9</sup>

Devolvida a dignidade constitucional à segurança pela Lei Maior de 1946 (art. 141, § 24), o remédio passou pelas Constituições de 1967 (art. 150 § 21) e 1969 (art. 153, § 21), chegando à vigente Constituição como art. 5º, inc. LXIX, com a seguinte redação: “conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas-corpus* ou *habeas-data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público”.

A seu lado, o *habeas corpus* vem hoje reconhecido no inc. LXVIII do art. 5º: “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”.

## 2. Habeas corpus

Extraem-se da Constituição as notas caracterísitcas do *habeas corpus*. Tutela ele a liberdade de locomoção em face de qualquer ato ilegal, proveniente do Poder Público, ou de particulares.<sup>10</sup> Pode

<sup>9</sup> Todavia, desde a época do Estado Novo a exceção era contida pela jurisprudência; entendiam-se imunes ao mandado certas autoridades, mas não aquelas que determinassem a execução do ato ilegal; assim, paradoxalmente, um instituto destinado à tutela das liberdades públicas acabou consolidando-se em um regime autoritário, porquanto não se curvou à constrição que lhe havia sido imposta quase ao pascer.

<sup>10</sup> São frequentes as ordens de *habeas corpus* contra hospitales ou hotéis que impeçam a saída do paciente enquanto não paga a dívida.

ser obtido em favor de qualquer pessoa e impetrado por *quivis de populo*, independentemente de capacidade postulatória. Pode, ainda, ser concedido de ofício pelo juiz. É previsto tanto na modalidade repressiva, após a transgressão, como na preventiva para evitar que seja ela consumada.<sup>11</sup>

O Código de Processo Penal de 1941 regula o remédio nos arts. 647/667, rotulando-o como recurso, mas a doutrina confere ao *habeas corpus* a natureza jurídica de ação, que pode ser meramente declaratória (é o caso do *habeas corpus* preventivo) ou constitutiva. Não há dúvidas, no entanto, que frequentemente o *habeas corpus* brasileiro, embora ação, faz as vezes de um recurso, quando impetrado contra ato do juiz ou do tribunal. E, com efeito, a *writ* é frequentemente utilizado para trancar o processo penal já instaurado quando falte fundamento para a acusação, ou quando a ação penal for intentada perante o juiz incompetente ou ainda quando se configure qualquer causa extintiva da punibilidade.

O rito é sumário, sendo a ordem de *habeas corpus* concedida sem dilação probatória, de maneira rápida e eficaz.

### 3. Mandado de segurança individual

O campo do mandado de segurança é fixado por exclusão: havendo ilegalidade ou abuso de poder, e não se tratando de liberdade de locomoção (e hoje, pela nova Constituição, não cabendo, na hipótese, *habeas data* ou mandado de injunção), caberá mandado de segurança.

Por ele, a Constituição firma o princípio da inviolabilidade do direito “líquido e certo”, ao mesmo tempo fustigando a ilegalidade ou abuso de poder. Protegendo o “direito líquido e certo” (assim entendido, em sentido processual, aquele que exsurge de simples prova documental, sem necessidade de dilação probatória), a Constituição desde logo impõe um procedimento abreviado; e é ainda a Constituição que promete um provimento jurisdicional que evite a lesão ou que restaure efetivamente o direito, mediante a tutela *in natura* e não pelo equivalente monetário.

<sup>11</sup> Sobre *habeas corpus* e mandado de segurança preventivos, v., da autora, “A tutela preventiva das liberdades: *habeas corpus* e mandado de segurança”, in *O processo em sua unidade II*, Rio de Janeiro, Forense, 1984, pp. 70 e ss.

O mandado de segurança só é oponível contra atos de agentes do poder público o ude pessoa jurídica no exercício de atribuições do poder público.<sup>12</sup>

A Constituição, desde 1946, não mais se refere à ameaça: mas a ampla fórmula constitucional não exclui a tutela preventiva,<sup>13</sup> expressamente prevista a nível de lei ordinária (Lei 1.533, de 31 de dezembro de 1951, com modificações posteriores).

Sobre a natureza do mandado de segurança não se discute: trata-se de uma ação que tende, conforme o caso, à mera declaração, à condenação ou à constituição de um novo estado ou relação jurídica.<sup>14</sup> Alguns autores falam em sentença mandamental, porque a ordem —assim como para o *habeas corpus*— é dirigida a uma autoridade.<sup>15</sup> Isso não elimina, contudo, a carga preponderante ora de condenação, ora de constitutividade, ora de mera declaração,<sup>16</sup> muito embora haja utilidade na expressão “mandamental”, quando se trate de condenação a uma obrigação de fazer ou não fazer, a ser prestada *in natura*.

O mandado de segurança preventivo, tanto quanto o *habeas corpus* da mesma natureza, visa sempre a uma sentença meramente declaratória. Com efeito, a tutela preventiva distingue-se da cautelar, sendo o conhecimento completo e levando a um provimento definitivo.<sup>17</sup>

De natureza cautelar, ao contrário, é a antecipação da suspensão dos efeitos do ato coativo ou da ameaça de lesão, obtida por intermédio da concessão liminar do mandado (art. 7º, II, da Lei nº 1.533).

A disciplina legislativa do mandado é dada pela lei nº 1.533, de 31 de dezembro de 1951, ainda em vigor, com as modificações sucessivas. A ação protege quer os direitos subjetivos quer os interesses legítimos. Seu autor pode ser tanto a pessoa física como a jurídica. Réu é o Estado e não a autoridade coatora, muito embora as informações desta correspondam a uma verdadeira contestação. A suspensão liminar dos efeitos do ato gravoso, de natureza cau-

<sup>12</sup> Frequentes as seguranças contra atos de estabelecimentos de ensino particulares, Bolsas de Valores, etc.

<sup>13</sup> Ver *supra*, nota 11.

<sup>14</sup> V. por todos, Barbi, *Do mandado de segurança*, 4ª ed., 1984, pp. 244 e ss.

<sup>15</sup> Pontes de Miranda, *Tratado das ações*, 1976, tomo VI.

<sup>16</sup> V. Cintra, Grinover e Dinamarco, *Teoria geral do processo*, 8ª ed., p. 269.

<sup>17</sup> Ver retro, nota 11.



telar, vem minuciosamente regulada. O termo de cento e vinte dias para a impetração é de decadência. A sentença pode ser condenatória, constitutiva ou meramente declaratória. A coisa julgada material só ocorre na hipótese de um juízo conclusivo de mérito, pelo que pode o autor recorrer às vias ordinárias se a segurança for rejeitada por inadmissível ou por incerteza sobre os fatos. Prevê-se expressamente a execução da sentença. A ação não pode ser proposta enquanto não se esgotarem as vias administrativas, a menos que o recurso administrativo não tenha efeito suspensivo ou exija caução. O rito é sempre sumaríssimo, o procedimento célere, os provimentos antecipatórios de urgência, imediatos.

A jurisprudência construiu proficuamente em torno do mandado de segurança, dando à lei interpretação ainda mais aberta, como no caso do *writ* contra ato jurisdicional.<sup>18</sup>

Com efeito, uma longa e laboriosa evolução doutrinária e jurisprudencial chegou a fixar os requisitos do mandado de segurança contra ato jurisdicional, assim: a) inexistência de recurso, ou recurso não provido de efeito suspensivo; b) dano irreparável ou de difícil reparação, derivado da imediata execução, derivado da imediata execução do provimento jurisdicional; c) ilegalidade ou abuso do poder por parte do juiz; d) desnecessidade de provas, que não a documental.

E o mandado de segurança —guardando sua natureza de ação, mas exercendo nesses casos função recursal— tem sido largamente usado, para conferir efeito suspensivo a recurso ordinário que normalmente não o tenha, ou ainda para suspender os efeitos de medidas cautelares cuja imediata execução acarrete dano à parte.

### III. OS NOVOS INSTRUMENTOS

A Constituição brasileira de 1988, ampliando o arsenal dos instrumentos de tutela das liberdades, previu o mandado de segurança, na dimensão coletiva, enriquecendo-se, ainda com dos novos *writs*: o mandado de injunção e o *habeas data*.

São essas as inovações constitucionais:

<sup>18</sup> Para o mandado de segurança contra ato jurisdicional, v. Watanabe, *Mandado de segurança contra atos judiciais*, 1980, pp. 93 e ss.



Art. 5º, inc. LXX O mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:

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

Art. 5º, inc. LXXI conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania;

Art. 5º, inc. 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.

É desses novos instrumentos que se vai discorrer.

### 1. *Mandado de segurança coletivo*

O mandado de segurança, na modalidade coletiva, nada mais é do que uma espécie do gênero “mandado de segurança”, devendo obedecer a todos os requisitos deste e amoldar-se às peculiaridades já examinadas.

De outro lado, a abertura da segurança à dimensão coletiva se harmoniza com as novas tendências do direito brasileiro que, a partir da lei 7347/1985, iniciou seu caminho rumo à tutela jurisdicional dos interesses difusos e coletivos,<sup>19</sup> culminando agora com o recentíssimo Código de Defesa do Consumidor.<sup>20</sup> E dado o amplíssimo uso que se faz no Brasil do mandado de segurança, é relevante a nova dimensão do *writ*, capaz de evitar a proliferação de impetrações com idêntico fundamento, bem como as decisões contraditórias, possibilitando a resolução, uma vez por todas, da ques-

<sup>19</sup> Ver, da autora, “Ações coletivas para a defesa do ambiente e dos consumidores: a lei 7347/85”, in *Novas tendências do direito processual*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1990, pp. 148 e ss.; publicado em espanhol na *Rev. Der. Proc.*, nº 3, Madrid, 1988, p. 705/723.

<sup>20</sup> Trata-se da lei federal n. 8078/1990, em vigor desde 11 de março de 1991.

tão de direito aplicável a amplos segmentos interessados, com resultado extensivo a todos os membros da categoria.

A segurança coletiva ainda não foi regulamentada por lei ordinária e, conquanto desde logo utiliza —com vistas à eficácia plena da norma constitucional que a institui— com o rito estabelecido para o *writ* individual, algumas dúvidas de interpretação têm surgido nos tribunais quanto a certas questões de legitimação, mas sobretudo com relação ao objeto e aos efeitos da sentença.

Quanto à legitimação, nem o intérprete nem o futuro legislador podem estabelecer obstáculos que não decorram diretamente da Constituição. Por isso é que não temos dúvida em afirmar que, para o ajuizamento do mandado de segurança coletivo, nem os partidos políticos, nem as organizações sindicais, nem as entidades de classe e nem mesmo as associações legalmente constituídas necessitam da autorização expressa a que alude o inciso XXI do art. 5º da Constituição para outras ações, que não a segurança coletiva. É que o *writ*, como ação potenciada pela Constituição, há de ter o máximo de eficácia e dele deve ser extraído a maior possível de efetividade.

Quanto ao objeto, deve-se dizer que, em termos de direitos ou interesses coletivos, logo se vê que existem diversos graus de coletivismo, abrangendo desde os mais espalhados passando por outros mais restritos e chegando a direitos individuais que, por sua homogeneidade, podem receber tratamento coletivo.

A doutrina brasileira<sup>21</sup> já se havia encarregado de fazer a distinção entre os interesses difusos e coletivos, que agora a Constituição incorpora, referindo-se-lhes no art. 129, III. Não há dúvida de que tanto os interesses difusos como os coletivos pertencem à categoria dos *meta-individuais*, sendo todos *indivisíveis* e titulizando-se em porções mais ou menos amplas da coletividade. A diferença consiste em que se entende por interesses difusos aqueles em que não há nenhum vínculo jurídico entre as pessoas pertencentes ao grupo, ligadas que são apenas por circunstâncias de fato contingentes e variáveis, como as de habitarem a mesma região ou o mesmo bairro, participarem de certos empreendimentos, consumirem determinados productos. Situam-se nessa espécie in-

<sup>21</sup> Ver, por todos, Barbosa Moreira, José Carlos, “A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela dos chamados interesses difusos”, in *Temas de direito processual*, São Paulo, Saraiva, 1977, pp. 110 e ss., principalmente pp. 112-113.

teresses espalhados e muito amplos, como, por exemplo, os que têm por objeto a proteção ao ambiente, aos consumidores, aos usuários de serviços públicos.

Já nos interesses chamados coletivos, existe um vínculo jurídico, ou uma relação jurídica base, que une as pessoas pertencentes ao grupo: como os filiados a um sindicato, os membros de uma entidade associativa, as pessoas interessadas na preservação ambiental ou na eliminação da propaganda enganosa, que se associam para a defesa de seus interesses de categoria ou de *classe*. Agora, o Código de Defesa do Consumidor (CDC), incorporando a distinção, amplia a categoria dos interesses coletivos, nela compreendendo os casos em que a relação jurídica se estabelece entre cada membro do grupo e a parte contrária: é o caso dos contribuintes de um determinado tributo, que mantêm relação jurídica com o fisco (art. 81, incs. I e II do CDC).

Mas tanto na primeira como na segunda categoria, claramente exsurge a posição dos detentores de direitos individuais, titularizados nas mãos daquelas pessoas que sofrem uma lesão ou um perigo de lesão em decorrência do dano, real ou potencial, coletivamente causado. São esses direitos individuais tão homogêneos, por sua origem comum, que também se lhes pode dar tratamento coletivo: inserem-se aqui a reparação do dano pessoalmente sofrido em virtude de relações de consumo ou da lesão ecológica, a pretensão de todos os contribuintes de determinado tributo à declaração de sua inconstitucionalidade por via indireta, etc.

A esses direitos individuais, divisíveis pelo menos em um segundo momento, o sistema de *common law* há muito tempo vem dando tratamento coletivo, por intermédio das *class actions*. O mesmo se dá, no Brasil, a partir da nova Constituição, com os direitos individuais dos filiados a partidos políticos, dos sindicalizados, dos pertencentes a entidades associativas, espontâneas ou compulsórias, a associações as mais diversas. O Código de Defesa do Consumidor explicita a técnica adequada ao tratamento coletivo desses direitos individuais, conceituando-os no art. 81, inc. III.

Trata-se agora de verificar a que espécie de direitos e interesses se dirige a tutela do mandado de segurança coletivo, ou, por outras, qual é o objeto deste.

Com relação à alínea “a” do inciso LXX do art. 5º, a Constituição adotou a redação mais ampla possível: e para retirar-se do dispositivo a maior carga de eficácia, parece claro que nenhuma

restricção há de ser feita. Por isso, sustentamos<sup>22</sup> que o partido político está legitimado a agir para a defesa de todo e qualquer direito, seja ele de natureza eleitoral, ou não. No primeiro caso, o Partido estará defendendo seus próprios interesses institucionais, para os quais se constituiu. Agirá, a nosso ver, investido de legitimação ordinária. No segundo caso —quando, por exemplo, atuar para a defesa do ambiente, do consumidor, dos contribuintes— será substituto processual defendendo em nome próprio interesses alheios. Mas nenhuma outra restrição deve sofrer quanto aos interesses e direitos protegidos: além da tutela dos direitos coletivos e individuais homogêneos, que se titularizam nas pessoas filiadas ao partido, pode o Partido buscar, pela via da segurança coletiva, aquela atinente a interesses difusos, que transcendam aos seus filiados.

Quanto à alínea “b” do inciso LXX do mesmo art. 5º, é bem de ver que a Constituição de refere à “defesa dos interesses de seus membros ou associados”. A locução parece restritiva, à primeira vista, levando eventualmente a ser interpretada no sentido de que os interesses visados são apenas os coletivos. Mas a interpretação que restringisse o objeto da segurança coletiva aos interesses dos membros da categoria fugiria ao critério da maior amplitude do instrumento potenciado. E ainda, a adotar-se essa posição, chegaríamos à conclusão de que o dispositivo é supérfluo, absorvido como ficaria, para os sindicatos, pelo disposto no art. 8º; III e, para as entidades associativas, pelo inciso XXI do art. 5º

Tampouco convence a linha interpretativa que pretende incluir no objeto da tutela apenas os interesses difusos e coletivos, dela excluindo os direitos subjetivos homogêneos. E não só pelo argumento acima exposto, mas ainda porque a distinção entre direito subjetivo e interesse esbate-se hoje e perde consistência, exatamente na medida em que os ordenamentos jurídicos da atualidade se procuram em dar a mesma proteção a uns e outros, independentemente de sua divisibilidade e de sua precisa titularidade. A distinção —que no sistema jurídico brasileiro é inteiramente despendianda, pois nem mesmo a justifica o critério de competências estabelecido nos países que adotam o contencioso administrativo— seria retrógrada e não levaria em conta as modernas tendências

<sup>22</sup> Ver, da autora, “Mandado de segurança coletivo: legitimação, objeto e coisa julgada”, in *Rev. da PGE*, vol. 32, pp. 11 e ss.

do direito e do processo. Não é por outra razão, aliás, que a doutrina mais atualizada prefere falar em *direitos*, e não em interesses, *difusos e coletivos*.

Conclui-se daí que a única interpretação harmoniosa da alínea “b” do inciso LXX do art. 5º, em sintonia com o disposto quanto aos sindicatos e às entidades associativas, é que, para estes, as normas específicas cuidam de interesses coletivos da categoria, ou de direitos individuais de seus membros; enquanto a via potenciada do mandado de segurança coletivo não encontra restrições. Interesses de membros ou associados, sim, mas também interesses difusos (que transcendem à categoria), além dos coletivos e dos direitos individuais homogêneos.

Isto significa, em última análise, que tanto a alínea “a” como a alínea “b” do inciso LXX se voltam para a tutela de todas as categorias de interesses e direitos. Os legitimados à segurança coletiva podem agir na defesa de interesses difusos, transcendentem à categoria; de interesses coletivos, comuns a todos os filiados, membros ou associados; de interesses coletivos, que se titularizem em apenas uma parcela dos filiados, membros ou associados. E ainda dos direitos pessoais, que poderiam ser defendidos pela via do mandado de segurança individual, mas que podem ter tratamento conjunto com vistas à sua homogeneidade, evitando-se, assim, a proliferação de seguranças com decisões contraditórias, ou o fenômeno expressivamente denominado de *litisconsórcio multitudinário*.<sup>23</sup>

Deve-se, dizer, contudo, que a jurisprudência ainda vacila quanto à questão, que poderia ser facilmente resolvida pelo legislador, dada a ampla fórmula da Constituição.

Outro importante problema, que a Constituição não resolve, é o dos limites subjetivos da coisa julgada no mandado de segurança coletivo. E isso porque, de um lado, a própria configuração das ações ideológicas —em que o bem a ser tutelado pertence a uma coletividade de pessoas— exige, pelo menos até certo ponto, a extensão da coisa julgada *ultra partes*; mas, de outro lado, a limitação da coisa julgada às partes é princípio inerente ao contraditório e à defesa, na medida em que o terceiro, juridicamente prejudicado, deve poder opor-se à sentença desfavorável proferida *inter*

<sup>23</sup> Dinamarco, Cândido, *Litisconsórcio*, São Paulo, RT, 1986, pp. 269 e ss.

*alios*, exatamente porque não participou da relação jurídico-processual.<sup>24</sup>

É certo que a extensão da coisa julgada a quem não foi individualmente parte no processo, mas nele foi *adequadamente representado* (na fórmula da *Rule* n. 23-a das *Federal Rules of Civil Procedure* norte-americanas de 1966) pelo portador em juízo dos interesses meta-individuais ou dos direitos coletivamente tratados, não seria, em última análise, uma verdadeira ampliação *ultra partes*. Já se observou que é justamente na ótica da *adequada representação* do conjunto de interessados que se podem resolver os problemas constitucionais da informação e dos limites subjetivos da coisa julgada, porquanto os *adequadamente representados* não são propriamente *terceiros*.<sup>25</sup>

Com efeito, a cláusula norte-americana tem fundamento constitucional e pretende exatamente conciliar as garantias do devido processo legal com as ações coletivas, cujas decisões sejam vinculativas para o grupo de interessados. A parte ideológica leva a juízo o interesse meta-individual, *representando* concretamente a *classe*, que terá exercido seus direitos processuais através das garantias da defesa e do contraditório asseguradas ao *representante*. O mecanismo baseia-se na concepção de que o esquema representativo é apto a garantir aos membros da categoria a melhor defesa judicial, a ponto de afirmar-se que nesse caso o julgado não atuaria propriamente *ultra partes*, nem significaria real exceção ao princípio da limitação subjetiva do julgado, mas configuraria antes um novo conceito de *representação substancial e processual*, aderente às novas exigências da sociedade.

Todavia, não se pode olvidar que na *common law* a existência da *adequacy of representation* é analisada caso a caso pelo juiz, para a aferição da *fair notice* do processo e do desenvolvimento da defesa da categoria com os necessários cuidados; além disto, o sistema norte-americano possibilita a exclusão do processo de quem não deseje submeter-se à coisa julgada (*Federal Rules of Civil Procedure* de 1966, n. 23, “c” 2 e “c” 3).

<sup>24</sup> Ver, da autora, “As garantias constitucionais do processo nas ações coletivas”, in *Novas tendências do direito processual*, cit., pp. 45 e ss., principalmente pp. 53/58.

<sup>25</sup> Vigoriti, *Interessi collettivi e proceso*, Milão, Giuffrè, 1969, pp. 271 e ss.; Monteleone, *I limiti soggettivi del giudicato civile*, Pádua, Cedam, 1978, pp. 171 e ss.

Mas, o constituinte brasileiro não escolheu o caminho do controle judicial da *representatividade adequada*, satisfazendo-se com o critério da existência legal e da pré-constituição dos corpos intermediários legitimados à ação de segurança.

Diante disto, a solução para a fixação dos limites subjetivos do julgado no mandado de segurança coletivo é a adoção da coisa julgada *secundum eventum litis*.

E realmente, o Código de Defesa do Consumidor adotou, no Brasil, a técnica da extensão, *ultra partes*, do julgado, mas só para beneficiar, e não para prejudicar os terceiros, titulares de direitos subjetivos divisíveis, que não participaram pessoalmente do contraditório (art. 103, III, c/c §§ 1º e 2º do CDC). E, em quanto o mandado de segurança coletivo não tiver disciplina legislativa própria, aplica-se-lhe o Código de Defesa do Consumidor que, ampliando o âmbito da lei 7347/85, para abranger a tutela de todos os interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, determinou expressamente a aplicabilidade à lei das disposições processuais do Código (arts. 1º, IV e 21 da lei 7347/85, com as alterações do CDC).

Isso significa que, se a demanda coletiva for acolhida, concedendo-se a segurança aproveitará a todos aqueles que se encontrarem na mesma situação; mas, denegada a segurança, a coisa julgada só impede sua renovação, na dimensão coletiva, sem prejuízo de *mandados de segurança individuais*, que poderão ser impetrados pelos interessados.

Justificando a solução, deve-se dizer que não se desconhecem os argumentos que ainda se levantam contra a coisa julgada *secundum eventum litis*, quando a extensão subjetiva do julgado só seja utilizada para os casos de acolhimento da demanda. Vigoriti e Luiso observaram que a não oponibilidade do julgado negativo frustraria a necessidade de uniformização das decisões nas ações coletivas, além de impor um desequilíbrio às partes e um excessivo ônus ao réu, obrigado a repetir sua defesa, sem poder opor a eficácia de um julgado a ele favorável.<sup>26</sup> Barbosa Moreira apontou a falha denunciada por Schwab, podendo levar a coisas julgadas contraditórias (a primeira, negativa para um co-legitimado; a se-

<sup>26</sup> Vigoriti, *op. cit.*, p. 112; Luiso, *Principio del contraddittorio ed efficacia della sentenza verso i terzi*, Milão, Giuffrè, 1981, p. 210, nota 319.



gunda, se procedente a ação, com eficácia *erga omnes*, abrangendo também o primeiro, que perdeu a demanda).<sup>27</sup>

Mas é possível responder a essas críticas. O pretenseo desequilíbrio entre as partes não parece existir, na medida em que o demandado na ação coletiva foi, de qualquer modo, sujeito do contraditório, sendo de se supor que pela magnitude da lide tenha concentrado todos os esforços no exercício da defesa, enquanto o mesmo não se pode dizer em relação aos que em juízo tenham porventura sido inadequadamente *representados*. Por outro lado, parece claro que demandas sucessivas, a título individual, só teriam alguma chance de êxito em casos excepcionais, que são justamente aqueles que levam a propugnar a adoção da coisa julgada *secundum eventum litis*.

Quanto ao risco de coisas julgadas contraditórias, é possível evitar os inconvenientes apontados, reservando-se a via às demandas posteriores, em caso de derrota do autor coletivo, somente a pessoas físicas, em caráter individual. E a coisa julgada que se formar nas ações individuais terá seus efeitos normalmente restritos às partes.

Em contrapartida, a extensão da coisa julgada a terceiros que não foram pessoalmente parte do contraditório ofereceria riscos demasiados, calando fundo nas relações inter-subjetivas, principalmente quando se tratasse de direitos e interesses divisíveis.

A solução da nova lei leva em conta todas as circunstâncias apontadas, visando a harmonizar a índole da coisa julgada nas ações coletivas e sua necessária extensão a terceiros com as garantias do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, inc. LIV e LV, Constituição), as quais obstam a que o julgado possa desfavorecer aquele que não participou da relação jurídico-processual, sem o correlato, efetivo controle sobre a *representatividade* adequada e sem a segurança da efetiva possibilidade de utilização de técnicas de intervenção no processo e de exclusão da coisa julgada.

## 2. *Habeas data*

A criatividade do constituinte brasileiro forjou novo instrumento de tutela da liberdade da pessoa, adequado à sua salvaguarda com relação à informática (art. 5º, inc. LXXII).

<sup>27</sup> Barbosa Moreira, *A ação popular cit.*, p. 122-123.

Empregando expressão utilizada no direito espanhol para indicar o direito à intimidade perante a informática,<sup>28</sup> a Constituição utiliza a locução *habeas data* para indicar específico instrumento de proteção da intimidade e dignidade contra os abusos dos arquivos informatizados.

Quanto à limitação da tutela aos registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou “de caráter público” a melhor doutrina tem interpretado o texto como abrangendo não apenas entes públicos, mas também entidades privadas que prestem serviço ao público.<sup>29</sup> E o Código de Defesa do Consumidor considera expressamente “de caráter público” os bancos de dados e cadastros relativos a consumidores, como o Serviço de Proteção ao Crédito, mantido por instituições privadas (art. 43, § 4º do CDC).

Também com relação ao *habeas data* ainda não veio a lume a lei regulamentadora. Mas o *writ* tem tido aplicação imediata, tendo os Tribunais reconhecido, num único procedimento bi-fásico, o direito de acesso e conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, e, se necessário, o direito à retificação, importando em atualização, correção ou supressão.

### 3. Mandado de injunção

Finalmente, como último e novo instrumento de proteção das liberdades, a Constituição cunhou um remédio contra a inércia, a qual pode colocar em risco a fruição dos direitos fundamentais.

No § 1º do art. 5º, a Constituição proclama que “as normas definidoras dos direitos e garantias constitucionais têm aplicação imediata” e, visando a instrumentalizar essa regra, serve-se de duas técnicas processuais: o controle da inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção. Vejamo-los.

O controle da constitucionalidade das leis e dos atos normativos estrutura-se, no Brasil, em duas bases: o *controle difuso*, pelo qual qualquer juiz pode afastar, em via prejudicial, a aplicação da lei ou ato que considere inconstitucional, com eficácia *inter partes*. E o *controle concentrado, por via de ação direta*, introduzido primeiro na Constituição de 1934, na modalidade ligada à

<sup>28</sup> Firmin Morales Prats, *La tutela penal de la intimidad: privacy e informatica*, Barcelona, Destino, 1984, p. 325.

<sup>29</sup> Silva, José Afonso da, *Curso de direito constitucional positivo*, 6ª ed., SP, RT, 1990, p. 392/3.

intervenção federal, e depois na modalidade genérica: aqui, a questão da constitucionalidade da lei ou do ato normativo (federal ou estadual) perante a Constituição federal, constitui o próprio objeto da ação, de competência do Supremo Tribunal Federal, que julga *erga omnes*, com suspensão da eficácia da lei declarada inconstitucional pelo Senado Federal (art. 103 c/c art. 52, X da Constituição).

A Constituição de 1988, no tocante à ação direta de inconstitucionalidade, introduziu a modalidade da inconstitucionalidade por omissão, no § 2º do art. 103: “Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias”.

Reconheceu, assim, o constituinte brasileiro que a inércia pode tornar ineficazes princípios e normas constitucionais, que restam infringidos pela omissão. Mas logo se vê que a consequência do reconhecimento da inconstitucionalidade por inércia sobretudo quando se trate da omissão do Poder Legislativo, é essencialmente política, não havendo sanções para o descumprimento da recomendação do STF.

O segundo instrumento contra a omissão dos poderes constituídos, pela qual se torne inviável o exercício dos direitos, liberdades e prerrogativas constitucionais, em razão da falta de norma de regulamentação, é justamente o mandado de injunção (art. 5º, inc. LXX, CF).

O texto é bastante lacônico. Fica claro, apenas, que os pressupostos do novo *writ* são: a) a falta de norma infraconstitucional, que regulamente o direito, a liberdade ou a prerrogativa; b) a suficiência da norma infraconstitucional —se existisse— para garantir a fruição do direito, liberdade ou prerrogativa constitucionais.<sup>30</sup> Legitimado à injunção, ainda, é o beneficiário do direito, liberdade ou prerrogativa postulados em juízo, sem prejuízo do mandado de injunção coletivo, pelos esquemas adotados pela Constituição e pelo sistema brasileiro (v. retro, n. III.1).

<sup>30</sup> Os dois pressupostos colocam-se como condições da ação, enquadráveis no *interesse de agir*, porquanto sua existência impede a caracterização da necessidade ou utilidade de recorrer às vias jurisdicionais e a adequação entre o objeto desejado e a via escolhida.

Nada mais. E a dúvida que persiste, e em torno da qual doutrina e jurisprudência se dividem, é vital: qual o objeto da injunção, ou seja, qual conteúdo do provimento jurisdicional que por ela se busca?

O direito comparado pouco nos socorre, pois os institutos mais assemelhados à injunção brasileira —a *injunction* da *common law* e o *Verfassungsbeschwerde* do direito alemão— guardam apenas um parentesco remoto com o remédio brasileiro.<sup>31</sup>

Na verdade, três tendências podem ser delineadas quanto ao objeto do mandado de injunção: pela primeira, o *writ* levaria a mera recomendação ou, quando muito, a uma ordem do Judiciário ao órgão a quem compete a edição da norma. Mas nessa interpretação, o instituto fica aquém das suas verdadeiras possibilidades, confundinose, ademais, com a técnica e os resultados da inconstitucionalidade por omissão.

Pela segunda tendência, a injunção levaria à formulação da norma regulamentadora faltante, em sua dimensão geral e abstrata, atuando *erga omnes*: o Judiciário, assim, legislaria, no lugar do órgão que se omitiu, havendo depois necessidade de outro processo para reclamar concretamente a tutela decorrente da norma criada. Mas a solução significa verdadeira invasão de um poder no exercício das funções de outro, que só poderia ser sustentada desde que a Constituição explicitamente tivesse atribuído ao Judiciário tal facultade —que, aliás, não é conferida no ordenamento brasileiro, sequer para a Corte Suprema, na inconstitucionalidade por omissão.

Finalmente, na terceira alternativa —inquestionavelmente a melhor— entende-se que o tribunal deve formular a regra faltante *para o caso concreto*, determinando como deve ser aplicada a este a norma constitucional asseguradora dos direitos, liberdades e prerrogativas, de modo a poder-se dar a efetiva fruição do direito que

<sup>31</sup> A *injunction* do direito inglês, surgida no século XIV como instituto essencial da *equity*, é um remédio outorgado quando falte a norma legal (*statutes*) e quando a *common law* não ofereça proteção suficiente. A equidade configura um sistema de estimativa social, para a formulação da regra jurídica para o caso concreto. Também na equidade assenta o *writ of injunction* do ordenamento norte-americano, pelo qual se impõe uma obrigação de fazer ou não fazer, com conteúdo de provimento cautelar. A *Verfassungsbeschwerde* constitui instrumento destinado a veicular reclamação contra o órgão público, em decorrência de ato ou omissão deste. O instrumento brasileiro contém algo dos dois: do primeiro, por basear-se na equidade, sendo a decisão fundada não no *justo legal*, mas no *justo natural* e orientando-se por pauta de valores jurídicos existentes na sociedade; do segundo, por ser um remédio que pode servir contra a omissão.

a Constituição promete. A técnica não é novidade absoluta no ordenamento brasileiro, em que o juiz pode ser autorizado pela lei a julgar por equidade, quando não encontre no ordenamento regra para o caso concreto. Aqui, é a Constituição que permite ao juiz, baseado na equidade, a formulação da regra aplicável.

Esta solução, sem incorrer nas críticas movidas às outras, é também aquela que permite extrair toda a potencialidade da norma constitucional, com o máximo de carga de eficácia. E algumas dificuldades que essa alternativa pode acarretar —como a existência de julgados contraditórios, ou a problemática trazida pela coisa julgada frente à promulgação posterior, pelo órgão competente, da norma regulamentadora— não são insuperáveis.<sup>32</sup>

Nessa visão, fica claro que a injunção será dirigida à pessoa, física ou jurídica, de direito público ou privado, que resiste ao exercício do direito, liberdade ou prerrogativa constitucionais. Este é o sujeito passivo da impetração: a competência é fixada pela Constituição com vistas à natureza e à hierarquia do órgão competente para editar a norma faltante,<sup>33</sup> dada sua necessária intervenção no processo, a título de legitimação concorrente e não autônoma. E nada impede que, contemporaneamente à injunção, o tribunal recomende ao órgão competente a elaboração da regra geral e abstrata.

Deve-se dizer, contudo, que as primeiras decisões do Supremo Tribunal Federal, em mandados de injunção, têm se postado na primeira das posições *supra* indicadas. Assim, no caso de injunção impetrada por partido político, visando à aplicação imediata da norma constitucional que eleva, proporcionalmente à população, o número máximo de deputados federais existentes para cada Estado, o STF limitou-se a recomendar ao Congresso Nacional que editasse a lei regulamentadora “em tempo hábil”. O Parlamento

<sup>32</sup> A divergência dos julgados, com a possibilidade de normas discrepantes para casos concretos diversos, não é incomum nos ordenamentos, como o brasileiro, que não se atenam ao *stare decisis*; ademais, trata-se de mera incompatibilidade lógica, e não prática, entre julgados. Quanto à norma infraconstitucional, geral e abstrata, acaso promulgada após a criação judicial da regra para o caso concreto, trata-se de um pseudo-problema, solúvel à luz da coisa julgada *rebus sic stantibus*: A coisa julgada operará enquanto não sobreveir a norma promulgada pelo órgão competente.

<sup>33</sup> Art. 102, I, “q”: competência originária do STF; art. 105, I, “h”: competência originária do STJ; art. 121, § 4º, V: competência recursal do TRE. A competência dos órgãos da Justiça Militar, do Trabalho e Federal só vem mencionada no art. 105, I, “h”.

nada fez, e tudo permaneceu como dantes. Mas mais recentemente, o mesmo STF expediu injunção ao Congresso para legislar em MI que visava a insenção tributária de certas entidades, sob pena de, não o fazendo, aplicar-se a insenção na alíquota máxima. O Parlamento promulgou a lei mas, se não o fizesse, a regra para o caso concreto já estava formulada.

Quanto ao procedimento da injunção, os tribunais têm entendido aplicável o previsto para o mandado de segurança. E com razão, pois raros são os casos de prova em audiência, dado que o provimento solicitado consiste na formulação da norma e sua aplicação ao caso concreto.<sup>34</sup> Mas, se necessidade de outras provas houver, o procedimento deverá ser o comum, sendo incabível o indeferimento da impetração por ausência de direito “líquido e certo”.<sup>35</sup>

#### IV. CONCLUSÃO

Como se viu, a nova Constituição brasileira não se limita a preservar os instrumentos clássicos de defesa das liberdades, mas amplia seu âmbito de incidência, numa evidente demonstração de sensibilidade para com as garantias jurisdicionais dos direitos do homem. E mais: o constituinte brasileiro, no limiar do ano 2000, cria novos *writs*, de aplicação imediata, adequados à nova sociedade, informatizada e de massa, e aptos a solucionarem os ulteriores problemas que ela deverá enfrentar nos anos a virem.

Tudo com o notável resultado de adaptar as garantias tradicionais às instâncias contemporâneas, no esforço generoso e atento que vê o homem situado na realidade social.

<sup>34</sup> O melhor entendimento, com efeito, é aquele que possibilita ao tribunal —após a formulação da regra a ser aplicada ao caso concreto— prosseguir no julgamento, sem solução de continuidade, tutelando, em concreto, o direito, liberdade ou prerrogativa assegurados pela Constituição.

<sup>35</sup> Ver *supra*, n. 1.2.3.