

OS REMÉDIOS CONSTITUCIONAIS

1. Os remédios constitucionais

A expressão “remédios constitucionais” designa os direitos-garantia que servem de instrumento para a efetivação da tutela, ou proteção, dos direitos fundamentais.

Como essa proteção é essencialmente confiada ao Judiciário, no direito brasileiro, são esses remédios ações especiais pelas quais se emite a pretensão à tutela de um direito por parte desse Poder¹. Ou, como ensina com precisão Alfredo Buzaid, o remédio constitucional é “uma espécie de ação judiciária que visa a proteger categoria especial de direitos públicos subjetivos”².

Na verdade, há remédios que são específicos para a garantia de um direito, como o *habeas corpus*, destinado à proteção da liberdade de locomoção etc., mas outros há, como o mandado de segurança, que servem para a proteção de diferentes direitos fundamentais, e, inclusive, de direitos não fundamentais.

A Constituição de 1988 prevê como remédios constitucionais: a) o “*habeas corpus*” (art. 5º, LXVIII); b) o *mandado de segurança* (art. 5º,

1. V. cap. 9º.

2. Apud meu *Curso de direito constitucional*, cit., p. 270.

LXIX); c) o *mandado de segurança coletivo* (art. 5º, LXX); d) o *mandado de injunção* (art. 5º, LXXI); e e) o "*habeas data*" (art. 5º, LXXII). A eles se podem acrescentar, embora tenham diferença de caráter em relação aos enumerados: f) a *ação popular* (art. 5º, LXXIII), ao menos enquanto tutela o meio ambiente; e g) a *ação civil pública* (art. 129, III), enquanto proteção do meio ambiente.

A) Direito de petição

2. O direito de petição

A esses remédios judiciais pode-se assimilar um outro, não judicial, o *direito de petição* (art. 5º, XXXIV, a). Este, com efeito, não provoca a tutela judicial, mas tem por razão de ser levar a quem de direito reivindicação individual ou coletiva. Por isso, serve, conforme a índole da reivindicação, para a defesa de direito fundamental, violado ou ameaçado de violação.

Consiste o direito de petição no poder de dirigir a uma autoridade um pedido de providências, ou de intervenção, em defesa de seus direitos ou de interesses, próprios ou coletivos. Ou, como está no texto constitucional, "em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder". É sinônimo de direito de representação, como aliás é chamado nalgumas constituições, como a Carta de 1937 (art. 122, 7º) e a Lei Magna de 1967 (Emenda n. 1/69, art. 153, § 30).

Trata-se, como observa Rivero, de uma "sobrevivência"³. Realmente, sua origem está em tempos pré-constitucionais, sendo o meio pelo qual o súdito "humildemente" se dirigia ao ministro, ou ao soberano. Mas esse direito de petição é antecedente dos outros direitos-garantia, pois — cumpre não esquecer — era o monarca quem ministrava justiça.

Hoje ainda tem ele alguma utilidade como instrumento de informação da autoridade quanto à conduta de subordinados, ou quanto a determinada situação. Não obriga essa autoridade, todavia, a qualquer providência nem mesmo a dar resposta ao peticionário. Entretanto, este poderá ser responsabilizado criminalmente se a petição contiver falsidade ou configurar delito contra a honra⁴.

3. Rivero, *Libertés publiques*, cit., p. 244.

4. Cf. Meirelles, *Direito administrativo brasileiro*, cit., p. 562.

B) Habeas corpus

3. O habeas corpus

Já se mencionou de passagem a origem do *habeas corpus*⁵. Vale aqui ir um pouco mais longe.

Tem ele raiz na Magna Carta de 1215, no n. 29, que reconhecia injusta qualquer prisão não estabelecida de direito ou decretada arbitrariamente.

Trata-se exatamente de uma medida judicial para instrumentar a norma citada. Com efeito, constitui um *writ* da *common law*, pelo qual um tribunal real reclamava a apresentação da pessoa de quem estava preso por ordem de autoridade, ou tribunal local, para que seu caso fosse apreciado pelo referido tribunal real. Claro está que a libertação da pessoa dispensava a sua apresentação, bem como o tribunal real podia ou libertar o indivíduo, ou condená-lo, se o considerasse culpado por algum delito.

Apesar de sua antiga origem, apenas logrou firmar-se no século XVII. Ainda a Petição de Direitos de 1628 reclamou a sua reiteração. Em 1679, o *Habeas-corpus act* estendeu o seu alcance para que abrangesse as prisões determinadas pelo próprio monarca. Enfim, em 1816 é que passou a enfrentar todos os casos de constrangimento, mas restritos apenas e tão-somente à liberdade de ir e vir, o *jus manendi, ambulandi, eundi ultra citroque*.

Do direito inglês o *habeas corpus* passou naturalmente para as colônias da América do Norte e assim para a ordem jurídica dos Estados Unidos da América. A Constituição de 1787 a ele se refere no art. 1º, seção 9ª. Lá, contudo, ganhou uma extensão maior, tutelando não apenas a liberdade de ir e vir, mas também outros aspectos da liberdade pessoal.

4. A adoção do habeas corpus

No Brasil, a sua adoção veio ainda no Império. O Código Criminal de 1830 já o sugeriu, mas somente o Código de Processo Penal de 1832

5. V. cap. 2º.

ilegais e apenas podia ser impetrado em favor de brasileiro. Em 1871, todavia, a lei o estendeu a estrangeiros.

A Constituição de 1891 foi a primeira a adotá-lo. Fê-lo no art. 72, § 22: "Dar-se-á o *habeas corpus*, sempre que o indivíduo sofrer ou deixar de sofrer violência ou coação por ilegalidade ou abuso de poder".

Em face desses termos amplos, juristas como Rui Barbosa sustentaram que o *habeas corpus* tinha, no direito brasileiro, amplitude maior do que no direito inglês. Ademais, essa extensão seria necessária, uma vez que somente assim se atenderia ao princípio *ubi jus ibi remedium*. Do contrário, a maioria dos direitos fundamentais não teria proteção suficiente e adequada.

Tal orientação foi, numa certa medida, acolhida pelo Supremo Tribunal Federal. Este, por volta de 1909, firmou jurisprudência no sentido de que deveria conceder-se *habeas corpus* para o restabelecimento de qualquer direito que tivesse como pressuposto a liberdade de locomoção. Ou seja, caberia para garantir a liberdade física e para garantir a liberdade de movimentos necessária ao exercício de qualquer direito, desde que certo e incontestável.

A reforma constitucional de 1926 procurou restringir o *habeas corpus* à liberdade de locomoção, mencionando expressamente esse direito na nova redação do art. 72, § 22.

Com a instituição do mandado de segurança em 1934, desapareceu a discussão. Ficou definido, como está, que o *habeas corpus* protege apenas a liberdade de locomoção.

5. A Constituição vigente

Na Constituição em vigor, o *habeas corpus* é enunciado no art. 5º, LXVIII, onde se lê: "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".

Disto decorre — sublinhe-se ponto a ponto — que o *habeas corpus* protege exclusivamente a liberdade de locomoção: o direito de ir e vir (e ficar).

Entende-se que todas as pessoas físicas têm o direito de impetrar o *habeas corpus*, em favor de qualquer pessoa física, seja o impetrante ou não.

Justifica a impetração a violação, ou a ameaça, do direito de locomoção. Portanto, cabe o *habeas corpus* como medida preventiva para impedir cerceamento da liberdade de ir e vir.

Este cerceamento, porém, para ensejar o *habeas corpus* deve ser ilegal. O texto é enfático e didático, mas não reclama mais do que isso. De fato, fala em ilegalidade, ou abuso de poder, mas este não passa de uma forma — ainda que sutil — de ilegalidade⁶. Igualmente, havendo ilegalidade, pouco importa que haja violência ou não, pois, sempre haverá coação (ilegal).

Em si o *habeas corpus* é uma ordem judicial, ordem para que se deixe de cercear, para que não se ameace cercear a liberdade de ir e vir de determinado indivíduo. Ordem que pode ser dirigida a quem quer que restrinja ilegalmente a locomoção alheia. Em geral, dirige-se ela contra o poder público, mas pode, segundo a jurisprudência, dirigir-se contra particular (p. ex., hospital que não permita que pessoa dele se retire sem saldar a conta).

6. A prisão militar

O *habeas corpus* não cabe no caso de prisão determinada com base em regulamento disciplinar de força militar. Ou, como habitualmente se diz, nas transgressões disciplinares militares. Se o cerceamento da liberdade de locomoção decorre da aplicação de poder disciplinar, previsto na legislação militar, está fora da alçada do Judiciário o seu exame (art. 142, § 2º).

Como assinala Pontes de Miranda, a transgressão disciplinar tem quatro pressupostos: 1º) "hierarquia": o transgressor deve estar subordinado a quem o pune; 2º) "poder disciplinar": a lei deve atribuir poder de punir a esse superior; 3º) "ato ligado à função": o fundamento da punição tem de ligar-se à função do punido; 4º) "pena", ou seja, sanção prevista na lei⁷.

Se faltar qualquer desses pressupostos, não houve, na verdade, transgressão disciplinar. Daí decorre que o cerceamento da liberdade de locomoção é ilegal, cabendo então a ordem judicial.

6. V. n. 7.6.

7. Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição de 1946*, 3. ed., Rio de Janeiro, Borsoi, 1960, t. 5 (art. 141, § 23).

C) Mandado de segurança

7. O mandado de segurança

O mandado de segurança é uma criação brasileira. Foi ele instituído pela Constituição de 1934, art. 113, ignorado pela Carta de 1937, mas restaurado à dignidade constitucional pela Lei Fundamental de 1946 e nela mantido pela de 1967 e pela atual.

Entre suas fontes incluem-se os vários *writs* do direito anglo-americano e o amparo mexicano⁸. Todavia, sua principal fonte foi a doutrina brasileira do *habeas corpus*.

Conforme logo acima se apontou, vigente a Constituição de 1891, procurou-se estender o *habeas corpus* à proteção de direitos outros que não o de locomoção, o que foi alcançado, dentro de certos limites. O Supremo Tribunal Federal firmou jurisprudência no sentido de conceder *habeas corpus* em favor de qualquer direito lesado, que tivesse como pressuposto a liberdade de locomoção. Isto se o Tribunal entendesse ser "incontestável" o direito, ou seja, não pairar sobre ele dúvida razoável.

A reforma constitucional de 1926 — também já se lembrou — restringiu o *habeas corpus* à liberdade de locomoção, deixando sem proteção especial os demais direitos fundamentais. Para suprimir tal lacuna, muitos projetos foram desde logo apresentados ao Congresso, propondo a criação de remédio para os direitos outros que o de ir e vir. Assim, em 1926, foi apresentado projeto por Gudesteu Pires, objeto em 1927 de substitutivo de Afrânio de Mello Franco, e a este se seguiram muitos outros, como os de autoria de Matos Peixoto, Odilon Braga etc.

Ao mesmo tempo, a doutrina procurava firmar a tese da posse dos direitos pessoais, para que os mesmos fizessem jus aos interditos. Desenvolveu-se acesa polêmica, entre os favoráveis a essa tese, apoiados, sobretudo, no direito canônico — Lino Leme, Vicente Ráo etc. — e os contrários, armados com o direito romano, Clóvis, Azevedo Marques, Jorge Americano etc.

8. V. Alfredo Buzaid, *Do mandado de segurança*, São Paulo, Saraiva, 1989.

O problema, porém, só se resolveu com a promulgação da Constituição de 1934, que cria o mandado de segurança, adotando proposta de João Mangabeira.

8. A Constituição vigente

Na Constituição de 1988, o art. 5º, LXIX, consagra esse instituto: "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".

Decorre desse texto que o impetrante há de ser o próprio titular do direito.

Por sua vez, o impetrado deve estar investido de atribuições do poder público. O texto deixa claro ponto sobre o qual muito se controverteu, ou seja, se o pólo passivo do mandado de segurança poderia ser ocupado por quem não fosse autoridade pública, mas exercesse atribuição desta. Como se vê, a última tese é que prevaleceu.

O fundamento do mandado de segurança é, como no caso do *habeas corpus*, a ilegalidade *lato sensu*, que compreende o abuso de poder.

Serve ele para proteger todo e qualquer direito líquido e certo, constitucional ou não, outro que o de locomoção e o de acesso ou correção de dados pessoais. Com efeito, o seu campo é definido por exclusão: onde não cabe *habeas corpus*, ou *habeas data*, cabe mandado de segurança.

Pressupõe o mandado de segurança ser líquido e certo o direito violado. "Direito certo e líquido", ensina Pontes de Miranda, "é aquele que... não precisa ser aclarado com o exame de provas em dilações, que é, de si mesmo, concludente e inconcusso"⁹.

De modo menos rigoroso se pode dizer que direito líquido e certo é aquele que, à vista dos documentos produzidos, existe e em favor de quem reclama o mandado, sem dúvida razoável. Claro, a dúvida é subjetiva. Não se pode esperar que não exista no espírito de qualquer um. Para que a medida seja deferida, mister se torna que não haja dúvida no espírito do juiz.

9. Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição de 1946*, cit., t. 5, p. 289.

Em si o *mandado de segurança* é uma ordem judicial, ordem para que se atenda à pretensão do impetrante, acatando-se o seu direito. Isto significa que a autoridade impetrada vai receber uma ordem para que faça ou deixe de fazer alguma coisa, isto é, atenda o que é do direito, ou respeite o que é direito do impetrante.

Note-se que, como no caso do *habeas corpus*, a simples ameaça de violação do direito líquido e certo enseja o *mandado de segurança*. Pode ele, pois, ser preventivo. O texto não o diz, mas isso é de nossa tradição e está na lei reguladora do instituto.

D) *Mandado de segurança coletivo*

9. O *mandado de segurança coletivo*

Está aqui uma inovação da Constituição de 1988. Aparece ela no art. 5º, LXX, onde se lê: "O *mandado de segurança coletivo* pode ser impetrado por: a) partido político com representação no Congresso Nacional; b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados"¹⁰.

Não é, todavia, clara a inspiração desse instituto cujo significado e alcance têm ensejado dúvidas e controvérsia. De fato, o texto constitucional trata um instituto novo, desconhecido da doutrina, como se fosse algo com que todos tivessem convívio. Realmente o preceito citado não diz a que vem o instituto, cuida apenas da legitimação (ativa) para a sua impetração.

10. O caráter coletivo

O primeiro ponto controverso concerne ao próprio cerne do *mandado*. Por que é ele "coletivo"? Por poder ser impetrado por uma coletividade, isto é, por uma pluralidade de pessoas em defesa de direitos iguais de que cada uma é titular, a seu lado? Por poder ser impetrado por uma coletividade, isto é, por um grupo personalizado, em defesa dos direitos

10. V. sobre o assunto, Alfredo Buzaid, *Considerações sobre o mandado de segurança coletivo*, São Paulo, Saraiva, 1992 e, também, J. J. Calmon de Passos, *Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, habeas data*, Rio de Janeiro, Forense, 1989.

do grupo enquanto tal? Por poder ser impetrado em defesa dos chamados direitos difusos? Ou por poder ser impetrado por um ente personalizado em defesa de direitos que pertençam a toda uma classe de indivíduos, de que o referido ente, por sua finalidade, deve zelar?

Cabe aqui raciocinar por exclusão. A primeira e a segunda hipótese não exigiam a criação de um novo instituto. Nada impedia, nem impede, que uma pluralidade de pessoas se unam num litisconsórcio para impetrar um *mandado de segurança* em defesa de direitos próprios, nem que um ente personalizado o faça em defesa do objetivo coletivo que o anima (inclusive e especialmente em face do art. 5º, XXI, que legitima as entidades associativas, quando autorizadas, a representar os seus associados, mesmo em juízo). Assim, pela lógica, o *mandado de segurança coletivo* destina-se à defesa dos chamados direitos difusos e dos direitos de uma classe determinada de indivíduos.

De ambos? Sim, porque nos dois casos há uma semelhança que justifica a assimilação. O direito difuso tem por titular uma coletividade de indivíduos e entes, em tese indetermináveis, e seu objeto não é suscetível de apropriação por esses titulares separadamente. É o caso do direito ao meio ambiente sadio, ou ecologicamente equilibrado. No segundo caso, existe uma situação, derivada de fato ou de contrato, do qual decorrem direitos homogêneos no conteúdo, cujos titulares são determináveis, em tese, mas em tão grande número que isso se torna impraticável. Tome-se, por exemplo, o caso dos consumidores de um determinado produto farmacêutico, o qual venha a ser considerado nocivo. Nos dois casos, a titularidade do direito cabe a uma tal multiplicidade de indivíduos e entes que, por uma razão de economia processual, justifica a concentração do litígio, se possível numa demanda única.

A última hipótese — a da multiplicidade de titulares na mesma situação, a ensejar a multiplicação de demandas no fundo iguais — é que certamente inspirou a instituição do *mandado de segurança coletivo*. De fato, é bem conhecido o exemplo norte-americano das *class actions*¹¹.

11. V. José Rogério Cruz e Tucci, "*Class action*" e *mandado de segurança coletivo*, São Paulo, Saraiva, 1990.

11. A legitimação ativa

À luz do exposto, compreende-se a legitimação ativa enunciada no art. 5º, LXX, b. Ou seja, a que é conferida a "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".

Pode-se, com efeito, presumir que tais entes, por seus próprios objetivos, sirvam à defesa dos direitos difusos ou dos direitos de "classe". E para que isto seja indubitado, reclama o texto — no que me parece concernir apenas às entidades de classe (não sindicais) ou associações — uma certa tradicionalidade — estar em funcionamento há pelo menos um ano.

Mas todas não podem senão defender os direitos de seus membros ou associados. Isto significa que o resultado do mandado não alcança outros que não estes, inclusive em aspectos processuais, como os limites subjetivos da coisa julgada.

Insinua-se neste passo uma questão (implícita) de pertinência. O objetivo da entidade deve ter ligação com o direito pleiteado.

A legitimação também é dada a "partido político com representação no Congresso Nacional". Esta exigência de representação visa a circunscrever a legitimação aos partidos que tenham alcançado um mínimo de representatividade e não a todos os que hajam sido instituídos, nos termos do art. 17, § 2º, da Constituição. Ou seja, com personalidade jurídica na forma da lei civil e registro perante o Tribunal Superior Eleitoral.

Cabe, todavia, neste caso a condição de pertinência. A legitimação é dada para a defesa de direitos de natureza política, sobretudo, aos relacionados com a participação eleitoral.

Quanto à legitimação passiva, esta não oferece dificuldades: é de autoridade que desconheça, ou descumpra o direito invocado.

12. Interesses e direitos

Resta ainda outro problema. O texto do inciso LXX refere-se literalmente a "interesses", não a direitos, qualificados de líquidos e certos, como o inciso LXIX, referente ao mandado de segurança tradicional.

Que se depreende daí?

Ainda que se deva maldizer a falta de técnica, seguramente o inciso LXX quis alargar o âmbito do mandado de segurança, não exigindo direito subjetivo — pelo menos na visão da doutrina clássica — mas contentando-se com "interesses juridicamente protegidos", direitos subjetivos na famosa, mas esquecida, lição de Ihering¹².

O emprego do termo "interesses", em lugar de "direitos", facilmente se compreende. Basta atentar para a questão dos "direitos" difusos, aos quais muitos juristas recusam o enquadramento entre os direitos subjetivos, como os entende a doutrina tradicional¹³. Mas ninguém há de negar que, no atual estágio do direito, o meio ambiente ecologicamente equilibrado, por exemplo, seja um interesse juridicamente protegido de todos os brasileiros e estrangeiros aqui residentes.

Portanto, o termo "interesses", no art. 5º, LXX, da Constituição, abrange, de um lado, os interesses juridicamente protegidos que não constituem direitos subjetivos para a doutrina habitual, de outro, os que para esta são direitos subjetivos.

13. Natureza

O mandado de segurança coletivo é, pois, uma ação especial para a garantia de direitos, ou interesses, difusos, e de direitos de "classe", cuja titularidade é reservada aos entes enumerados nos itens I e II do art. 5º, LXX, da Constituição, contra ação ou omissão de autoridade (ou de agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições de poder público), obviamente na hipótese de ilegalidade dessa atitude.

Nada obsta tenha caráter preventivo.

E) Mandado de injunção

14. O mandado de injunção

A experiência tem demonstrado, ao longo do tempo, que alguns dos direitos e liberdades conferidos pela Constituição deixam de efetivar-se em razão da falta de norma regulamentadora que os complete.

12. Rudolf von Ihering, *La lutte pour le Droit*, trad.

13. V. Pelloux, *Vrais et faux droits de l'Homme*, *Revue du Droit Public*, cit.

Atento a essa circunstância o legislador constituinte, por um lado, instituiu a ação de inconstitucionalidade por omissão¹⁴, por outro, cunhou medida inovadora para viabilizar o exercício de direitos e liberdades constitucionais, o mandado de injunção, previsto no art. 5º, LXXI. Neste se lê: "Conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania".

15. Fonte desconhecida

Não se consegue identificar no direito comparado a fonte de inspiração do legislador constituinte, embora medidas com o mesmo nome possam ser encontradas, por exemplo, no direito inglês (e norte-americano) e no direito italiano.

O *writ of injunction* é definido como uma ordem judicial, editada por equidade, que determina a uma parte que se abstenha de fazer ou continuar a produzir algo, seja um ato particular, seja uma atividade, porque isto causaria "dano irreparável"¹⁵.

Trata-se, portanto, de medida judicial que impõe um não-fazer, razão pela qual não pode ser encarado como inspiração do mandado de injunção, cujo objetivo é o exercício de um direito, superando-se a falta de norma regulamentadora.

No direito italiano há uma *ingiunzione*. É um procedimento especial que, no dizer de Roberto Sciacchiato, "trata-se de um instituto processual mediante o qual pode conseguir-se uma decisão de condenação de forma mais simples que a do processo ordinário. Dada esta característica, o procedimento é particularmente útil para os créditos certos e munidos de prova, em relação aos quais o devedor não teria razão para resistir em juízo e poderia fazê-lo, num processo ordinário, somente com finalidade dilatória da condenação"¹⁶.

Vê-se, portanto, que aí também não está a fonte do nosso mandado de injunção.

14. V. cap. 8º.

15. Joel B. Grossman e Richards S. Wells, *Constitutional law and judicial policy making*, cit., p. 703.

16. Verbetes na *Enciclopedia del Diritto*, Milano, Giuffrè, 1971, v. 21.

Pode-se dizer, em consequência, ser uma originalidade da Constituição em vigor.

É o que confirma Paulo Lopo Saraiva, mostrando que o instituto provém de proposta do Sen. Virgílio Távora e que nada tem a ver com o direito anglo-saxônico^{16-a}.

16. A controvérsia

Entretanto, como em relação ao mandado de segurança coletivo, o constituinte tratou o mandado de injunção como um velho conhecido, sobre o qual seria perda de tempo descer a pormenores. Com efeito, ele se esqueceu de dizer qual a consequência da concessão do mandado de injunção. Daí, forçosamente, a controvérsia.

Para uns, o mandado de injunção, quando deferido, investiria o juiz do poder de editar a regulamentação necessária ao exercício do direito invocado. Contra isto milita, por um lado, a consagração da separação dos poderes — e como princípio intocável (art. 60, § 4º, III) — que seguramente não o admite, nem como exceção. Ademais, é forçoso o paralelo com a inconstitucionalidade por omissão, cujo pressuposto é o mesmo — a falta de norma regulamentadora — que não habilita o juiz a legislar, mas a "dar ciência" da lacuna ao Poder Legislativo (art. 103, § 2º).

Em vista exatamente disto, uma outra corrente sustenta que o mandado de injunção não conduz senão à comunicação da falta de norma regulamentadora. O mandado de injunção não diferiria da ação de inconstitucionalidade por omissão senão no rito, abreviado, análogo ao do mandado de segurança.

Enfim, uma terceira, intermediária, não admite que o juiz se torne legislador, mas que dê prazo ao legislador para colmatar a lacuna, sob pena de poder o direito invocado ser exercido como se existisse a regulamentação.

O Supremo Tribunal Federal já teve de se manifestar a propósito desta matéria¹⁷. Num primeiro caso, contentou-se em seguir a corrente segundo a qual o efeito do mandado de injunção é idêntico ao da inconstitu-

16-a. V. Paulo Lopo Saraiva, "O mandado de injunção, os direitos sociais e a justiça constitucional", em *Direito constitucional do trabalho*, sob a coordenação de Aluísio Rodrigues, LTr, São Paulo, 1993, p. 91 e s.

17. Oscar Vilhena Vieira, *Supremo Tribunal Federal*, cit., p. 120 e s.

cionalidade por omissão; no segundo, avançou até fixar prazo para que o legislador supra a omissão, sob pena de que, vencido esse prazo, o requerente passasse a gozar do direito.

É de se observar que esta última solução nem sempre é possível. Vale insistir que uma norma cai — normal e necessariamente — na categoria das não-auto-executáveis quando não é completa. Ora, em razão dessa incompletude é impossível seja ela aplicada, se não houver a regulamentação. Assim, quando a norma for intrinsecamente incompleta, e, portanto, inexecutável, o decurso de um prazo fixado pelo STF nada acrescenta, nem muda, a norma continua impossível de ser executada, o direito que dela decorre não pode ser utilizado. No máximo, daí resultaria a obrigação de ressarcir perdas e danos. É verdade que, como já se apontou, muitas das normas constitucionais que esperam regulamentação não são incompletas, mas sim condicionadas a lei posterior que essencialmente dispõe sobre o momento de incidência — a oportunidade. Neste caso, sim, a orientação do STF é correta.

17. Os direitos tutelados

Outro ponto de incerteza quanto ao mandado de injunção concerne aos direitos que tutela. O texto, como de hábito mal redigido, refere-se ao “exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”.

A expressão “direitos e liberdades constitucionais” sem dúvida compreende os direitos fundamentais, sejam eles “liberdades” ou não. Já as “prerrogativas” mencionadas são os direitos políticos¹⁸.

Disto resulta que, como é óbvio, não alcança outros direitos, por exemplo, os inscritos entre os direitos sociais. Realmente, a parte final — “inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania” — restringe o alcance desse mandado. Ele serve para garantir os direitos, liberdades e prerrogativas diretamente vinculados ao status de nacional (os do art. 5º, cujo caput reconhece aos brasileiros determinados direitos fundamentais, ou que possam ser deduzidos do Cap. III do Tít. II, capítulo este relativo à nacionalidade), ao de cidadão, quer dizer, o nacional politicamente ati-

vo que, como integrante do povo, o soberano na democracia, tem a participação no governo, como o direito de voto e a elegibilidade (são os direitos, liberdades e prerrogativas que podem ser deduzidos do Cap. IV do Tít. II — capítulo sobre os “Direitos políticos”).

A omissão de norma regulamentadora referente a outros campos reclama não o mandado de injunção, mas a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (v. adiante).

18. Direitos e interesses

O mandado de injunção, segundo a letra da Constituição, serve a “direitos”. Sim, mas tomada esta palavra com o significado de interesses juridicamente protegidos, na lição de Ihering. Com efeito, a doutrina tradicional não reconhece serem direitos subjetivos as normas não-auto-aplicáveis. Ora, a hipótese do mandado de injunção é exatamente um “direito” decorrente de norma não-auto-executável.

19. Competência

Quanto à competência para conceder esse mandado, ela depende da autoridade ou do órgão que se tenha omitido na elaboração da norma regulamentadora do direito ou liberdade. Assim, ela pode ser o Supremo Tribunal Federal, no caso de omissão do Legislativo ou do Presidente da República, entre outros órgãos federais (art. 102, I, q), do Superior Tribunal de Justiça noutros casos (art. 105, I, h).

20. Natureza

Em face das dúvidas sobre as conseqüências do mandado de injunção, natural é a hesitação da doutrina quanto à sua natureza. Tem ele caráter mandamental, como o mandado de segurança, ou o *habeas corpus*, ou caráter declaratório, como a ação de inconstitucionalidade por omissão de ato legislativo? Do entender do STF depreende-se a última tese.

F) Habeas data

21. O habeas data

Outra das inovações da Constituição de 1988 é o *habeas data*, que enuncia o art. 5º, LXXII: “Conceder-se-á *habeas data*: a) para assegurar

18. Hely Lopes Meirelles, *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, “habeas-data”*, 12. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, p. 93.

o conhecimento de informações relativas a pessoa do impetrante, constantes de registros ou banco 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”.

22. Espécies de *habeas data*

O texto é de má redação. Suscita, por isso, vários problemas que poderiam ser facilmente evitados.

Com efeito, do texto decorre haver dois tipos de *habeas data*.

Um, de caráter mandamental, consistente na ordem judicial para que se dê ao requerente o acesso às informações que sobre ele constem de certos bancos de dados. É o que decorre da alínea a.

Outro, de caráter condenatório, destinado a retificar tais dados.

Mas este último — e nisso está um vício do texto — tanto pode ser uma ação judicial especial — que se infere tenha a estrutura simplificada de uma ação de *habeas corpus*, donde o nome adotado — como uma ação “ordinária”, com dilação probatória.

Como se isto não bastasse, *habeas corpus* é também a designação de um processo administrativo, com a mesma finalidade da ação judicial.

E, ao pé da letra, o *habeas data* mandamental não pode ser sigiloso, mas a ação ordinária, ou o processo administrativo, de retificação pode...

23. Desnecessidade

Na verdade, o *habeas data* é uma instituição desnecessária e hoje já esquecida. Foi criado em vista da prática, do período 1964-1985, de ficharem-se os indivíduos, por motivos sobretudo político-ideológicos, sem que o interessado pudesse ter conhecimento de seu teor, que — quando se tornava conhecido por alguma razão — se verificava muitas vezes errôneo.

Mas, para tanto, não era preciso instituir uma ação especial e sim reconhecer o direito de ter acesso aos bancos de dados, com o óbvio consectário de poder corrigir as suas informações, se inexatas. Isto posto o acesso poderia ser tranqüilamente obtido por mandado de segurança. Igualmente, a correção, se não dependente de prova testemunhal ou pericial, mas apenas de prova pré-constituída, por meio também de mandado

de segurança. Ou, se dependente de provas não pré-constituídas, por um simples pedido administrativo, ou uma mera ação ordinária.

Na verdade, esse direito ao acesso a registros públicos está consagrado no art. 5º, XXXIII: “Todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado”. A Lei n. 9.507, de 12 de novembro de 1997, regula o processo do *habeas data*.

G) Ação popular

24. A ação popular

A ação popular é aqui examinada como garantia instrumental em razão de tutelar pelo menos um direito fundamental, qual seja o direito ao meio ambiente adequado. É o que decorre do art. 5º, LXXIII: “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 das custas judiciais e do ônus da sucumbência”.

Do próprio texto depreende-se que a tutela do meio ambiente é apenas um dos possíveis objetivos de uma ação popular. E um objetivo de certa forma impróprio, eis que, na sua origem romana, como no direito constitucional brasileiro — tal qual foi instituída na Constituição de 1934 (art. 113, § 38) — sua finalidade era a defesa do patrimônio público *stricto sensu*, ou seja, dos dinheiros e bens materiais pertencentes ao Estado e a suas projeções, portanto, indiretamente ao povo. Assim, ainda era na letra da Emenda n. 1/69 (art. 153, § 31).

À procura de instrumento apto à proteção do meio ambiente, ao patrimônio histórico e cultural, deram juristas e aceitaram os tribunais uma interpretação ampliada do conceito de patrimônio, com que a ação foi posta a serviço desses valiosos bens. Isto já se deu sob a Constituição anterior¹⁹.

19. Mandado de segurança, ação popular, cit., p. 119 e s.

25. Legitimidade

A ação popular é assim chamada por qualquer membro do povo, isto é, qualquer cidadão tem legitimidade para propô-la. Mas só o cidadão, quer dizer o nacional no gozo dos direitos políticos, nunca o estrangeiro, nem pessoa jurídica. A esse propósito é uniforme o entendimento que dão os tribunais ao texto constitucional.

Consiste ela no poder de reclamar o cidadão um provimento judicial — uma sentença — que declare nulos ou torne nulos atos do poder público lesivos ao, no caso que nos interessa, meio ambiente.

Hoje, em vista do art. 11 da Lei n. 4.717/65, é patente a natureza condenatória da ação popular. Af se dispõe que a decisão que der invalidade ao ato condenará a perdas e danos os responsáveis pela prática do ato e seus beneficiários.

H) Ação civil pública

26. A ação civil pública

Como a ação popular, a ação civil pública não é verdadeiramente uma garantia constitucional, mas faz as vezes de na hipótese consagrada no art. 129, III: "Para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos".

A proteção e defesa de interesses difusos e coletivos encontra no sistema processual óbices consideráveis. A ação civil pública, instituída pela Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, resolve, em parte, a questão. De fato, a referida lei disciplina "a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico". Cobre a defesa de alguns dos direitos ou interesses difusos ou coletivos, entre os quais há direitos fundamentais da terceira geração.

A legitimidade para essa ação é atribuída ao Ministério Público. Não se trata, contudo, de competência privativa do Ministério Público, conforme se verifica do disposto no § 1º do art. 129 da Constituição: "a legitimação do Ministério Público para as ações civis previstas neste artigo não impede terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo o disposto nesta Constituição e na lei".

De qualquer maneira o Ministério Público atuará, neste caso, como fiscal da lei e não como parte. Poderá, todavia, assumir a titularidade ativa no caso de desistência ou abandono da associação legitimada.

Com a expressão "outros interesses difusos ou coletivos" a Constituição parece ampliar a lei ordinária disciplinadora da ação civil pública cuja destinação está expressamente definida na lei. A identificação de eventuais "outros" interesses difusos ou coletivos ensejará a propositura da ação civil, nos termos da Constituição. É manifesta a necessidade de adaptação da lei ordinária ao texto da Lei Magna.

27. Objeto

A ação civil pública objetiva a indenização pelo dano causado destinada à reconstituição dos bens lesados. Pode também ter por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou de não fazer, cumprimento este que será determinado pelo juiz, sob pena de multa diária, independentemente de requerimento do autor.

No que se refere a danos ao meio ambiente, a Lei n. 6.938/81 (sobre Política Nacional do Meio Ambiente) adotou o princípio da responsabilidade objetiva. Efetivamente, dispõe seu art. 14, § 1º: "É o poluidor obrigado, independentemente de existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros afetados por sua atividade".

O réu apenas se escusa da condenação se provar não ser responsável pela lesão ao meio ambiente, inexistência de lesão ou que o ato ou fato não é lesivo ou está legitimado pela autoridade competente com observância das normas legais.

28. Abuso

Deve ser apontado o fato de que está ocorrendo um abuso — anteriormente ocorrera com a ação popular — relativamente à ação civil pública.

Têm-se multiplicado ações civis públicas em que a questão jurídica é mero pretexto para intromissão no campo administrativo. Não raro a questão a discutir é de mera oportunidade ou conveniência, o que pertence à discricção do Executivo, não ao juízo dos tribunais. Por exemplo, se tais ou quais pistas do sistema de ligação rodoviária entre Santos e São Paulo devem ser reservadas à descida ou à subida da serra...

O maior mal desse abuso, que não raro denota uma partidização do Ministério Público, é conduzir à crescente politização do Judiciário.