

**JOSÉ AFONSO DA SILVA**

**O CONSTITUCIONALISMO  
BRASILEIRO  
(Evolução Institucional)**

 **MALHEIROS  
EDITORES**

A limitação de idade para a matrícula no segundo grau não ofende os princípios constitucionais” (STF, RDA 124/138).

– “Não há como o Poder Judiciário, a respeito de isonomia, estabelecer a paridade de vencimentos” (STF, RDA 126/155).

(j) *Mandado de segurança* – “O mandado de segurança é instituído na Constituição de modo amplo, como garantia dos direitos do cidadão” (STF, RDA 94/122).

– “Pessoa jurídica de direito público tem legitimidade ativa para impetrar mandado de segurança” (STF, RDA 92/232).

– “Não cabe mandado de segurança, impetrado por funcionário público, para cumprimento de lei em tese pelo Poder Executivo” (STF, RDA 92/103).

– “Não provado que o ato impugnado tenha sido exorbitante, des-cabe o mandado de segurança” (STF, RDA 111/133).

– “Quando, na execução, o exequente ultrapassa o objetivo da ação, dando maior extensão à coisa julgada, negada defesa processual cabível ao executado, dá margem a que se invoque o mandado de segurança para a garantia da propriedade ameaçada” (TFR, j. 13.3.1953, DJU 11.5.1954, p. 1.521).

– “Não há direito líquido e certo, amparado pelo mandado de segurança, quando se escuda em lei cujos efeitos foram anulados por outra, declarada constitucional pelo STF” (STF, Súmula 474).

## 9. Conclusão

A conclusão que se pode tirar deste estudo é a de que a justiça constitucional brasileira deverá tomar novo rumo com a prática da Constituição de 1988, mormente tendo em vista que ela transformou o STF em seu guardião, reduzida sua competência à solução dos conflitos de interesse compostos por normas constitucionais – com o quê ele já se delinea como uma Corte Constitucional, algo diferente das Cortes europeias, mas com uma nova visão de sua missão constitucional e de sua função política.

## Capítulo V

### Proteção Constitucional dos Direitos Humanos no Brasil<sup>1</sup>

1. Positivização e subjetivação dos direitos. 2. Direitos humanos no Império: 2.1 A escravidão. 3. Direitos humanos na República. 4. Garantias constitucionais. 5. Remédios constitucionais: 5.1 Direito de petição – 5.2 Direito a certidões – 5.3 “Habeas corpus” – 5.4 Mandado de segurança – 5.5 Mandado de segurança coletivo – 5.6 Mandado de injunção – 5.7 “Habeas data” – 5.8 Ação popular: 5.8.1 Regime das Ordenações – 5.8.2 Ação popular na Constituição do Império – 5.8.3 Ação popular no regime da Constituição de 1891 e do Código Civil de 1916 – 5.8.4 Ação popular no regime da Constituição de 1934 – 5.8.5 Ação popular no regime das Constituições de 1946, 1967 e 1969 – 5.8.6 Ação popular na Constituição de 1988. 6. Apreciação. 7. Evolução dos direitos dos índios. 8. Conclusão.

#### 1. Positivização e subjetivação dos direitos

A questão técnica que se apresentou na evolução das declarações de direitos foi a de assegurar sua efetividade através de um conjunto de meios e recursos jurídicos, que genericamente passaram a chamar-se “garantias constitucionais” dos direitos humanos. Tal exigência técnica determinou que o reconhecimento desses direitos se fizesse segundo formulação jurídica positiva, mediante sua inscrição no texto das Constituições.

Assim – como nota Biscaretti di Ruffia –, deram-se a *positivação* e a *subjetivação* dos direitos dos indivíduos com sua enunciação constitucional, imprimindo às suas fórmulas, até então abstratas, o caráter concreto de *normas jurídicas* positivas, válidas para os indivíduos dos respectivos Estados, com previsão também de outras normas destinadas a atuar uma

1. Uma versão modificada deste texto foi publicada no meu *Poder Constituinte e Poder Popular*, 1ª ed., 3ª tir., São Paulo, Malheiros Editores, 2007, pp. 166-187.

precisa regulamentação jurídica, de modo a não requerer ulteriormente, a tal propósito, a intervenção do legislador ordinário.<sup>2</sup> Daí por diante as Constituições democráticas passaram a trazer um capítulo em que são *positivados e subjetivados* os direitos fundamentais do homem.

## 2. Direitos humanos no Império

À Constituição Política do Império do Brasil, outorgada por D. Pedro I em 25.3.1824, cabe um lugar de destaque nesse processo de positivação dos direitos do homem, que ela enunciou, com as garantias pertinentes, no art. 179 e seus 35 incisos, onde se declarava garantida a inviolabilidade dos direitos de liberdade, igualdade, segurança individual e propriedade. Mas, como disse Pimenta Bueno – nosso melhor constitucionalista do Império –, não só cada um daqueles direitos se dividia em diversos ramos, mas também eles se combinavam entre si e formavam outros direitos, igualmente essenciais.<sup>3</sup> Aí encontramos, em enunciado claro e preciso, os direitos humanos da chamada *primeira dimensão*, até então conhecidos no Constitucionalismo americano e europeu. É notória, porém, a influência das Declarações que acompanhavam as Constituições francesas do final do século XVIII. De ressaltar o conjunto de garantias constitucionais da liberdade, da dignidade e da privacidade que ela estatua como *direito de segurança* dos indivíduos. Em face desse conjunto de garantias, Pimenta Bueno adiantou-se no tempo e nos brindou com a seguinte concepção do direito de segurança: “No Estado Social é o direito que o homem tem de ser protegido pela lei e sociedade em sua vida, liberdade, propriedade, sua saúde, reputação e mais bens seus. É finalmente o direito de não ser sujeito senão à ação da lei, de nada sofrer de arbitrário, de ilegítimo”.<sup>4</sup>

Mas a Constituição ia além da previsão dos direitos tipicamente individuais, pois garantia também o *socorro público*, que mereceu do citado Pimenta Bueno a concepção de que, desde que a sociedade é fundada, a ideia da proteção é como que sinônima da de governo em favor dos associados, pois o Poder Público tem o dever de proteger a vida da

2. Biscaretti di Ruffia, *Diritto Costituzionale*, 7ª ed., Nápoles, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1965, pp. 695-696.

3. José Antônio Pimenta Bueno (Marquês de São Vicente), *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*, Brasília, Senado Federal-Ministério da Justiça-Serviço de Documentação, 1958, p. 381 (a 1ª edição é de meados do século passado).

4. Idem, p. 403.

pessoa, sua segurança social e a de seus bens e direitos.<sup>5</sup> A Constituição não parava aí, avançava adiante, para garantir a todos o direito à *instrução primária gratuita*, assim como o ensino médio e as universidades onde seriam ensinadas as Ciências e as Artes.

Seguramente, a Constituição do Império do Brasil de 1824, que vigorou até 15.11.1889, continha uma das mais avançadas declarações dos direitos humanos do século XIX. Não se pode, porém, ocultar o fato de que os direitos reconhecidos e garantidos só serviam à elite aristocrática que dominava o regime. Como bem exprime Emília Viotti da Costa: “Para estes homens, educados à europeia, representantes das categorias dominantes, a propriedade, a liberdade, a segurança, garantidas pela Constituição, eram reais. Não lhes importava se a maioria da Nação se constituía de uma massa humana para a qual os preceitos constitucionais não tinham a menor eficácia. Afirmavam-se a liberdade e a igualdade de todos perante a lei, mas a maioria da população permanecia escrava. Garantia-se o direito de propriedade, mas 19/20 da população, segundo calculava Tollenare, quando não era escrava, compunha-se de ‘moradores’ vivendo nas fazendas em terras alheias, podendo ser mandados embora a qualquer hora. Garantia-se a segurança individual, mas podia-se matar impunemente um homem. Afirmava-se a liberdade de pensamento e de expressão, mas não foram raros os que como Davi Pamplona ou Líbero Badaró pagaram caro por ela. Enquanto o texto da lei garantia a independência da Justiça, ela se transformava num instrumento dos grandes proprietários. Aboliam-se as torturas, mas, nas senzalas, os troncos, os anjinhos, os açoites, as gargalheiras, continuavam a ser usados, e o senhor era o supremo juiz decidindo da vida e da morte de seus homens”. E concluía: “A fachada liberal construída pela elite europeizada ocultava a miséria e escravidão da maioria dos habitantes do País”.<sup>6</sup>

### 2.1 A escravidão

Uma história do Constitucionalismo brasileiro em algum momento há de discutir o problema da *escravidão*<sup>7</sup> em face do ordenamento jurí-

5. Idem, p. 429.

6. Emília Viotti da Costa, “Introdução ao estudo da emancipação política do Brasil”, in Carlos Guilherme Mota (org.), *Brasil em Perspectiva*, 11ª ed., Rio de Janeiro, Difel, 1980, pp. 124-125.

7. A Igreja Católica teve uma postura horrível em face da escravidão. Os bispos a justificavam de vários modos. A justificativa mais comum dos escravocratas era a de que a escravidão era uma maldição feita por Noé: a *maldição de Canaã* (*Bíblia, Gênesis*, 9.1.829). Segundo a *Bíblia*, Noé saiu da Arca, depois do dilúvio, com mais de 600 anos

dico do Império, quando mais não seja para aferir de sua recepção, ou não, por sua Constituição. Os historiadores do nosso Constitucionalismo – Afonso Arinos, Waldemar Ferreira, Felisbello Freire – não o fizeram. Parece-nos, no entanto, que aqui é o lugar de tratar do tema, como o oposto mais radical dos direitos humanos.

Vamos introduzir o tema a partir de uma premissa constante de um discurso de José Tomaz Nabuco de Araújo (pai de Joaquim Nabuco) proferido no Senado em 17.7.1868, em que fez a distinção entre *legalidade* e *legitimidade* e deu como exemplo a escravidão: “A escravidão, v.g., entre nós é um fato autorizado por lei, é um fato legal, mas ninguém dirá que é fato legítimo, porque é um fato condenado pela Lei Divina, é um fato condenado pela Civilização, é um fato condenado pelo mundo inteiro”.<sup>8</sup> Dá-se, pois, como certo que a escravidão encontrava base jurídica no sistema constitucional e legal do Império.

de idade, e com seus 3 filhos Sem, Cam e Jafé. Jafé teve os filhos Gomer, Magogue, Madal, Java, Tubal, Meseque e Tirsa; Cam teve os filhos Cusi, Mizraim, Pute e Canaã; Sem teve os filhos Elão, Assur, Argaxade, Lude e Arã. Ora, depois que saiu da Arca, Noé tornou-se lavrador e plantou uma vinha. Um dia bebeu vinho e ficou bêbado, e descobriu-se no meio de sua tenda. Cam entrou na tenda e viu a nudez de seu pai; saiu, contou aos irmãos Sem e Jafé, que, para não verem o pai nu, entraram de costas na tenda e cobriram o pai, enquanto Cam nada fez para preservar a dignidade de seu pai. Noé, voltando da embriaguez, soube do que fez seu filho mais novo. E disse: “Maldito seja Canaã: servo dos servos seja aos seus irmãos” (9:25). “E disse: Bendito seja o Senhor Deus de Sem; e seja-lhe Canaã por servo” (9:26); “Alargue Deus a Jafé, e habite nas tendas de Sem; e seja Canaã por servo” (9:27). Note-se que o ato censurado foi praticado por Cam, mas não foi ele o amaldiçoado, e sim seu filho menor, Canaã. Por quê? Bob Deffinbaugh Share tenta explicar: “As palavras de Noé, então, contêm uma profecia. Canaã refletirá mais amplamente as falhas morais de seu pai, Cam. E os Cananeus manifestarão estas mesmas tendências em sua sociedade. Por causa da pecaminosidade dos Cananeus prevista por Noé, a maldição de Deus é expressada. O caráter daqueles três indivíduos e seus destinos serão refletidos associadamente nas Nações que deles emergirem” (cf. *A Nudez de Noé e a Maldição de Canaã*, acesso via Google). Os *cananeus*, como se sabe, é que são os descendentes de Canaã. Portanto, eles é que são os portadores da maldição de Noé. Ora, os cananeus não foram para a África; ficaram na Palestina. Quer dizer, se não são os negros africanos os descendentes de Canaã, então, não se vê como imputar-lhes a maldição. Assim também conclui Bob Deffinbaugh Share: “Visto dessa maneira, é impossível ver qualquer implicação desta passagem para a subjugação dos povos negros da Terra. Cam não foi amaldiçoado nesta passagem, mas Canaã. Canaã não foi o pai dos povos negros, mas dos cananeus que viveram na Palestina e que ameaçavam os Israelitas”. E acrescenta, em outra passagem, que Pute, que era um dos irmãos de Canaã e que não foi amaldiçoado, “é que, provavelmente, foi o pai dos povos negros”. Logo, dizer que a escravidão dos negros vem da maldição de Noé é fazer racionalização, ou seja, é buscar justificativa do injustificável mediante atribuição de fato imputável a outrem.

8. Joaquim Nabuco, *Um Estadista do Império*, Rio de Janeiro, Nova Aguilar, 1973, p. 662.

Pois bem, é isso que precisamos aferir. Joaquim Nabuco, filho daquele senador, mais tarde discutiu amplamente a questão e deu pela ilegalidade da escravidão desde sua origem, pois que “a nossa lei não podia reduzir africanos, isto é, estrangeiros, a escravos; que os filhos desses africanos continuam a sofrer a mesma violência que seus pais, e por isso o título por que são possuídos, o fato do nascimento, não vale mais perante o Direito, que não seja a legalização brutal da pirataria, do que o título de propriedade sobre aqueles: são princípios que estão para a consciência humana fora de questão”.<sup>9</sup> De fato, o Direito que vigorava no início do tráfico escravo eram as Ordenações do Reino de Portugal, que não previam a escravidão. É certo que as Ordenações Filipinas, de 1603, têm algumas disposições sobre escravos, mas uma disposição que parece que só admitia escravização em consequência de presos, assim mesmo sujeito a julgamento “conforme nossas Ordenações, e suas culpas”.

“E do que lhes for tomado, e julgado por perdido, haverão os que o tomarem a metade, e todo o mais ficará para nós.”

“E isso se não entenderá nos escravos, que por não serem tomados, como devem, forem havidos por livres”.

Há aí uma nota de Cândido Mendes de Almeida que diz: “Parece que esta disposição não se executa”.<sup>10</sup> Quer dizer, escraviza ilegalmente.

Vale dizer, portanto, que a Constituição não poderia ter recepcionado a escravidão, salvo se o fizesse expressamente, porque Constituição não recepciona – quando recepciona – senão as instituições jurídicas válidas e vigentes. Se era ilegal antes, e a Constituição não a constitucionalizou expressamente, então, continuou ilegal.

O certo é que a Constituição do Império não regulou a escravidão. Não há nela, em lugar algum, um dispositivo que fale em escravidão, nem em escravos, nem mesmo em elemento servil – fórmula translata com que os escrupulosos ou os cínicos se referiam à escravidão. Tiveram por constitucional a escravidão a partir da interpretação de dois dispositivos. O primeiro, o inciso I do art. 6º, que estatuiu que eram cidadãos brasileiros os que no Brasil tivessem nascido, quer fossem *ingênuos* ou *libertos*. Em primeiro lugar, “cidadão”, no art. 6º da Constituição do Império, significava “nacional”. Isso fica claro quando se compara essa disposição com a do art. 7º, que diz que *perde os direitos de cidadão brasileiro o que naturalizar-se em País estrangeiro* (ou seja, perde a

9. Joaquim Nabuco, *O Abolicionismo*, Brasília, Senado Federal-Conselho Editorial, 2001 – notando-se que esse livro foi escrito e publicado em 1883. O “Prefácio” do autor está datado de “Londres, 8.4.1883”.

10. Cf. Ordenações Filipinas, Livro V, Título 107, § 1º.

nacionalidade brasileira...). E com a do inciso I do art. 91, que declarava terem votos nas eleições primárias *os cidadãos brasileiros que estão no gozo de seus direitos políticos*; vale dizer: eram *eleitores nessas eleições os brasileiros (os nacionais) no gozo de seus direitos políticos*. Nesse sentido tem-se que entender também a palavra “cidadão”, constante do inciso I do art. 179: “Nenhum cidadão pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei”. No entanto, é desse dispositivo combinado com aquele outro que os escravocratas tiravam a ideia de que a Constituição admitia a escravidão, sob a alegação de que o escravo não era cidadão e, por isso, poderia ser obrigado ao trabalho forçado. De fato, os africanos importados não eram nacionais; logo, pelos dois dispositivos se poderia concluir que poderiam ser obrigados à escravidão.

O disposto no art. 6º declarava, pois, como brasileiros os *ingênuos* e os *libertos*. É que, segundo o Direito Romano, que tinha aplicação no Direito Brasileiro de então, os homens podiam ser livres ou escravos. Os homens livres, por sua vez, eram *ingênuos*, se nascidos de mulher livre no momento do parto – portanto, nascidos de estirpes que jamais haviam sido escravizadas –, ou *libertos* – os libertados do estado de escravidão por nascença ou por situação superveniente.<sup>11</sup>

Dir-se-ia, então, que, por aí, a Constituição admitia a escravidão, na medida em que admitia a existência de *libertos*, que eram os filhos de escravos que tinham obtido a liberdade. Indiretamente, assim, admitia a existência da escravidão – situação dos africanos que não eram considerados brasileiros. Mas, não, porque a Constituição não podia escravizar estrangeiros e porque a escravidão era regida pelo direitos das gentes, que não a admitia então.

Tanto a Constituição não acolhia a escravidão que leis vieram depois estabelecendo proibições a ela referentes, até sua completa abolição com a Lei Áurea, sem que se arguisse contra ela qualquer inconstitucionalidade. Essas leis, em verdade, foram tornando a escravidão uma ilegalidade tamanha, que é difícil acreditar que um povo convivesse com tal horror por tanto tempo. De fato, a primeira lei pós-Constituição foi a de 7.11.1831, cujo art. 1º estatuiu, peremptoriamente, o seguinte:

“Art. 1º. Todos os escravos, que entrarem no território ou portos do Brasil, vindos de fora, ficam livres. Excetuam-se: 1º. Os escravos matriculados no serviço de embarcações pertencentes a País onde a escravidão é permitida, enquanto empregados no serviço das mesmas embarcações.

11. Cf. Alexandre Correia e Gaetano Sciascia, *Manual de Direito Romano*, São Paulo, Saraiva, 1953, pp. 42 e ss.

2º. Os que fugirem do território, ou embarcação estrangeira, os quais serão entregues aos senhores que os reclamarem, e reexportados para fora do Brasil.”

Vale dizer que, diante do disposto nessa lei, todos os escravos que entraram no território e nos portos nacionais após 7.11.1831 se tornaram homens livres; e, assim, por consequência, também seus descendentes. A propósito, disse Joaquim Nabuco: “Como se sabe, essa lei nunca foi posta em execução, porque o Governo Brasileiro não podia lutar com os traficantes; mas nem por isso deixa ela de ser a carta de liberdade de todos/ós importados depois da sua data”.<sup>12</sup> É sabido que depois dessa lei entraram no Brasil cerca de um milhão e meio de escravos, e nessa condição continuaram até a superveniência da Lei Áurea (Lei 3.353, de 13.5.1888). Essa ilegalidade perdurou, portanto, desde 7.11.1831 até 13.5.1888. O que a Lei Áurea fez, portanto, foi corrigir uma horrenda anomalia. A escravidão, em si e por si, já era uma aberração jurídica, mesmo quando admitida por lei, porque esta seria ilegítima. Imagine-se, agora, a escravidão formalmente ilegal. E o problema jurídico sério, que sequer tinha em mente o jurista da época, era que se a lei fora executada não havia como legitimar de alguma forma a posse de africanos escravizados, e porque, se a lei não era executada, também não poderia ser revogada, porque já naquela época – bem o disse Joaquim Nabuco – como agora, “no nosso Direito não se revogam cartas de liberdade, e qualquer Governo que ousasse propor às Câmaras a legalização do cativo dos africanos importados depois de 1831 teria a prova de que a Nação está inclinada a fazer o que não consente que outros façam. O escândalo continua, mas pela indiferença dos Poderes Públicos e impotência da Magistratura, composta também, em parte, de proprietários de africanos; e não porque se pretenda seriamente que a lei de 1831 fosse jamais revogada”.<sup>13</sup>

O desprezo à lei neste País é, como se vê, uma triste e escandalosa tradição.

Depois, em 28.9.1871 veio a Lei 2.440, chamada “Lei do Ventre Livre”, porque decretava que “os filhos de mulher escrava que nascerem no Império desde a data desta Lei serão considerados de condição livre”. Sobre ela, Joaquim Nabuco se exprimiu nos termos seguintes: “A lei de 28.9.1871, seja dito incidentemente, foi um passo de gigante. Imperfeita, incompleta, impolítica, injusta, e até absurda, como nos parece hoje, essa lei foi nada menos que o bloqueio moral da escravidão. A sua única

12. Joaquim Nabuco, *O Abolicionismo*, cit., p. 100.

13. Idem, p. 103.

parte definitiva e final foi este princípio: 'Ninguém mais nasce *escravo*'. Tudo o mais ou foi necessariamente transitório, como a entrega desses mesmos ingênuos ao cativo até os 21 anos; ou incompleto, como o sistema de resgate forçado; ou insignificante, como as classes de escravos libertados; ou absurdo, como o direito do senhor da escrava à indenização de uma apólice de 600\$000 pela criança de oito anos que não deixou morrer; ou injusto, como a separação do menor e da mãe, em caso de alienação desta. Isso quanto ao que se acha disposto na lei; quanto ao que foi esquecido o índice de omissões não teria fim".<sup>14</sup>

Um dos absurdos da lei está no § 1º de seu art. 1º: "§ 1º. Os ditos filhos menores ficarão em poder e sob a autoridade dos senhores de suas mães, os quais terão a obrigação de criá-los e tratá-los até a idade de 8 (oito) anos completos. Chegando o filho da escrava a esta idade, o senhor da mãe terá opção ou de receber do Estado a indenização de 600\$000, ou de utilizar-se dos serviços do menor até a idade de 21 (vinte e um) anos completos. No primeiro caso, o Governo receberá o menor e lhe dará destino, em conformidade da presente Lei".

Quer dizer, o filho nascia livre mas continuava cativo, porque sujeito ao senhor possivelmente até a idade de 21 anos. Mesmo naquilo em que ela era positiva, sua eficácia era muito limitada. Tal era o caso da possibilidade de o escravo formar um pecúlio para obter sua alforria, dependendo do consentimento do senhor.

Com essas duas providências, havia uma promessa de extinguir a escravidão dentro de um prazo de meio século – ou seja, por volta de 1891! Por isso, ainda uma vez, Joaquim Nabuco declara: "A não se ir além da lei, esta ficaria sendo uma mentira nacional, um artifício fraudulento para enganar o mundo, os brasileiros e, o que é mais triste ainda, os próprios escravos. A causa destes, porém, assenta sobre outra base, que todavia não deverá ser considerada mais forte que esses compromissos nacionais: a ilegalidade da escravidão. Para se verificar até que ponto a escravidão entre nós é ilegal, é preciso conhecer-lhe as origens, a história e a pirataria da qual ela deriva os seus direitos por uma série de endossos tão válidos como a transação primitiva".<sup>15</sup> E, mais adiante, conclui:

"A posição legal do escravo resume-se nestas palavras: a Constituição não se ocupou dele. Para poder conter princípios como estes: 'Nenhum cidadão pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei... Todo cidadão tem em sua casa um asilo inviolável... A lei será igual para todos... Ficam abolidos todos os privi-

14. Idem, p. 78.

15. Idem, p. 87.

légios... Desde já ficam abolidos os açoites, a tortura, a marca de ferro quente, e todas as mais penas cruéis... Nenhuma pena passará da pessoa do delinquente; nem a infâmia do réu se transmitirá aos parentes em qualquer grau que seja... É garantido o *direito de propriedade em toda a sua plenitude*', era preciso que a Constituição não contivesse uma só palavra que sancionasse a escravidão.

"Qualquer expressão que o fizesse incluiria naquele código de liberdades a seguinte restrição: 'Além dos cidadãos a quem são garantidos esses direitos, e dos estrangeiros a quem serão tornados extensivos, há no País uma classe sem direito algum: a dos escravos. O escravo será obrigado a fazer, ou a não fazer, o que lhe for ordenado pelo seu senhor, seja em virtude da lei, seja contra a lei, que não lhe dá o direito de desobedecer. O escravo não terá um único asilo inviolável, nem nos braços da mãe, nem à sombra da cruz, nem no leito de morte; no Brasil não há cidades de refúgio. Ele será objeto de todos os privilégios, revogados para os outros; a lei não será igual para ele porque está fora da lei, e o seu bem-estar material e moral será tão regulado por ela como o é o tratamento dos animais; para ele continuará de fato a existir a pena, abolida, de *açoites* e a *tortura*, exercidas senão com os mesmos instrumentos medievais, com maior constância ainda em arrancar a confissão, e com a devassa diária de tudo o que há de mais íntimo nos segredos humanos. Nessa classe a pena da escravidão, a pior de todas as penas, transmite-se, com a infâmia que a caracteriza, de mãe a filhos, sejam esses filhos do próprio senhor."<sup>16</sup>

Acontece que a Constituição não estabeleceu tais restrições àqueles princípios. Se o tivesse feito, nem se poderia chamar tal documento de "Constituição", pois esta palavra não pode acobertar desvalores tão terrivelmente desumanos. Mas o grave está precisamente aí. A Constituição não estabeleceu tais restrições, nem abriu tais exceções àqueles princípios que lhe dão a própria essência constitucional; não obstante, foi assim que se fez, porque a escravidão existiu, com todos aqueles horrores contrários ao ordenamento constitucional.

O triste é que D. Pedro I teve em suas mãos liquidar, expressamente, com a escravidão que vinha dos tempos da Colônia, quando outorgou a Constituição. Talvez até estivesse em sua mente quando a escreveu, entendendo que, por não se ter ocupado dela, fosse isso – como juridicamente deveria ser – uma indicação segura de que ela não fora recepcionada pela Constituição. Pena que, quando ele a outorgou, os Andradas

16. Idem, pp. 117-118.

já não participassem do rol de seus amigos, para, então, lhe inculcaram na mente o conselho de que a escravidão, que a eles horrorizava, deveria ser expressamente repudiada, para que não houvesse dúvida de que ela não era aceita no Brasil constitucional.

### 3. Direitos humanos na República

A proclamação da República, em 15.11.1889, não melhorou muito essa situação, salvo quanto à escravidão, já abolida em 13.5.1888. A respectiva Constituição, promulgada a 24.2.1891, como visto, não teve vinculação com a realidade do País. Por isso, não teve eficácia social. Não regeu o meio social para o qual fora feita. Isso vale também para sua formosa *Declaração de Direitos*, constante da Seção II do Título IV, onde assegurava a brasileiros e estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à *liberdade*, à *segurança* e à *propriedade*, na forma discriminada nos 31 parágrafos do art. 72, acrescidos de algumas garantias funcionais e militares nos arts. 73 a 77, indicando no art. 78 que a enumeração não era exaustiva; regra que passou para as Constituições subsequentes. Não apresentou ela grande diferença em relação à Constituição do Império. Acrescentou o direito de associação e de reunião e incluiu o *habeas corpus* como garantia constitucional, mas já não previu o direito ao socorro público, nem à resistência, nem à instrução pública gratuita. Só reconheceu os direitos e garantias individuais, que, no entanto, também não tiveram efetividade. O País, como já dissemos diversas vezes, era dominado por uma política de governadores de Estado, que se sustentavam no *Coronelismo*, que foi o poder real e efetivo.

A Democracia representativa era puramente formal e a possibilidade de representação política de outros setores sociais, que não as oligarquias, bastante reduzida. E nenhuma a possibilidade de vigência efetiva dos direitos fundamentais inscritos na Constituição.

A *Revolução de 1930* foi uma esperança do povo que logo se frustrou, com a supressão do regime constitucional, que só foi reconquistado mediante a convocação de Assembleia Constituinte que elaborou a Constituição de 1934, que vigorou por pouco mais de três anos, sobrevivendo o Golpe de Estado de 1937, com sua Carta ditatorial, que durou até a promulgação da *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*, de 18.9.1946, a qual trouxe um título sobre a *declaração de direitos*, com capítulos sobre os *direitos de nacionalidade*, os *direitos políticos* e os *direitos e garantias individuais*. Incorporou ela, como a de 1934, os chamados “direitos humanos de segunda geração”, consubstanciados num título sobre os direitos econômicos, sociais e culturais. Ela regeu

o período de grande liberdade democrática. Sob sua égide, como visto, sucederam-se inúmeros conflitos constitucionais que encontraram um laboratório na Escola Superior de Guerra-ESG, onde se formulou, por influência dos Estados Unidos, a *Doutrina da Segurança Nacional*, que fundamentou o Golpe Militar de 1964, que produziu duas Constituições, nas quais também se previa uma declaração de direitos, mas o princípio da segurança nacional sobrepassava sobre a eficácia das demais normas constitucionais, pela criação de uma normatividade excepcional sem contemplação para com os direitos humanos mais elementares, sufocados durante 20 anos.

A dialética dos fatos, contudo, é mais forte que as formas dos regimes, pois foi justamente sob esse regime fechado que o povo foi aprendendo – como nota José Reinaldo de Lima Lopes – que *direitos humanos* não devem constituir-se numa concepção imprecisa e abstrata, cumprindo mera função de retórica política, mas hão de ser tidos como sinônimos de interesses populares, significando moradia, terra, sindicalização, resistência à violência policial cotidiana; e que as vítimas das violações de direitos humanos são procedentes das classes populares. Refletira sobre o tema da utopia e da justiça de maneira nova, não como simples ideal, mas como prática, pois “a utopia das classes populares não é o que elas pensam, é o que elas fazem, é o seu movimento real e concreto de luta. Sem luta a utopia não existe, como não existe a justiça. A luta travada em vários níveis pelos movimentos de direitos humanos criou novas arenas políticas e novos atores: envolveu o Judiciário, que parecia pairar acima de tudo, confrontou o Executivo, ao reivindicar verbas públicas para os chamados bens de consumo coletivo (escolas, creches, postos de saúde etc.)”.<sup>17</sup> Não se reivindicava nem mesmo a positivação de situações novas. Tratava-se de compreender, em primeiro lugar, que as declarações de direitos individuais e sociais não constituem apenas bons conselhos e, em segundo lugar, do reconhecimento de que as garantias dos direitos humanos não estão apenas na sua positivação, mas no modo como se aplicam as normas constitucionais e as leis. Esses movimentos sociais postularam por uma nova ordem constitucional em que os direitos humanos fossem reconhecidos numa Constituição democrática, mas sobretudo que esses direitos declarados tivessem uma tradução concreta no cotidiano de milhões de pobres e minorias discriminadas, conscientes que ficaram de que os direitos humanos, até então positivados em nossas Constituições,

17. José Reinaldo de Lima Lopes, “Direito, justiça e utopia”, in José Eduardo Faria (org.), *A Crise do Direito numa Sociedade em Mudança*, Brasília, UnB, 1988, pp. 67-68.

não tinham sido ainda capazes de responder às demandas formuladas pelas classes populares e de que esta dificuldade não era acidental, mas parte de um conjunto de relações econômicas e políticas, que constituem no Brasil – e na América Latina em geral – um sistema social feito para funcionar apenas para uma parcela da população.<sup>18</sup> Buscava-se não tanto a construção de um Direito novo, mas uma forma de uso alternativo das formulações jurídicas existentes, convertendo seu vetor elitista no rumo da satisfação dos interesses gerais do povo.

A *Constituição de 1988* resultou dessa luta pela construção de um Estado Democrático onde se assegurasse o exercício dos direitos humanos fundamentais. Formalmente, ela cumpre integralmente esse objetivo. Seu Título II contém a declaração dos “direitos fundamentais do homem” – expressão que ela emprega em sentido abrangente *daquelas prerrogativas e instituições que se concretizam em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas*. Nela se sintetizam todas as manifestações modernas dos direitos fundamentais da pessoa humana.

Não descereamos a pormenores;<sup>19</sup> basta uma síntese, para lembrar que a *Constituição* consagra: (a) os direitos fundamentais do *homem-indivíduo*, que são aqueles que reconhecem autonomia aos particulares, garantindo iniciativa e independência aos indivíduos diante dos demais membros da sociedade e do próprio Estado; por isso são reconhecidos como *direitos individuais*, ou seja: direitos à vida, à privacidade, à igualdade, à liberdade e à propriedade, especificados no art. 5º, mas, de acordo com o § 2º desse mesmo artigo, os direitos e garantias nele previstos não excluem outros, decorrentes dos princípios e do regime adotado pela *Constituição* e dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte; (b) os direitos fundamentais do *homem-nacional*, que são os que têm por objeto a definição da *nacionalidade* e suas prerrogativas (art. 12); (c) os direitos fundamentais do *homem-cidadão*, que são os *direitos políticos* (arts. 14-17), os direitos de participação política; (d) os direitos fundamentais do *homem-social*, que constituem os direitos assegurados ao homem em suas relações socioeconômicas e

18. Idem, pp. 74 e 76. Cf. também Paulo Sérgio Pinheiro, “Dialética dos direitos humanos”; Carlos Eduardo Vasconcelos, “Classes e grupos sociais”, e, ainda, Núcleo de Estudos para a Paz e Direitos Humanos-NEP-UnB, “Caminhos para a construção de uma sociedade de plena realização dos direitos humanos na América Latina”, todos in *O Direito Achado na Rua*, Brasília, UnB, 1988, pp. 83-94.

19. Nota desta edição: para tanto, cf. José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 34ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2011, pp. 190 e ss.

culturais, de acordo com os arts. 6º a 11, que podem ser agrupados em três classes: (1) *direitos sociais relativos ao trabalhador* (art. 7º e seus incisos), com regras sobre direito ao trabalho e garantia do emprego, direitos sobre as condições de trabalho (negociações coletivas), direitos relativos ao salário (salário-mínimo, salário noturno superior ao diurno, irredutibilidade do salário), direitos relativos ao repouso e à inatividade do trabalhador, direitos relativos aos dependentes do trabalhador, participação nos lucros e cogestão, direito de associação sindical e direito de greve (arts. 8º e 9º); (2) *direitos sociais relativos à Seguridade* (art. 6º), compreendendo os direitos à saúde, à previdência e à assistência social (arts. 6º e 194 a 204); (3) *direitos sociais relativos à educação e à cultura* (art. 6º); (e) os direitos fundamentais do *homem-membro da coletividade*, de que participam alguns tradicionais direitos de expressão coletiva, como os de associação e de reunião, mas os *direitos coletivos* como espécies dos direitos fundamentais do homem começam a forjar-se e a merecer consideração constitucional; assim são os direitos coletivos à informação (art. 5º, XIV e XXXIII, o qual não se confunde com a liberdade de informação, direito individual) e à representação associativa; direitos do consumidor (arts. 5º, XXXII, e 170, VI) e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida (art. 225).

Vê-se, por essa síntese apertada, que a *Constituição* incorporou também os chamados “direitos humanos de terceira dimensão”, integrados com os de segunda e os de primeira. Ela suplanta a tendência para entender os direitos individuais como contrapostos aos direitos sociais e coletivos, que as *Constituições* anteriores, de certo modo, justificavam. Tratava-se de deformação de perspectiva, pois só o fato de se estabelecer um rol de direitos econômicos, sociais e culturais já importava conferir conteúdo novo àquele conjunto de direitos chamados liberais. Ela agora fundamenta o entendimento de que as categorias de direitos humanos, nela previstos, integram-se num todo harmônico, mediante influências mútuas, com o quê se transita de uma Democracia de conteúdo basicamente político-formal para uma Democracia de conteúdo social, pois a antítese inicial entre direitos individuais e direitos sociais tende a resolver-se numa síntese de autêntica garantia da vigência do princípio democrático, na medida em que os últimos forem enriquecendo-se de conteúdo e eficácia.<sup>20</sup>

20. Cf., para uma exposição pormenorizada, José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, cit., 34ª ed., pp. 170 e ss.

#### 4. *Garantias constitucionais*

A afirmação dos direitos humanos no direito constitucional positivo reveste-se de transcendental importância. Mas não basta que um direito seja reconhecido e declarado; é necessário garanti-lo, porque virão ocasiões em que será discutido e violado. Ruy Barbosa já dizia que uma coisa são os *direitos*, outra as *garantias*, pois devemos separar, “nos textos da Lei Fundamental, as disposições *meramente declaratórias*, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições *assecuratórias*, que são as que, em defesa dos direitos, limitam o poder. Aquelas instituem os *direitos*; estas, as *garantias*; ocorrendo não raro juntar-se, na mesma disposição constitucional ou legal, a fixação da garantia com a declaração do direito”.<sup>21</sup>

Não cabe aqui uma discussão teórica sobre o tema. Basta observar que o sistema brasileiro define como *garantias* todas as prescrições constitucionais que conferem, aos titulares dos direitos fundamentais, meios, técnicas, instrumentos ou procedimentos para impor o respeito e a exigibilidade desses direitos, compreendendo garantias individuais, coletivas, sociais e políticas, tendo em vista a natureza do direito garantido. Seria fastidioso arrolar aqui todos os princípios de proteção dos direitos humanos que a Constituição prescreve, cujo conjunto constitui os *direitos constitucionais de segurança*, como os princípios da legalidade, da proteção judiciária e do contraditório, o direito de ampla defesa nos processos judiciais e administrativos, o direito ao devido processo legal, a estabilidade dos direitos subjetivos (art. 5º) e as diversas garantias penais etc.<sup>22</sup> Até porque não raro a eficácia de algumas dessas garantias depende do uso de outros remédios constitucionais, parecendo, assim, mais proveitoso passar ao exame daqueles que nossa Constituição acolheu. Alguns são de natureza política, revelando importante faceta da Democracia participativa, como a iniciativa legislativa popular, o referendo e o plebiscito. Mais relevantes, porém, são as garantias constitucionais de natureza processual, como a justiça constitucional e os meios da chamada jurisdição constitucional da liberdade, que nos merecerão um pouco de atenção em seguida.

Antes, porém, cumpre dizer que expressiva é a garantia constante do art. 5º, § 1º, segundo o qual “as normas definidoras dos direitos e

21. Ruy Barbosa, *República: Teoria e Prática (Textos Doutrinários sobre Direitos Humanos e Políticos Consagrados na Primeira Constituição da República. Seleção e Coordenação de Hilton Rocha)*, Petrópolis-Brasília, Vozes-Câmara dos Deputados, 1978, pp. 121 e 124.

22. CF, art. 5º, XXXV a LXI.

garantias fundamentais têm aplicação imediata” – o que consagra a vinculação positiva das autoridades públicas às normas e investe o Judiciário no dever de aplicar diretamente as normas constitucionais em matéria de direitos fundamentais, ainda quando se refiram a uma normatividade posterior.<sup>23</sup>

#### 5. *Remédios constitucionais*

A doutrina e a jurisprudência dão o nome de “remédios constitucionais” aos meios postos à disposição dos indivíduos e cidadãos para provocar a intervenção das autoridades competentes, visando a *sanar, corrigir*, ilegalidades e abusos de poder em prejuízo de seus direitos e interesses. Alguns revelam-se meios de provocar a atividade jurisdicional – e, então, têm a natureza de *ações constitucionais*. São *garantias constitucionais*, em sentido amplo, na medida em que são instrumentos destinados a assegurar o gozo de direitos violados ou em vias de serem violados, ou simplesmente não atendidos. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, embora não ache errôneo o emprego da expressão “garantias de direito constitucional” em referência aos ditos remédios – denominação que também não lhe agrada –, observa que, “rigorosamente falando, as garantias dos direitos fundamentais são as limitações, as vedações, impostas pelo constituinte ao Poder Público”.<sup>24</sup> Permitimo-nos, contudo, lembrar que esses remédios não deixam também de exercer um papel limitativo da atuação do Poder Público, quer porque, existindo, este se comporta de maneira a evitar sofrer-lhes a impugnação, quer porque o exercício desses direitos-remédios pelos titulares dos direitos ou interesses violados ou ameaçados ou não satisfeitos nos termos da Constituição importa impor correção a seus atos e atividades, o que é um modo de limitar. E mais: tais remédios atuam precisamente quando as limitações e vedações não foram bastantes para impedir a prática de atos ilegais e com excesso de poder ou abuso de autoridade. São, pois, espécies de garantias, que, pelo seu caráter específico e por sua função saneadora, recebem o nome de “remédios”, e remédios *constitucionais*, porque consignados na Constituição.

23. A propósito, cf. Pedro de Vega García, “La Constitución y su defensa en España”, in Héctor Fix-Zamudio e outros, *La Constitución y su Defensa*, México, Universidad Nacional Autónoma de México-UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1984, pp. 215-216.

24. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Curso de Direito Constitucional*, 31ª ed., São Paulo, Saraiva, 2005, p. 313.

A evolução do direito constitucional brasileiro foi introduzindo, de tempo em tempo, remédios antes desconhecidos. A Constituição do Império, por exemplo, só consignava o direito de petição; nem mesmo o *habeas corpus* foi por ela acolhido. Essa evolução criou, no direito constitucional brasileiro, diversos remédios constitucionais: uns protegem o direito de invocação da atenção dos Poderes Públicos para determinados interesses (*direito de petição*); outros, o direito de locomoção (*habeas corpus*); outros, os direitos líquidos e certos (*mandado de segurança*); outros, o direito à eficácia e aplicabilidade de normas constitucionais (*mandado de injunção*); outros, o direito à intimidade (*habeas data*); outros, ainda, o direito à moralidade administrativa (*ação popular*).<sup>25</sup> Poderíamos acrescentar que a *jurisdição constitucional*, de que já tratamos antes, constitui também, sob certo aspecto, um desses remédios, como uma forma especial de garantia constitucional dos direitos fundamentais. Por isso, tais remédios entram na categoria de *jurisdição constitucional da liberdade*.

### 5.1 Direito de petição

Sua origem é remota. Nasceu na Inglaterra durante a Idade Média. É o *right of petition*, que resultou das Revoluções Inglesas de 1628, especialmente, mas que já se havia insinuado na própria Magna Carta de 1215. Consolidou-se com a Revolução de 1689, com a Declaração dos Direitos (*Bill of Rights*). Consistia, inicialmente, em simples direito de o Grande Conselho do Reino – depois o Parlamento – pedir ao Rei a sanção das leis. Não foi, porém, previsto na Declaração francesa de 1789. Veio a constar, enfim, das Constituições francesas de 1791 (§ 3º do Título I: “La liberté d’adresser aux autorités constituées des pétitions signées individuellement”) e de 1793 (Declaração de Direitos, art. 32: “Le droit de présenter des pétitions aux dépositaires de l’autorité publique ne peut, en aucun cas, être interdit, suspendu ni limité”).

O direito de petição define-se como “o direito que pertence a uma pessoa de invocar a atenção dos Poderes Públicos sobre uma questão ou uma situação”,<sup>26</sup> seja para denunciar uma lesão concreta, e pedir a reorientação da situação, seja para solicitar uma modificação do Direito em vigor, no sentido mais favorável à liberdade.<sup>27</sup> Ele entrou no direito constitucional brasileiro por via do inciso XXX do art. 179 da Consti-

25. Para pormenores sobre esses remédios constitucionais, cf. José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, cit., 34ª ed., pp. 443 e ss.

26. Cf. Claude-Albert Colliard, *Libertés Publiques*, Paris, Dalloz, 1972, p. 131.

27. Cf. Jean Rivero, *Les Libertés Publiques 1 – Les Droits de l’Homme*, Paris, Presses Universitaires de France-PUF, 1973, p. 245.

tuição imperial de 1824: “Todo cidadão poderá apresentar por escrito ao Poder Legislativo e ao Executivo reclamações, queixas ou petições e até expor qualquer infração da Constituição, requerendo perante a competente autoridade a efetiva responsabilidade”. Pimenta Bueno viu no texto três direitos distintos, “cada um deles muito valioso”, ou seja: *simples requerimento ou reclamação, queixa e petição*. O de requerimento é o direito individual de dirigir pedidos aos Poderes ou Governo; o de queixa é um recurso que importa a abertura de uma ação que repare a ofensa; o direito de petição, enfim, é um *direito político* de representar por escrito aos Poderes Públicos suas opiniões, ideias, “uma espécie de intervenção no governo do País, não tanto em proveito seu particular, como no interesse geral”.<sup>28</sup> Ao longo desta exposição vamos ver que o conceito de *direito de petição* se ampliou.

Sua concepção como direito político manteve-se na Constituição republicana de 1891, que, no entanto, modificou seu conteúdo: “É permitido a quem quer que seja representar, mediante petição, aos Poderes Públicos, denunciar abusos das autoridades e promover a responsabilidade dos culpados” (art. 72, § 9º). Já então era tido como ineficaz. Dele disse Ruy Barbosa: “A praxe tem por inocente esse direito. Ninguém dele usa, porque ninguém ignora que a responsabilidade se banuiu do regime, que os abusos são os donos do Brasil, que os Poderes Públicos só têm ouvidos para ouvir a si mesmos”.<sup>29</sup> A Constituição de 1934 (art. 102, § 26) manteve-o tal como apresentado na Constituição de 1891. A Carta de 1937 desdobrou a expressão “representar, mediante petição”, na forma como aparece em seu art. 122, n. 7: “O direito de representação ou petição perante as autoridades, em defesa de direitos ou interesse geral” – que Araújo Castro reduziu a simples “direito de petição”.<sup>30</sup> Mas a Constituição de 1946 voltou à fórmula da Constituição de 1891 (art. 141, § 37). As Constituições de 1967 e 1969, em dispositivos e formulação idênticos, desdobrou a expressão “representação ou petição” em dois direitos: o *direito de representação* e o *direito de petição* (art. 150, § 30). Pontes de Miranda, comentando o dispositivo, diz: “Fala-se em *direito de representação* e *direito de petição*. Ou se há de entender que só existe um direito, que é de representação e de petição, ou que existem dois: o *direito de representação* e o *direito de petição*”. E, mais adiante,

28. José Antônio Pimenta Bueno (Marquês de São Vicente), *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*, cit., pp. 425-426.

29. Ruy Barbosa, *Comentários à Constituição Federal Brasileira* (coligidos por Homero Pires), vol. V, São Paulo, Saraiva, 1934, p. 327.

30. Araújo Castro, *A Constituição de 1937*, edição fac-similar, Brasília, Senado Federal-Conselho Editorial, 2003, pp. 280-281.

diz: “A distinção que resulta do texto constitucional entre *direito de petição* e *direito de representação* não existia na Constituição de 1946, nem nas anteriores. A representação supõe infração que tenha de ser afastada concretamente. A petição pode ter por fim a defesa dos direitos, mesmo se ainda não houve ofensa”.<sup>31</sup> Reconhecemos aí, de fato, dois direitos: *direito de petição* e *direito de representação*.<sup>32</sup>

A CF de 1988 declarou no art. 5º, XXXIV, “a”, que se assegura a todos o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder. Permitimo-nos sintetizar aqui o que escrevemos sobre esse direito em obra publicada.<sup>33</sup> Então, dissemos que há nele uma dimensão coletiva, consistente na busca ou defesa de direitos ou interesses gerais da coletividade. Esse direito vinha ligado ao direito de representação. Este não foi repetido. É que o constituinte deve ter raciocinado – e com razão – que a representação pode ser veiculada pela petição, de sorte que a legislação que regulamenta aquela permanece em vigor.

O que se tem observado é que o direito de petição é mais uma sobrevivência que uma realidade.<sup>34</sup> Nota-se também que ele se reveste de dois aspectos: pode ser uma queixa, uma reclamação, e então aparece como um recurso não contencioso (não jurisdicional) formulado perante as autoridades representativas; por outro lado, pode ser a manifestação da liberdade de opinião e revestir-se do caráter de uma informação ou de uma aspiração dirigida a certas autoridades.<sup>35</sup> Esses dois aspectos, que antes eram separados em *direito de petição* e *direito de representação*, agora se juntaram só no direito de petição.

O *direito de petição* cabe a qualquer pessoa. Pode ser, pois, utilizado por pessoa física ou por pessoa jurídica; por indivíduo ou por grupos de indivíduos; por nacionais ou por estrangeiros. Mas não pode ser formulado pelas forças militares, como tais – o que não impede reconhecer aos membros das Forças Armadas ou das Polícias Militares o direito individual de petição, desde que sejam observadas as regras de hierarquia e disciplina. Pode ser dirigido a qualquer autoridade do Legislativo, do Executivo ou do Judiciário.

31. Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição de 1967*, t. V, São Paulo, Ed. RT, 1968, pp. 591-592.

32. Cf. José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 34ª ed., cit., p. 444.

33. Idem, *ibidem*.

34. Cf. Jean Rivero, *Les Libertés Publiques 1 – Les Droits de l'Homme*, cit., p. 244.

35. Cf. Claude-Albert Colliard, *Libertés Publiques*, cit., p. 131.

É importante frisar que o direito de petição não pode ser destituído de eficácia. Não pode a autoridade a quem é dirigido escusar-se a se pronunciar sobre a petição, quer para acolhê-la, quer para desacolhê-la, com a devida motivação.

### 5.2 *Direito a certidões*

Esse direito foi constitucionalmente previsto pela primeira vez, como direito individual, na Constituição de 1946, art. 141, § 36: “A lei assegurará: (...) IV – a expedição das certidões requerida para esclarecimento de negócios administrativos, salvo se o interesse público impuser sigilo”. As Constituições de 1967 (art. 150, § 34) e de 1969 (art. 153, § 35) mantiveram o mesmo enunciado, a respeito do qual se firmou o entendimento de que o direito a certidões só caberia no caso de interesse individual do requerente; ou seja, o requerente careceria do direito se o requeresse no interesse de terceiros.

A CF de 1988 também assegura a todos, no art. 5º, XXXIV, “b”, “a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimentos de situações de interesse pessoal”. Não se prevê, como nas Constituições anteriores, que “lei regulará” a expedição de certidões para os fins indicados, até porque sempre se teve a lei como desnecessária. A jurisprudência entendeu, desde os primeiros momentos da aplicação da Constituição de 1946, que tinha todos os requisitos de eficácia plena e aplicabilidade imediata o texto que previa o direito a certidões, como meio de obter informações e elementos para instruir a defesa de direitos (aí seu caráter de garantia constitucional) e para esclarecimento de situações. Esta é uma garantia que não raro acaba por se realizar mediante outro remédio – o mandado de segurança – quando o pedido é negado ou simplesmente não é decidido.

### 5.3 “Habeas corpus”

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 ideia de liberdade de locomoção, mas ao conceito do *due process of law*.<sup>36</sup> Era usado até

36. Cf. R. J. Sharpe, *The Law of Habeas Corpus*, Oxford, Clarendon Press, 1976, p. 2: “The words *habeas corpus* at this early stage were not connected with the idea of

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*, *habeas corpus ad subjiciendum*.<sup>37</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.

No Brasil não ingressou na Constituição do Império, formalmente; mas Pontes de Miranda é de opinião que estava implicitamente previsto.<sup>38</sup> Formalmente, foi instituído no Código de Processo Criminal de 1832 (arts. 340 a 355). Constitucionalizou-se por meio do § 22 do art. 72 da Constituição de 1891, em termos amplos, o 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>39</sup>

Disso decorria que as violações de direitos civis estavam também sujeitas a correção pelo *habeas corpus*. A emenda constitucional de 1926, contudo, limitou 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).

liberty, and the process involved an element of the concept of due process of law only in so far as it mirrored the refusal of the Courts to decide a matter without having the defendant present”. Cf. também Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1 de 1969*, 2ª ed., t. V, São Paulo, Ed. RT, 1970, pp. 282 e ss.

37. Cf. Domingo García Belaunde, *El Habeas Corpus en el Perú*, Lima, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 1979.

38. Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1 de 1969*, cit., 2ª ed., t. V, pp. 304-305.

39. Ruy Barbosa, *República: Teoria e Prática (Textos Doutrinários sobre Direitos Humanos e Políticos Consagrados na Primeira Constituição da República)*, cit., p. 173; cf. também José de Castro Nunes, *Do Mandado de Segurança*, 8ª ed., atualizada por José de Aguiar Dias, Rio de Janeiro, Forense, 1980, p. 1.

É, pois, remédio destinado a tutelar o direito de liberdade de locomoção, liberdade de ir, vir, parar e ficar. Tem natureza de *ação constitucional penal*.<sup>40</sup>

#### 5.4 Mandado de segurança

Vimos acima que a chamada doutrina brasileira do *habeas corpus* o estendeu à defesas dos direitos civis,<sup>41</sup> mas a emenda constitucional de 1926 o reduziu à tutela da liberdade de locomoção, de sorte que a posse dos direitos subjetivos de natureza civil, quando líquidos e certos, ficou desamparada.<sup>42</sup> Logo cuidou-se de criar um remédio que suprisse a carência de instituto destinado a proteger aqueles direitos. Inspirados no *juicio de amparo* mexicano, vários autores e legisladores propuseram a instituição do *mandado de proteção*, ou *mandado de restauração*, *mandado de garantia* ou *ordem de garantia*, até que, afinal, a Constituição de 1934 acolhesse, no seu art. 113, n. 33, a instituição com o nome de *mandado de segurança*, nos termos seguintes: “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 petitorias competentes”.

Castro Nunes revela que os tribunais – incluindo o STF – receberam o instituto com grandes reservas. O próprio Castro Nunes, que à época era juiz de direito no Rio de Janeiro, confessa tê-lo recebido com perplexidade: “Não desconheço, como disse, o estado de perplexidade em

40. Cf. José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, cit., 34ª ed., p. 446. Há vasta bibliografia sobre o *habeas corpus*.

41. Cf. Castro Nunes, *Do Mandado de Segurança*, cit., 8ª ed., p. 1: “As origens do mandado de segurança estão naquele memorável esforço de adaptação realizado pela jurisprudência, sob a égide do Supremo Tribunal, em torno do *habeas corpus*, para não deixar sem remédio certas situações jurídicas que não encontravam no quadro das nossas ações a proteção adequada”.

42. Cf. ainda Castro Nunes, *Do Mandado de Segurança*, cit., 8ª ed., p. 2: “O mandado de segurança representa, portanto, o coroamento dessa evolução interrompida em 1926, pela Reforma Constitucional, que, reduzindo o *habeas corpus*, não lhe deu o sucedâneo que, mais tarde, iniciativas parlamentares e o brilhante debate que se lhes seguiu não lograram fazer triunfar”. Sobre os antecedentes e a formação do mandado de segurança, cf.: Themístocles Brandão Cavalcanti, *A Constituição Federal Comentada*, 3ª ed., vol. III, Rio de Janeiro, José Konfino, 1968, pp. 154 e ss.; Celso Agrícola Barbi, *Do Mandado de Segurança*, 3ª ed., 3ª tir., Rio de Janeiro, Forense, 1980; Milton Flaks, *Mandado de Segurança: Pressupostos da Impetração*, Rio de Janeiro, Forense, 1980.

que nos encontrou a todos o mandado de segurança. Havia que aplicá-lo logo que entrou em vigor a Constituição de 1934. E as hipóteses entraram a surgir, à revelia de qualquer critério, sem lei que disciplinasse o rito a seguir, desafiando a argúcia da Magistratura de primeira instância, chamada a realizar de pronto esse primeiro trabalho de triagem. Juiz Federal da 2ª Vara no Distrito Federal [então, *Rio de Janeiro*], tive de enfrentar essa onda de pretensões e compreendi que se fazia necessário assentar algumas teses fundamentais como critérios doutrinários a seguir na solução das espécies”.<sup>43</sup>

Mas sob a Constituição de 1934 não tiveram tempo de apreciá-lo na sua devida importância, porque, como temos dito, ela durou pouco mais de três anos. Não obstante isso, houve alguns julgados importantes, de que dá notícia Castro Nunes, especialmente depois que foi promulgada a Lei 191, de 16.1.1936, que regulamentou o processo do mandado de segurança – como foi, por exemplo, a decisão da Corte Suprema (então, nome do STF) de 8.11.1935, segundo a qual era – como é – inadmissível mandado de segurança contra lei em tese: “É inadmissível o mandado de segurança se não houver uma aplicação da lei em concreto”.<sup>44</sup>

Depois, veio a Carta ditatorial de 1937 e não o acolheu – o que não é de estranhar, porque as Ditaduras não gostam de instrumentos que eventualmente as afrontem. No entanto, a Lei 191/1936 continuou em vigor, porque o fato de a Carta não consignar expressamente o remédio, por si só, não revogava aquela lei. Tanto que logo veio o Decreto-lei 6, de 16.11.1937, e o manteve nos termos daquela lei, mas excluiu de sua abrangência os atos do Presidente da República, dos Ministros de Estado, dos Governadores e Interventores de Estado. “Mas, mantido que fora, teria de alcançar, na esfera federal, atos de outras autoridades de categoria inferior ao chefe e atos de secretários do Governo; acrescentou-se logo a seguir no parágrafo único: ‘os mandados de segurança contra atos das demais autoridades federais são, no Distrito Federal, da competência de um dos três juízes da Fazenda Pública’”.<sup>45</sup>

Quer dizer: o mandado de segurança sob o regime ditatorial perdeu sua dignidade de remédio constitucional, mas continuou como uma ação de direito ordinário que, mais tarde, recebeu regulamentação processual pelos arts. 319 a 331 do CPC de 1939.

Voltou à dignidade constitucional pelo art. 141, § 24, da Constituição de 1946, com o seguinte enunciado: “Para proteger direito líquido e certo

43. Castro Nunes, *Do Mandado de Segurança*, cit., 8ª ed., p. 10.

44. Idem, p. 350.

45. Idem, p. 389.

não amparado por *habeas corpus*, conceder-se-á mandado de segurança, seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder”. Enunciado, este, acolhido pelas Constituições de 1967 (art. 150, § 21) e de 1969 (art. 153, § 21), apenas com a inversão da cláusula inicial, do seguinte modo: “Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo não amparado por *habeas corpus*, seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder”.

Sob a Constituição de 1946 o remédio adquiriu sua maturidade e seu pleno desenvolvimento, regulamentado que foi pela Lei 1.533, de 31.12.1951, com alterações pontuais por diversas leis. Sob aquela Constituição e essa lei, a doutrina e a jurisprudência resolveram os problemas fundamentais que aquele enunciado suscitava, como o conceito de “ato de autoridade”, seu objeto e seu cabimento no caso de omissão da autoridade em praticar atos de sua competência, o problema da coisa julgada e, especialmente, o conceito de “direito líquido e certo” como direito “que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado 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 sua existência for duvidosa; se sua extensão ainda não estiver delimitada; se seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais”.<sup>46</sup> E assim prosseguiu nas Constituições de 1967 e 1969 que tinham, como visto, enunciados iguais àquela.

A Constituição de 1988 contempla duas formas de *mandado de segurança*: (a) o *mandado de segurança individual* (art. 5º, LXIX), tal como previram as Constituições anteriores, desde a de 1934, com a finalidade de proteger *direito subjetivo individual* líquido e certo; (b) o *mandado de segurança coletivo* (art. 5º, LXX).

O primeiro, *garantia individual*, consta do art. 5º, LXIX, com o seguinte enunciado: “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”. Visa, como já vimos, a amparar direito pessoal líquido e certo. Só o próprio titular desse direito tem legitimidade para impetrar

46. Hely Lopes Meirelles, *Mandado de Segurança e Ações Constitucionais*, 33ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2010, p. 37. Há uma vasta bibliografia sobre o mandado de segurança.

o mandado de segurança individual, que 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" já entravam 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. O art. 5º, LXIX, 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 no último grupo os exercentes de funções delegadas (concessionários e permissionários de obras ou serviços, serventuários, notários e oficiais de registros públicos e exercentes de atividades sujeitas a autorização do Poder Público). Logo, no segundo grupo entram todos os agentes de pessoas jurídicas privadas que executem, a qualquer título, atividades, serviços e obras públicas.

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>47</sup> Cabe também contra ato disciplinar, porque a vedação prevista no art. 5º, III, da Lei 1.533/1951 era inconstitucional, por isso a nova Lei do Mandado de Segurança (Lei 12.016, de 7.8.2009) a suprimiu do novo art. 5º. 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>48</sup> Não tem cabimento contra lei em tese, salvo se se tratar de lei de efeitos concretos.

O *mandado de segurança individual* é, assim, um remédio constitucional, com natureza de ação civil, posto à disposição de titulares de

47. 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" (TFR-1ª Seção, MS 97.662-MA, rel. Min. Evandro Queiros Leite, 13.4.1983, v.u., DJU 5.5.1983, p. 5.907).

48. Cf.: Carlos Mário da Silva Velloso, "Do mandado de segurança", RDP 55-56/333; Hely Lopes Meirelles, *Mandado de Segurança e Ações Constitucionais*, cit., 33ª ed., p. 52.

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.

### 5.5 Mandado de segurança coletivo

O *mandado de segurança coletivo* consta no art. 5º, LXX, da CF de 1988 e *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>49</sup>

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.

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 ideia 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*.

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>50</sup> Há ponderações a fazer quanto a isso, pois não se pode, por exemplo, 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

49. O mandado de segurança coletivo surgiu de sugestão da Subcomissão de Garantia da Constituição, Reforma e Emendas, conforme o art. 29 do anteprojeto, que teve como Relator o constituinte Nelton Friedrich.

50. Celso Agrícola Barbi, *As Novas Dimensões do Mandado de Segurança*, tese apresentada no Seminário sobre os Novos Direitos Fundamentais na Constituição Brasileira, Hotel Glória, Rio de Janeiro, 12-16.12.1988. Sobre o mandado de segurança coletivo, cf., ainda: Lúcia Valle Figueiredo, *Perfil do Mandado de Segurança Coletivo*, São Paulo, Ed. RT, 1989, e "Partidos políticos e mandado de segurança coletivo", RDP 95/37; 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.

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>51</sup>

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>52</sup> É uma tese que também merece reflexão. As primeiras redações constituintes do mandado de segurança coletivo 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>53</sup> A redação do texto, realmente, vincula a defesa de seus membros e associados às entidades relacionadas na alínea “b”, pelo quê, 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

51. Em sentido contrário: Uadi Lamêgo Bulos, *Mandado de Segurança Coletivo (outros Estudos)*, Salvador, Editora Distribuidora de Livros, 1974, p. 25.

52. Celso Agrícola Barbi, *As Novas Dimensões do Mandado de Segurança*, cit.

53. As redações nas várias fases de elaboração constitucional: *Anteprojeto Nelson 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 da 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.

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.

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?

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

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* exigem-se ao menos a ilegalidade e a lesão do interesse que o fundamenta.<sup>54</sup>

### 5.6 Mandado de injunção

*Mandado de injunção* é uma nova garantia instituída no art. 5º, LXXI, da CF de 1988, com o seguinte enunciado: “conceder-se-á man-

54. Celso Agrícola Barbi diz – a nosso ver, com razão: “Quando o pedido for de partido político, bastam 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” (*As Novas Dimensões do Mandado de Segurança*, cit.) – 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*, São Paulo, Ed. RT, 1990, p. 220. Porém, Uadi Lamêgo Bulos (*Mandado de Segurança Coletivo (outros Estudos)*, 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 esse signo é amplo e abrangente.

dado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”.

Constitui 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 instrumento da realização prática da disposição do art. 5º, § 1º.

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 comumente 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 se encontrarão muitas hipóteses de ocorrência de 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 leis, 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.

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, por exemplo, 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 decisão judicial sobre aviso prévio proporcional quem não está empregado.

Resta saber o que se deve entender por “norma regulamentadora”. Muitos direitos constam de normas constitucionais que preveem uma lei ordinária ou uma lei complementar para terem efetiva aplicação. Nessas hipóteses é fácil verificar a norma pendente de regulamentação. Há casos, 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. 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).

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 seu exercício. Não visa a 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 à 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: (a) 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; (b) o constituinte, em várias oportunida-

des, na elaboração constitucional, negou ao cidadão legitimidade para a ação de inconstitucionalidade; por que teria ele que fazê-lo por vias transversas?; (c) 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, esta será genérica, impessoal, abstrata – vale dizer, por si, não satisfatória de direito concreto; a segunda via: obtida a regulamentação, teria ainda que reivindicar sua aplicação em seu favor, que, sendo negada, o levaria outra vez ao Judiciário para concretizar seu interesse, agora por outra ação, porque o mandado de injunção não caberia.

Enfim, o conteúdo da decisão consiste na outorga direta do direito reclamado.<sup>55</sup> O impetrante age na busca direta do direito constitucional em

55. 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 22.4.1987, na 3ª reunião da Subcomissão dos Direitos Políticos, dos Direitos Coletivos e Garantias, clamou pela criação de um *mandamus*, uma forma de processo pela qual alguém possa exercitar 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 formação. Cf. nesse sentido, Herzeleide Maria Fernandes de Oliveira, “O mandado de injunção”, *RIL* 100/47 e ss.; também Senador Alfredo Campos, “O mandado de injunção”, *Jornal Hoje em Dia* 17.10.1988, Belo Horizonte. 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 n. 155-4: “Sempre que se caracterizar a inconstitucionalidade por omissão, conceder-se-á ‘mandado de injunção’, observando o rito processual estabelecido para o mandado de segurança”; a de n. 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 n. 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 26.5.1987, pelo Relator da Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais, Deputado Constituinte

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>56</sup> Não foi esta, lamentavelmente, a

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 a permitir que a letra constitucional, à falta de lei complementar ou ordinária que a regule, se torne realmente autoaplicável”. Darcy Pozza acolheu na Sugestão 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 mandado 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. Constatou o § 37 do art. 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 de 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.

56. Cf. Wander Paulo Marotta Moreira, “Mandado de injunção”, *Estado de Minas* 13.9.1988, 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, Ed. RT, 1989; Irineu Strenger, *Do Mandado de Injunção*, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1988; Diomar Ackel Filho, *Writs Constitucionais*, São Paulo, Saraiva, 1988; Ulderico Pires dos Santos, *Mandado de Injunção*, São Paulo, Paumape, 1988; J. J. Calmon de Passos, *Mandado de Segurança Coletivo, Mandado de Injunção, Habeas Data*, Rio de Janeiro, Forense, 1989; Hely Lopes Meirelles, *Mandado de Segurança e Ações Constitucionais*, cit., 33ª ed., 2010; José Cretella Jr., *Writs na Constituição de 1988*, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1989; Vicente Greco Filho, *Tutela Constitucional das Liberdades*, Saraiva, 1989; Ivo Dantas, *Mandado de Injunção*, Rio de Janeiro, Aide, 1989; Aricê Moacyr Amaral Santos, *O Mandado de Injunção*, São Paulo, Ed. RT, 1989; Randolpho Gomes, *Mandado de Injunção*, Rio de Janeiro, Trabalhistas, 1989; Marcelo Figueiredo, *O Mandado de Injunção e a Inconstitucionalidade por Omissão*, São Paulo, Ed. RT, 1991; Regina Quaresma, *O Man-*

decisão do STF, que vem dando ao instituto a função de ação pessoal de declaração de inconstitucionalidade por omissão, com o quê praticamente o torna sem sentido ou, pelo menos, muitíssimo esvaziado.

Não importa a natureza do direito que a norma constitucional confere; desde que seu exercício dependa de norma regulamentadora, e desde 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, por exemplo, nas relações de emprego privado, hipóteses de direitos previstos no art. 7<sup>o</sup>.

Finalmente, cumpre esclarecer que o disposto no art. 5<sup>o</sup>, LXXI, não depende de regulamentação para ser aplicado. O texto tem todos os elementos suficientes à sua imediata aplicação, reforçada essa aplicabilidade direta com o disposto no § 1<sup>o</sup> 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*).

O STF, no primeiro momento, rejeitou essa teoria concretista do mandado de injunção aqui sustentada; mas, em virtude das modificações de sua composição, sua jurisprudência vai cada vez mais se aproximando dela.

### 5.7 “Habeas data”

O *habeas data* (art. 5<sup>o</sup>, LXXII, da CF de 1988) é 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) a 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) a conservação de dados falsos ou com fins diversos dos autorizados em lei.<sup>57</sup>

Firmin 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,

*dado de Injunção e a Ação de Inconstitucionalidade por Omissão, Teoria e Prática*, 3<sup>a</sup> ed., Rio de Janeiro, Forense, 1999.

57. Cf. Firmin Morales Prats, *La Tutela Penal de la Intimidad: Privacy e Informatica*, Barcelona, Destino, 1984, p. 329.

no sentido de direito ao controle da circulação de dados pessoais. As Constituições da Espanha (art. 18) e a de Portugal (art. 35<sup>o</sup>) dispõem, respectivamente, sobre o controle do uso da Informática e sobre o direito de conhecer o que constar de registros informáticos a respeito da pessoa. Mas nenhuma delas e nenhuma outra criou um meio específico de invocar a jurisdição para fazer valer esses direitos reconhecidos.<sup>58</sup> A Constituição de 1988 não traz 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 (art. 5<sup>o</sup>, LXXII), *in verbis*: “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”.

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, são *personalíssimos* do titular dos dados, do impetrante, que, no entanto, pode ser brasileiro ou estrangeiro. Mas uma decisão do ainda Tribunal Federal de Recursos-TFR (agora, STJ), em Plenário, admitiu que os herdeiros legítimos do morto ou o cônjuge

58. A partir dessas constatações, propusemos perante a Comissão Provisória de Estudos Constitucionais (Comissão Afonso Arinos) um anteprojeto de Constituição cujo art. 17 reconhecia 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 fossem aprovados num único dispositivo, ou seja: reconhecia-se o direito mediante sua garantia específica (art. 6<sup>o</sup>, § 52). Daí sofreu modificações para pior, até o texto do atual art. 5<sup>o</sup>, LXXII, objeto de nossas considerações no texto.

superstite poderão impetrar o *writ*.<sup>59</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.

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, importando atualização, correção e até supressão, quando incorretos. Em relação ao direito de retificação, o dispositivo constitucional faculta 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. Sustentar o contrário é pretender enquadrar instituto novo em velhos esquemas de um procedimentalismo superado. O processo do *habeas data* pode desenvolver-se em duas fases. Na primeira, o juiz, de plano, manda notificar o impetrado para apresentar os dados do impetrante, constantes de seu registro, no prazo que estipular; juntados os dados, o impetrante terá ciência deles, devendo manifestar-se em prazo determinado. Se nada tiver a retificar, di-lo-á, e se arquivará o processo. Se tiver retificações a fazer, dirá quais são, fundamentadamente, mediante aditamento à inicial, e então o juiz determinará a citação do impetrado para a contestação, se quiser, prosseguindo-se nos termos do contraditório.<sup>60</sup>

“Entidades governamentais” é 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.

59. HD 001-DF, DJU 2.5.1989, Seção I, p. 6.774.

60. Cf., para pormenores, José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, cit., 34ª ed., pp. 454 e ss.

Essa doutrina, que já constava de minhas obras sobre o tema,<sup>61</sup> 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”.

O rito processual do *habeas data* foi disciplinado pela Lei 9.507/1997. 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 que será deferido ou indeferido no prazo de 48 horas, comunicada a decisão ao requerente em 24 horas. Se 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 10 dias. Indeferido o pedido de acesso às informações, ou verificado o transcurso do prazo de 10 dias sem decisão, ou recusada a retificação pleiteada, ou decorridos mais de 15 dias sem decisão ou, ainda, recusadas 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 CPC, pleiteando a concessão de *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 10 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 prova da sua entrega a este ou da recusa seja de recebê-lo, seja de dar 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 registros e bancos de dados; (b) em juízo, a prova da retificação ou da anotação feita nos assentamentos do impetrante. Da sentença cabe apelação, que só terá efeito devolutivo. O pedido de *habeas data* poderá ser renovado se a decisão denegatória não lhe houver apreciado o mérito.

61. José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, cit., 34ª ed., pp. 454 e ss., e *Mandado de Injunção e Habeas Data*, cit., pp. 53 e ss.

### 5.8 Ação popular

A origem das ações populares perde-se na história do Direito Romano. O nome “ação popular” deriva do fato de se atribuir ao povo, ou a parcela dele, legitimidade para pleitear, por qualquer de seus membros, a tutela jurisdicional de interesse que não lhe pertence, *ut singuli*, mas à coletividade. O *autor popular* faz valer um interesse que só lhe cabe *ut universi*, 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 à 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)*.

O instituto entrou cedo no Constitucionalismo brasileiro, pelas portas do art. 157 da Constituição do Império, mas antes ele já figurara na doutrina das ações. Então, para denotar suas vicissitudes na legislação pátria, vamos apresentar um pequeno esboço histórico, de que se tem uma versão no nosso livro sobre a ação popular.<sup>62</sup>

#### 5.8.1 Regime das Ordenações

No regime das Ordenações ela era admitida na doutrina das ações.<sup>63</sup> Constituíam uma reminiscência do velho Direito Romano. Corrêa Telles dá seu conceito, em que destaca sua finalidade restrita, dizendo que *ações populares* são as que podem ser intentadas por qualquer pessoa do povo, para conservação ou defesa de coisas públicas.<sup>64</sup> Acrescenta que nada obsta a qualquer pessoa do povo poder demandar contra a usurpação de coisas de uso público ou embargar obra nociva ao lugar público, como a rua, o mar, o rio público.<sup>65</sup> Essa é a opinião também de João Mendes Jr., que, após repetir, pouco mais ou menos, a lição de Corrêa Telles, sustenta

62. José Afonso da Silva, *Ação Popular Constitucional*, 2ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2007, pp. 32 e ss.

63. Cf. Seabra Fagundes, “Da ação popular”, *RDA* 6/1-19: “Há, entretanto, sem texto de lei expresso, preciosa reminiscência doutrinária da sua admissibilidade para defesa dos *lugares públicos, das coisas do domínio e uso comuns do povo*”.

64. José Homem Corrêa Telles, *Doutrina das Ações*, acomodada ao Foro do Brasil por Teixeira de Freitas, Rio de Janeiro, B. L. Garnier Livreiro Editor, 1880, § 11.

65. Idem, § 11, nota n. 13. Cf. também a edição anotada por Pontes de Miranda, Rio de Janeiro, Jacintho Ribeiro dos Santos Editor, 1918, nota 2 ao § 14.

que, “não havendo lei pátria revogando a Lei 2, § 34, do *Digesto*, Livro 43, Título 13, no *quid in loco publico*, nem a Lei 1 do *Digesto*, Livro 43, Título 13, *de operis novi nunciacione*, e outras que estabelecem regras para estes interditos, permanece a ação popular, ainda que o autor não tenha interesse singular, direto e imediato, contra quem usurpou ou turbou os logradouros e baldios públicos”.<sup>66</sup>

Constata-se, assim, que a ação popular do Direito Romano era admitida entre nós, embora sem lei que a consignasse expressamente. Mas sua admissibilidade se restringia à defesa de logradouros públicos, das coisas de domínio e uso comum do povo. Para esses casos Teixeira de Freitas defendia o cabimento do embargo de obra nova, oposto por qualquer do povo, mormente tendo para isso algum interesse.<sup>67</sup>

#### 5.8.2 Ação popular na Constituição do Império

No regime imperial, além de sua admissibilidade doutrinária na forma prevista acima, a ação popular é anotada em raros textos legais, merecendo destaque o art. 157 da Constituição do Império. Essa Carta Magna reprimia os abusos de poder e prevaricação que juízes de direito e oficiais de justiça cometessem no exercício de seus cargos (art. 156) e dispunha, no mencionado art. 157: “Por suborno, peita, peculato e concussão, haverá contra eles a ação popular, que poderá ser intentada dentro de ano e dia pelo próprio queixoso ou por *qualquer do povo*, guardada a ordem do processo estabelecido na lei”.

Interessante notar ser o citado, talvez, o único texto legislativo que nomeia dita ação como “popular” antes da Lei 4.717/1965. Aí se pode ver uma versão moderna da *actio de corrupto albo* (fr. 7, pr. *De iurisdictione*, 2, 1, D), pois se trata de defender a pureza da jurisdição.

Além dessa hipótese, era a ação popular prevista, sob certo aspecto, no art. 2º, § 2º, e nos arts. 3º e 4º do Decreto 2.691, de 19.11.1860, que disciplinava os casos de falência dos bancos e outras companhias e sociedades anônimas, permitindo, “quando houver emissão ou conservação na circulação de títulos ilegais por parte do banco, ao lado das providências administrativas (policial ou fiscal), a apreensão judicial por denúncia, ou requerimento de *qualquer pessoa do povo*”.<sup>68</sup>

66. João Mendes Jr., *Direito Judiciário Brasileiro*, 5ª ed., Rio de Janeiro-São Paulo, Freitas Bastos, 1960, p. 106.

67. Teixeira de Freitas, nota 14 ao § 95 do *Doutrina das Ações* de Corrêa Telles, cit. Cf. também Seabra Fagundes, “Da ação popular”, cit., *RDA* 6/1-19.

68. Cf. Seabra Fagundes, “Da ação popular”, cit., *RDA* 6/1-19, n. 8.

### 5.8.3 Ação popular no regime da Constituição de 1891 e do Código Civil de 1916

A primeira Constituição republicana não acolheu a ação popular – nem mesmo aquela de caráter penal, prevista na Constituição do Império. Ficou ela, por conseguinte, reduzida à defesa de logradouros e baldios públicos (conforme admitia a doutrina das ações dos velhos praxistas) e àquela fraca incidência em leis especiais, até que foi promulgado o Código Civil. Este a proscreeu, adotando doutrina defendida por Clóvis e bem traduzida nestas palavras de Manuel Aureliano de Gusmão: “No estado atual, porém, não só do nosso Direito, como do Direito da quase totalidade das Nações civilizadas, não mais há lugar ao exercício das ações populares; e a razão é que, conforme já tivemos ensejo de dizer, na organização jurídica hodierna, por um lado, os atos que, no Direito Romano, autorizavam as ações populares ou passaram a constituir crimes definidos e punidos pelas leis penais, ou a ser objeto de leis de polícia, de leis provinciais, comunais, e, por outro lado, a função judiciária de velar pela guarda e conservação dos bens públicos e de defender, em juízo, os interesses sociais e coletivos é exercida pelos representantes do Ministério Público, para tal fim criado e instituído no organismo político da generalidade dos povos cultos”.<sup>69</sup>

Andrade Figueira pretendeu introduzir o instituto no Direito Brasileiro quando da discussão do art. 185 do projeto de Código Civil. A ideia, como já vimos, foi combatida por Clóvis Beviláqua, que, após discorrer sobre as ações populares do Direito Romano, afirmou que sua existência “se compreende em um Estado do Direito em que a organização política não está suficientemente desenvolvida, de modo que seja indispensável que os particulares estejam velando pelos interesses públicos”.<sup>70</sup>

O certo é que o art. 185 do projeto se transformou no art. 76 do CC de 1916, com a norma de que, para propor ou contestar uma ação, é necessário ter legítimo interesse econômico ou moral – o que foi reproduzido no art. 2º, *caput*, do CPC de 1939, reproduzido em essência no

69. Manuel Aureliano de Gusmão, *Processo Civil e Comercial*, 4ª ed., São Paulo, Saraiva, 1939, p. 303. Cf. também Clóvis Beviláqua, *Trabalhos da Comissão Especial da Câmara dos Deputados*, vol. IV, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1902; *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado*, 12ª ed., Rio de Janeiro-São Paulo, Livraria Francisco Alves Editora, 1959, observações ao art. 76; *Teoria Geral do Direito Civil*, 7ª ed., Rio de Janeiro-São Paulo, Livraria Francisco Alves Editora, 1955, p. 262, n. II, e nota 9.

70. Clóvis Beviláqua, *Trabalhos da Comissão Especial da Câmara dos Deputados*, cit., vol. IV – onde é reproduzido o debate entre os dois juristas.

art. 3º do CPC vigente. A jurisprudência pouco vacilou diante dos termos do dispositivo. Só admitia a ação se o autor tivesse também interesse na hipótese configurada. Disso é exemplo este trecho de decisão de que foi relator Costa Manso: “Se é certo que o art. 76 do CC mostra ter sido abolida a ação popular, ao indivíduo é facultado agir em defesa do uso público quando o obstáculo oposto a este uso o prejudique diretamente. Ninguém pode impedir arbitrariamente a frequência aos lugares públicos, e se isto acontece o prejudicado pode propor ação, fundando-a no direito ao uso da coisa pública, direito, este, que lhe compete *ut universi*, embora a ação seja intentada *ut singuli*”.<sup>71</sup>

Vislumbra-se, contudo, uma reminiscência da ação popular, ao dizer que o autor agia *ut universi*.

Outras decisões foram mais rigorosas, como esta: “Se alguém edifica em terreno que é praça pública, a interessada direta na questão é a Municipalidade, a qual teria direito de defender sua posse ou propriedade, por meio de ação competente, e jamais o autor, visto não ser admissível. no estado atual do nosso Direito, o uso das denominadas ações populares, destinadas à defesa das coisas públicas”.<sup>72</sup> Ou, então: “O cidadão não tem interesse legítimo para anular ato da Municipalidade que vende terrenos de uma praça pública, salvo quando isto atingir os direitos patrimoniais do indivíduo”.<sup>73</sup>

Apesar disso, a ação popular começou a impor-se na legislação brasileira, ainda no regime do Código Civil de 1916. Em matéria eleitoral, era geralmente legítima a reclamação de qualquer do povo, em forma de representação. Afora isso, merece referência a Lei baiana n. 1.384, de 24 de maio de 1920 (Lei de Organização dos Municípios da Bahia), que admitia uma ação popular de tipo supletivo, como as que surgiram na Itália em meados do século XIX. O art. 31 da lei baiana dispunha: “É permitido a *qualquer habitante do Município, em nome e no interesse deste, intentar as ações judiciais competentes*, para reivindicar ou reaver quaisquer bens ou direitos que ao Município tenham sido usurpados ou estejam indevidamente possuídos por terceiros, contanto que tais ações sejam propostas, se o Intendente recusar-se a intentá-las e se nada providenciar a respeito o Conselho, depois de lhes haver sido apresentada uma exposição circunstanciada do direito que se pretende valer, a qual

71. *Votos e Acórdãos*, p. 290; o texto é reproduzido em Antônio Pereira Braga, *Exegese do Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro, Aide, 1981, p. 230, caso 172.

72. Acórdão da Corte de Apelação de São Paulo, *RF* 70/296.

73. Acórdão da Corte de Apelação de Minas Gerais, *RF* 71/342; reproduzido em Pereira Braga, ob. cit., p. 230, caso 171.

pode ser pelo expositor publicada pela imprensa, quando nem o Conselho nem o Intendente o tenham feito no prazo de dez dias. Parágrafo único. Quem tiver intentado a ação e obtido sentença final favorável terá direito a ser indenizado pelo cofre municipal das despesas feitas com o pleito e que não forem pagas pela parte vencida, salvo o direito regressivo do Município".<sup>74</sup>

#### 5.8.4 Ação popular no regime da Constituição de 1934

Mas foi o inciso 38 do art. 113 da Constituição de 1934 que introduziu o instituto em nossa ordem jurídica. *In verbis*: "Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a declaração de nulidade ou a anulação dos atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios".

É interessante acompanhar sinteticamente a formação do instituto na Constituição de 1934. Não era consignada no denominado "Projeto do Itamaraty", que serviu de base à formação daquela Carta Constitucional. Na Constituinte formou-se a chamada "Comissão dos 26 Membros". Esta era presidida por Carlos Maximiliano, tendo como Vice-Presidente Levi Carneiro e como Relator-Geral Raul Fernandes; estes formaram o que se chamou de "Pequeno Comitê", a que a Comissão confiou a tarefa de revisão de relatórios parciais. Foi nesse Pequeno Comitê que se insinuou a ideia da instituição da ação popular. Levi Carneiro conta que se preocupou profundamente com a necessidade de facilitar a provocação judiciária sobre a ilegalidade ou inconstitucionalidade de atos do Governo ou do Legislativo ou sobre atos lesivos ao patrimônio nacional, por parte de todos os cidadãos.<sup>75</sup> Mas no Pequeno Comitê foi dissuadido pelas ponderações de seu colega Raul Fernandes, que julgava perigosa a medida, "dado que todos os atos da Administração poderiam ser continuamente postos em xeque e, por vezes, maliciosamente, desde que, em nossos próprios anais judiciários, temos precedentes de questões intentadas em juízo, tendenciosamente, por homens de palha, visando a uma decisão judiciária que favoreça à situação aparentemente atacada".<sup>76</sup> Por isso, o projeto que saiu da Comissão dos 26 ainda não contemplava a ação

74. Assim também dispunha o art. 81 da Lei estadual baiana 1.102, de 11.8.1915, conforme anota Ary Florêncio Guimarães em sua monografia *Aspectos da Ação Popular de Natureza Civil*, tese de concurso à Cadeira de "Direito Judiciário Civil" da Faculdade de Direito do Paraná, ed. do autor, s/d., n. 18, pp. 34-35 – onde colhemos o texto daquele dispositivo transcrito acima.

75. Levi Carneiro, *Pela Nova Constituição*, Rio de Janeiro, A. Coelho Branco Filho Editor, 1937, pp. 336-337 – onde está narrado o debate sobre o assunto.

76. *Idem*, p. 336.

popular. Em Plenário esse projeto foi aprovado em globo, ressalvadas as emendas, para cuja apresentação se deu o prazo de 30 dias, nos quais ficou, também, aberta a discussão.<sup>77</sup> Foi aí que surgiu a emenda instituindo a ação popular.<sup>78</sup> Levi Carneiro combateu a amplitude com que era consagrada, "sem freios, restrições, sem ressalvas".<sup>79</sup> Em princípio, pronunciou-se favoravelmente à adoção do instituto, com restrições, *in verbis*: "Para efetividade das normas que a Constituição estabelece, há que contar com a vigilância dos cidadãos. É preciso, pois, facultar-lhes a reclamação judicial contra as transgressões cometidas. Receeu a douta Subcomissão os perigos das chamadas ações populares. Condicionei, então, a iniciativa judiciária dos cidadãos a prévia autorização do Conselho Nacional, como consta da Emenda 32, isto é, depois de reconhecida, pelo mesmo Conselho, a relevância, *prima facie*, dos fundamentos legais da reclamação. Nem assim, porém, logrei para a sugestão o voto de meus eminentes Colegas. Pareceu-me, no entanto, que sem essa possibilidade não se conseguirá assegurar a observância de muitos e muitos dispositivos da Constituição".<sup>80</sup>

Por isso, dizia-se na situação difícil de quem, "aplaudindo a ideia inicial, tem de recusar apoio à forma por que se apresentava na emenda".<sup>81</sup>

Quem a defendeu com ardor foi o Deputado pela Bahia, Marques Reis.<sup>82</sup> A emenda foi aprovada em Plenário, surgindo a ação popular na última fase de elaboração constitucional no inciso 38 do art. 113, na forma transcrita no início destas considerações.

A duração efêmera da Constituição de 1934 não propiciou o uso do instituto. Houve, contudo, tentativa de sua regulamentação ainda na vigência daquele regime constitucional, como veremos mais adiante. Mas, ao que sabemos, não foi ela intentada uma única vez. Assim mesmo surgiram, aqui e ali, pronunciamentos a seu respeito. Entre eles destaca-se o de Clóvis Beviláqua, já referido, e que dizia:

77. Cf. Afonso Arinos de Melo Franco, *Curso de Direito Constitucional Brasileiro – Formação Constitucional do Brasil*, vol. II, Rio de Janeiro, Forense, 1960, n. 295. O autor dá, a partir do n. 287 (p. 187 do vol. II), excelente síntese sobre a formação da Constituição de 1934.

78. Cf. Ary Florêncio Guimarães, *Aspectos da Ação Popular de Natureza Civil*, cit., n. 20, p. 37 – onde diz que a emenda decorreu de sugestão da Bancada Paulista.

79. Levi Carneiro, *Pela Nova Constituição*, cit., pp. 336-337.

80. *Idem*, p. 499, Emenda 61.

81. *Idem*, p. 337.

82. In Levi Carneiro, *Pela Nova Constituição*, cit., pp. 336-337.

“Sem negar o caráter democrático dessa ressurreição, receio que nos venham daí inconvenientes, que a boa organização do Ministério Público evita.

“Para funções dessa classe, a sociedade possui órgãos adequados, que melhor as desempenham do que qualquer do povo.”<sup>83</sup>

Machado Guimarães também não a recebeu com entusiasmo, mas reconhecia sua elevada finalidade, ao dizer: “Ressuscitando as velhas ações populares do Direito Romano, foi, o legislador constituinte, movido pelo escopo elevado de assegurar uma tutela mais eficiente dos interesses públicos, confiando-os à fiscalização desvelada e constante dos cidadãos”.<sup>84</sup>

Haveremos de ver que não se tratou de simples ressurreição das velhas ações populares. Há diferenças fundamentais entre a nossa e aquelas; diferenças que demonstram tratar-se de institutos de natureza e finalidades bem diversas, embora conceitualmente tenham conotações idênticas. Poder-se-ia, por isso, dizer que são manifestações diversas de um instituto conceitualmente único.

#### 5.8.5 Ação popular no regime das Constituições de 1946, 1967 e 1969

Pouco mais ampliada, a ação popular ressurgiu na Constituição de 1946, após ter sido suprimida pela Carta de 1937. Nesta não havia lugar para um instituto que reentrou na ordem jurídica nacional como manifestação do espírito democrático e como garantia do cidadão. O autoritarismo do regime de 1937 não tolerava tal garantia, destinada exatamente a impedir desmandos dos gestores das coisas públicas, mediante a participação fiscalizadora do cidadão no poder administrativo.

Com a reconstitucionalização do País, em termos democráticos, era esperada sua adoção. Na Constituinte não surgiu senão uma oposição ao instituto. Ivo de Aquino, realmente, apresentou emenda supressiva do texto que reproduzia o inciso 38 do art. 113 da Constituição de 1934, sustentando que não haveria vantagem na instituição da ação popular.<sup>85</sup> Ferreira de Sousa, que havia apresentado emenda ampliativa para abran-

83. In RT 97/18 e ss.

84. Luís Machado Guimarães, “A ação popular e coisa julgada”, *Boletim do Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros* XIV/227 e ss.

85. Cf. José Duarte, *A Constituição Brasileira de 1946, Exegese dos Textos à Luz dos Trabalhos da Assembleia Constituinte*, vol. III, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1947, pp. 62-63.

ger as entidades autárquicas, contestou, dizendo que o dispositivo em apreço é de fundo essencialmente democrático, grandemente moralizador de uma justiça perfeita.<sup>86</sup> Mário Masagão também tomou parte na elaboração do dispositivo, dando sugestões de aperfeiçoamento.<sup>87</sup>

Finalmente, do Plenário saiu a ação popular na forma prevista no § 38 do art. 141 da Constituição de 1946. Incluíram-se também no âmbito de controle da ação popular os atos lesivos ao patrimônio das autarquias e das sociedades de economia mista – o que não ocorria no regime da Constituição de 1934. Atendeu-se, assim, ao processo evolutivo da Administração Pública, que, naquele tempo, se descentralizava por meio de entidades autárquicas, bem como ao fenômeno do intervencionismo estatal através de empresas públicas e sociedades de economia mista.

A Constituição do Brasil, de 1967, manteve o instituto no § 31 do art. 150, com enunciado bem diverso do que tinha o § 38 do art. 141 da Constituição de 1946. Não mais especificava as entidades cujo patrimônio merecesse proteção pela ação popular; em vez disso, usava a expressão genérica “patrimônio de entidades públicas”, em que não se compreendem as sociedades de economia mista e empresas públicas, que têm natureza e estrutura de *entidades privadas*. A Lei 4.717/1965, contudo, manteve a enumeração abrangente de tais entidades, entre outras.

A Constituição de 1969, promulgada como Emenda 1 àquela, manteve, no seu art. 153, § 31, a ação popular nos mesmos termos daquela. Agora, porém, a fonte do instituto é o inciso LXXIII do art. 5º da CF de 1988, que não se limitou a repetir os enunciados anteriores, porque lhe deu nova formulação, ampliando seu objeto para amparar novos interesses, como se verá em seguida.

#### 5.8.6 Ação popular na Constituição de 1988

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

Ela, como se vê, dá a oportunidade de o cidadão exercer diretamente a função fiscalizadora, que, por regra, é feita por meio de seus repre-

86. Idem, p. 63.

87. Idem, pp. 62-63.

sentantes nas Casas Legislativas. Mas ela é também uma *ação judicial*, porquanto consiste num meio de invocar a atividade jurisdicional visando à 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.

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 à *tutela de interesses coletivos*, não de interesse pessoal. Por isso a incluímos aqui, e não entre as garantias políticas.

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.

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.<sup>88</sup>

## 6. Apreciação

Esta síntese mostra que a Constituição formula e garante os direitos humanos de maneira ampla e moderna. Mas, como já acenamos antes, a questão dos direitos humanos não está apenas em sua formulação constitucional. Já não bastam sua positivação e subjetivação para que sejam efetivados no cotidiano da maioria do povo, pois a experiência brasileira tem demonstrado que sua reiterada afirmação nos textos constitucionais não tem sido garantia necessária e suficiente de sua efetividade.<sup>89</sup> O povo tem enorme confiança, por exemplo, no mandado de segurança. Mas muitos raramente têm a oportunidade de usá-lo, pois milhões de pessoas estão tão à margem da ordem jurídica que nunca dispõem de direito líquido e certo a ser defendido por aquele instrumento. A estrutura social do País não favorece a existência real dos direitos humanos. Estamos

88. Para pormenores e a doutrina da ação popular, cf. José Afonso da Silva, *Ação Popular Constitucional*, cit., 2ª ed., 2007.

89. Cf. José Eduardo Faria, “Mitos e conflitos: os direitos humanos no Brasil”, in José Eduardo Faria (org.), *A Crise do Direito numa Sociedade em Mudança*, Brasília, UnB, 1988, p. 52.

vivendo, sim, um momento histórico de amplas liberdades políticas, o que é extraordinariamente saudável e condição necessária para a luta pela efetivação da promessa de nossa Constituição quando, no “Preâmbulo”, se propõe a instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos e quando afirma, no art. 1º, que a República Federativa do Brasil se constitui em Estado Democrático de Direito que tem como fundamento, entre outros, a dignidade da pessoa humana.

Essa dignidade não será, porém, autêntica e real enquanto não se construírem as condições econômicas, sociais, culturais e políticas que assegurem a efetividade dos direitos humanos, num regime de justiça social. O País vive, sim, num regime de amplas liberdades, mas não vive ainda num regime democrático, se entendermos por “Democracia” um processo de realização de valores essenciais de convivência humana, que se traduzem basicamente nos direitos humanos. Regime que não pode existir verdadeiramente num País de grandes misérias, mormente quando esse País é o quarto produtor de alimentos do mundo; regime que não pode tolerar a extrema desigualdade, as enormes distâncias sociais, onde os 10% mais ricos se apropriam da metade da renda nacional, os 50% mais pobres ficam com apenas 13,6% dessa riqueza, o 1% mais rico tem participação praticamente igual (13,13%), onde 65% vivem na pobreza ou miséria, dos quais 54% são crianças, 24.000.000 de crianças vivem na miséria, 23.000.000 na pobreza, 33% das famílias ganham menos que um salário mínimo, e este fica em torno da quantia de 250 dólares mensais.<sup>90</sup>

Um triste capítulo do desrespeito ao direitos humanos no País sempre foi a violência policial. Durante a Ditadura Militar essa violência foi instrumentada especialmente pela ação das Polícias Militares dos Estados, já que as Secretarias de Segurança Estaduais eram dirigidas por representantes das Forças Armadas, do Exército principalmente, com a incumbência de manter a ordem nos Estados em função do regime. A violência contra civis era estimulada, criaram-se mecanismos ou unidades policiais com o propósito de eliminar delinquentes civis. Em São Paulo os secretários de segurança que dirigiram o aparelho policial nos anos de 1970 e início de 1980 estimularam a violência da Polícia Militar

90. Cf.: Hélio Jaguaribe, *Brasil, Reforma ou Caos*, São Paulo, Paz e Terra, 1989, pp. 17-18; e John Drexel e Leila Rentroia Iannone, *Criança e Miséria*, 6ª ed., São Paulo, Moderna, 1991, pp. 14-15.

mediante atribuição de prêmios de bravura quando o policial eliminava civis, geralmente pobres e negros. Há ex-policiais daquele tempo que ainda se gabam de ter matado mais de 50 civis tidos como bandidos, não raro por mera execução, e se orgulham das promoções por bravura que receberam. Os anos de 1987 a 1994 foram de grande violência da Polícia Militar em São Paulo. Só para dar alguns números estarrecedores: no ano de 1991 a Polícia Militar de São Paulo eliminou mais de 900 civis, cerca de 75 por mês; no ano de 1992 essa média subiu para cerca de 100 por mês, sem contar os 111 mortos, de uma só vez, na Casa de Detenção de São Paulo (Carandiru). Quando assumimos a Secretaria de Segurança do Estado de São Paulo, a 1.1.1995, a média estava em torno de 50. Empreendemos ali, desde o início, uma luta árdua para reverter esse quadro. Propusemos ao Governador, no primeiro dia de gestão, a criação da Ouvidoria da Polícia Paulista, uma espécie de *Ombudsman*, destinada a receber denúncias, reclamações e queixas contra abusos de autoridade e corrupção das Polícias Civil e Militar do Estado, o que foi feito por decreto publicado no primeiro dia de governo (1.1.1995). O Ouvidor assumiu em novembro do mesmo ano. Embora combatido pelos maus policiais e por todos aqueles que defendiam a violência policial, prestou enorme serviços ao aperfeiçoamento da ação policial. Criamos, em setembro de 1995, o *Programa de Acompanhamento de Policial Militar Envolvido em Ocorrências de Alto Risco-PROAR*, que consistia em retirar do policiamento de rua o policial que tivesse eliminado um civil, submetendo-o a acompanhamento psicológico e a uma reciclagem profissional, para que se refizesse do trauma em que esteve envolvido. Com isso, a morte de civis, que era por volta de 34 mensais (na Capital), passou a ser em torno de 8,5. Do mesmo modo, caiu substancialmente o número de policiais mortos em ação. Outra providência de grande alcance de nossa gestão foi a criação de um seguro, pago inteiramente pelos cofres públicos, para amparar a família de policiais mortos ou invalidados em serviço. O prêmio do seguro está em torno de 50 mil Dólares.

Outra questão constrangedora para quem sustenta os valores da dignidade da pessoa humana estava no sistema carcerário. Em São Paulo, sob a responsabilidade de uma Secretaria especializada (a Secretaria de Administração Penitenciária), tínhamos 43 penitenciárias, que comportavam cerca de 24.000 condenados, incluindo os sistemas fechado e semiaberto, mas abrigavam cerca de 34.000 presos. Pior que isso, porém, eram as carceragens dos distritos policiais e cadeias públicas, sob a administração da Secretaria de Segurança Pública, que dispunham de cerca de 14.000 vagas para presos processuais, presos provisórios, mas tinham, então, 34.000 presos, dos quais cerca de 17.000 condenados – e,

portanto, deveriam estar no sistema penitenciário. Havia distritos policiais e cadeias com até cinco vezes mais a sua lotação. Tudo isso eram problemas que se acumularam ao longo dos anos, sem que se construíssem estabelecimentos adequados para o cumprimento de penas impostas pelo Judiciário. Para corrigir isso, o Governador Mário Covas, do Estado de São Paulo, por nossa proposta conjuntamente com o Secretário da Administração Penitenciária, Dr. João Baptista de Azevedo Marques, empreendeu vasto programa de construção de penitenciárias. Talvez um dos programas mais arrojados no mundo nessa matéria, pois só se tinha notícia de coisa semelhante na França, onde, num programa desses, foram construídos estabelecimentos prisionais para cerca de 13.000 vagas. Pois o então Governo de São Paulo construiu 21 penitenciárias com mais de 17.000 vagas. Com isso, propiciamos melhores condições de vida carcerária aos presos, que têm direito a que suas penas não sejam agravadas com as péssimas condições de encarceramento.

É justo ressaltar o esforço que o Governo Federal e alguns Governos Estaduais (como o de São Paulo) desenvolveram no sentido de criar mecanismos de proteção aos direitos humanos. O Governo Federal lançou um importante *Programa Nacional dos Direitos Humanos*, cuja terceira edição, com acréscimos, foi promulgada em 2009, e criou no Ministério da Justiça uma Secretaria Nacional de Direitos Humanos, que vem trabalhando com afinco na efetivação daqueles programas. O Governo de São Paulo, por sua Secretaria da Justiça e Defesa da Cidadania, também lançou o *Programa Estadual dos Direitos Humanos*, que vem implementando inclusive com medidas reparatórias de danos pessoais decorrentes de violação de direitos humanos. Especialmente se criou um sistema de proteção às vítimas.

Vale ainda o texto que escrevemos há algum tempo, ou seja: “A Constituição estrutura um regime democrático consubstanciando esses objetivos de igualização por via dos direitos sociais e da universalização de prestações sociais (seguridade, saúde, previdência e assistência sociais, educação e cultura).<sup>91</sup> A democratização dessas prestações, ou seja, a estrutura de modos democráticos (universalização e participação popular), constitui fundamento do Estado Democrático de Direito, instituído no art. 1º. Resta, evidentemente, esperar que essa normatividade constitucional se realize na prática”.<sup>92</sup>

91. Cf. arts. 6º e 7º e 194, 196, 201, 203, 205, 215, 228 e 230, todos acompanhados de normas e mecanismos tendentes a fazer valer os direitos neles previstos.

92. José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, cit., 34ª ed., p. 128.