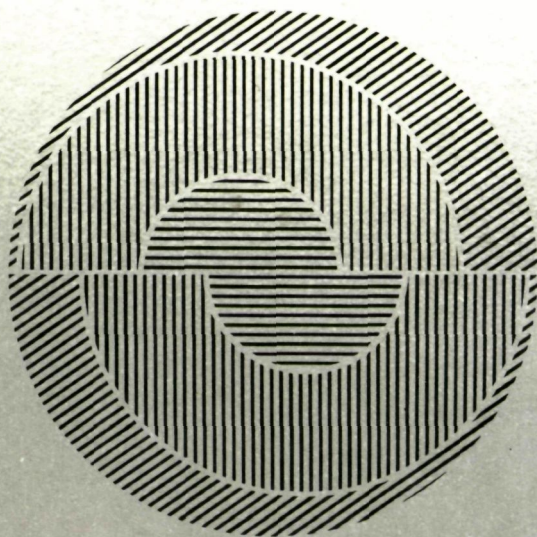


# REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA



• SENADO FEDERAL • SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS

**JULHO A SETEMBRO 1992**

**ANO 29 • NÚMERO 115**

# As Garantias dos Direitos Fundamentais

JOSÉ LUIZ QUADROS DE MAGALHÃES  
Mestre em Direito pela FDUFMG. Professor  
de Direitos Humanos da APM/MG. Dou-  
orando em Direito Constitucional da FDUFMG.  
Advogado (Comissão Direitos Humanos  
OAB/MG).

## SUMÁRIO

1. *Introdução.* 2. *As garantias processuais da Constituição Brasileira de 1988.* 2.1. *Habeas Corpus.* 2.2. *Mandado de segurança.* 2.3. *Mandado de injunção.* 2.4. *Ação direta de inconstitucionalidade por ação e por omissão.* 2.5. *Habeas Data.* 2.6. *Ação popular.* 3. *Os princípios processuais constitucionais.*

### 1 — *Introdução*

A preocupação a respeito das garantias dos direitos individuais e os limites das liberdades individuais são bem remotos. Apesar das constantes proclamações destes direitos individuais, são constantes as ameaças e mesmo as violações destes direitos.<sup>1</sup>

O Prof. JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA BARACHO, em importante estudo do Processo Constitucional, nos ensina que:

“A defesa das liberdades públicas pode ser assegurada por diferentes modalidades, sendo que em certos Estados, sob o plano institucional, ocorre o aparecimento de garantias teóricas: princípio democrático, separação de poderes, princípios da legalidade, supremacia da Constituição. A real garantia está no respeito às liberdades públicas, que aparecem como condição da democracia.”<sup>2</sup>

A eficácia da declaração de direitos é preocupação o tema de debate dos clássicos do Direito Constitucional. As Constituições francesas de 1791, 1793, do Ano III e de 1848, não vão se contentar com as declarações

1 BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional*, p. 180.

2 BARACHO, ob. cit., p. 180.

solenes de direitos em seu preâmbulo, passando a enumerar certos direitos que elas garantiam aos cidadãos.<sup>3</sup>

Muitas Constituições vão utilizar esta terminologia francesa de “garantias individuais” ou “constitucionais” para significar os direitos individuais nelas encontrados. Entretanto, este entendimento vai mudar, pois a nova doutrina entenderá que a simples declaração de certos direitos não será suficiente para garantir a sua eficácia.

“Tal compreensão leva à aceitação de que a verdadeira garantia das disposições fundamentais consiste em sua proteção processual.”<sup>4</sup>

A expressão “garantias constitucionais” ou “garantias de direitos” será empregada, portanto, de duas maneiras diferentes. Primeiramente ela vai decorrer da “inserção nos textos constitucionais de princípios, institutos ou situações subjetivas, que após sua incorporação ao texto constitucional passam a ser especialmente asseguradas, isto é, garantidas constitucionalmente”.<sup>5</sup> De outra forma, a doutrina alemã, como nos ensina o Prof. JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA BARACHO, vai empregar esta expressão para significar “os mecanismos jurídicos que dão segurança ao ordenamento constitucional e estabelecem preceitos para a integridade de seu valor normativo”.<sup>6</sup>

Utilizando esta expressão para significar os mecanismos jurídicos que garantem a eficácia das normas constitucionais, encontraremos no direito brasileiro garantias como o *habeas corpus* e o “mandado de segurança”, remédios processuais constitucionais, além de princípios fundamentais do direito processual penal, como o do devido processo legal, o juiz natural, a instrução contraditória e a ampla defesa.<sup>7</sup>

## 2 — As garantias processuais da Constituição Brasileira de 1988

### 2.1 — *Habeas corpus*

#### a) Objeto

A garantia processual do *habeas corpus* tem como objeto a defesa da liberdade física, mais precisamente a liberdade de locomoção que se define como a liberdade de ir, vir, ficar e estar.

3 BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria Geral de Constitucionalismo*, p. 45.

4 BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional*, p. 183.

5 BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional: o devido processo legal*. Movimento Editorial da Revista da Faculdade de Direito da UFMG, p. 83.

6 BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria Geral de Constitucionalismo*, p. 45.

7 BARCELLOS DE SOUZA, José. *A Defesa na Polícia e em Juízo*. Edição Saraiva, 1980, 5ª edição, p. 7.

“Qualquer pessoa tem direito de se locomover para onde quer que seja, sob as restrições decorrentes de propriedades privadas e locais proibidos pela autoridade pública. O mesmo direito existe em radicar-se e ficar onde quiser, desde que não haja violação à lei. De modo que se houver algum dano potencial ou efetivo a esse *status libertatis*, de que goza o cidadão livre, o *habeas corpus* será cabível.”<sup>8</sup>

#### b) *Cabimento*

O Código de Processo Penal, no artigo 648, apresenta uma relação de hipóteses em que se pode pleitear o remédio constitucional. É importante notar, como bem salienta Diomar Ackel Filho, que não é esta relação exaustiva, esgotante de todos os casos, mas simplesmente informativa, não excluindo outras hipóteses de restrição à liberdade de locomoção.

O Código relaciona as hipóteses de: ausência de justa causa, o que seria por exemplo o fato que gerou a prisão não constituir crime<sup>9</sup>; excesso de prazo que constitui o fato de alguém estar preso por tempo maior que o permitido pela lei; incompetência do coator que pode significar a ordem de prisão emanar de juiz incompetente ou a denúncia por parte de promotor sem competência para tanto; cessação do motivo de coação, que ocorre quando o condenado obtém liberdade condicional, quando é revogada a prisão preventiva ou quando a liberdade provisória é deferida com ou sem fiança prestada e o preso não é libertado; quando couber *fiança e esta não for concedida; ocorreu nulidade no processo ao se desrespeitar o desenvolvimento válido e regular do processo, respeitando-se o contraditório e a ampla defesa; extinção da punibilidade sem a liberação do preso, que pode ocorrer por várias causas, entre elas pela anistia, graça ou indulto; lei mais benéfica retroagir e não mais considerar o fato praticado como criminoso, pela decadência, perempção e prescrição* entre outras causas: além de outros casos onde se caracteriza a ameaça, violência ou constrangimento à liberdade de locomoção por coação ou abuso de poder.<sup>10</sup>

#### c) *Não cabimento*

O artigo 142, § 2.º, da Constituição Federal determina que não cabe a *habeas corpus* em relação a punições disciplinares militares.

---

8 ACKEL FILHO, Diomar. *Writs Constitucionais (Habeas Corpus, Mandado de Segurança, Mandado de Injunção, Habeas Data)*. Editora Saraiva, São Paulo, 1988, p. 30.

9 Não existe a conhecida hipótese de condução para averiguação, pois trata-se de restrição inconstitucional e ilegal à liberdade de locomoção, assim como não se pode prender por estar a pessoa andando na rua em determinado horário.

10 ACKEL FILHO, ob. cit., pp. 31-37; MIRANDA, Pontes de. *História e Prática do Habeas Corpus*. Editor Borsóil. Rio, 1962, 4ª ed.; CUNHA, Mauro Silva. Roberto GERALDO Coelho. *Habeas Corpus. No Direito Brasileiro*, 1ª ed., Aide Editora, Rio, 1985.

“Esse óbice ao *habeas corpus* há de ser admitido em termos, ou seja, o que se veda é a concessão de *habeas corpus* nos casos de punição disciplinar regular. Se a punição é imposta por autoridade manifestamente incompetente ou de qualquer modo, ao arpejo das normas regulamentares que vinculam a ação do superior que pune a ação heróica, será certamente cabível”.<sup>11</sup>

Também não caberá *habeas corpus* na prisão administrativa. O depositário infiel, o alimentante inadimplente e os sonegadores estão sujeitos a ela, por expressa previsão legal. É a chamada prisão civil que embora não tendo caráter penal, o que reconhece expressamente a Constituição Federal, está prevista no Código de Processo Penal que admite neste caso o *habeas corpus* em duas hipóteses: se o pedido de *habeas corpus* for acompanhado de prova da quitação ou de depósito de alcance verificado ou se a prisão exceder o prazo legal.<sup>12</sup>

#### d) Legitimidade ativa

“Qualquer pessoa natural pode ser impetrante de *habeas corpus* e, mesmo, uma pessoa pode impetrar por outra, ou o Ministério Público, e o próprio órgão jurisdicional pode concedê-lo de ofício, pessoa jurídica não pode ser beneficiário da medida, porquanto não tem liberdade de locomoção a ser protegida. O benefício de ordem, portanto, é privativo de pessoa natural, pessoa humana, podendo, porém, pessoa jurídica impetrar em favor desta.”<sup>13</sup>

#### e) Legitimidade passiva

Não é necessário, como já vimos, no estudo de liberdade de locomoção, que o coator seja autoridade. Como bem escreve DIOMAR ACKEL FILHO, o *habeas corpus* pode ser requerido contra o “Delegado de Polícia, agente de investigação, Juiz ou Tribunal etc., dono de fazenda, diretor de hospital ou outro qualquer. O que importa aqui é a posição de coator.”<sup>14</sup>

#### f) Competência para conhecimento

Contra atos de autoridade policial ou particulares a competência será do juiz criminal de primeiro grau, seguindo os critérios de fixação de competência territorial. Se a coação, ilegalidade partir de juiz de primeira instância, a competência será do Tribunal de Segunda Instância, e se partir deste Tribunal será do Tribunal Superior. Além da competência recursal, existem ainda as competências originárias dos Tribunais nos

11 ACKEL FILHO, ob. cit., p. 38.

12 ACKEL FILHO, ob. cit., p. 40; MARMITT, Arnaldo. *Prisão Civil. Por Alimentos e Depositário Infiel (de acordo com a nova Constituição)* 1ª ed., Alde Editora, Rio de Janeiro, 1989.

13 GREGO FILHO, Vicente. *Tutela Constitucional das liberdades*, Editora Saraiva, São Paulo, 1989, p. 146.

14 ACKEL FILHO, ob. cit., p. 43.

artigos 102, inciso 1, alíneas *d, i*, 105, inciso 1, alínea *c*, 108, inciso 1, alínea *d*, 121, § 3.º da Constituição Federal, não se excluindo ainda as competências originárias dos Tribunais da Justiça Estadual dos Estados-Membros, estabelecidos nas Constituições Estaduais.

## 2.2 — Mandado de segurança

### a) Conceito e objeto

O mandado de segurança foi introduzido pela primeira vez no Direito brasileiro pela Constituição de 1954. A Constituição de 1957 não previa o remédio processual do mandado de segurança, o que confirma o caráter autoritário deste texto. A partir de 1946, com a restauração do mandado de segurança naquele texto constitucional que marca a redemocratização brasileira, todas as Constituições que se seguem contemplaram esta garantia processual dos direitos individuais, inclusive a Constituição do período militar autoritário, de 1967, e a Emenda n.º 1, de 1969. A Constituição de 1988, além de manter as garantias processuais anteriores, cria novas modalidades e amplia outras, como o caso do mandado de segurança coletivo.

O objeto do mandado de segurança é a proteção de direito líquido e certo não amparado por *habeas data* e *habeas corpus* contra ilegalidade e abuso de poder de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

Como bem explica JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, “os constituintes brasileiros definiram o mandado de segurança, residualmente, ou seja, conceituaram-no a partir do critério negativo ou excludente, comparando-se com o *habeas corpus* (...) Deste modo, o *habeas corpus* é espécie do gênero mandado de segurança. Assim, com exceção do *habeas corpus*, que protege a liberdade de locomoção,<sup>15</sup> todo o direito líquido e certo, ferido (ou ameaçado de ser ferido) por ato ilegal ou abusivo de autoridade pública é suscetível de ser atacado por via do mandado de segurança”.<sup>16</sup>

HELY LOPES MEIRELLES conceitua o mandado de segurança como o “meio constitucional posto à disposição de toda pessoa física ou jurídica, órgão com capacidade processual, ou universalidade reconhecida por lei, para proteção de direito individual, próprio, líquido e certo, não amparado por *habeas corpus*, lesado ou ameaçado de lesão por ato de autoridade, seja de que categoria for, sejam quais forem as funções que exercça”.<sup>17 18</sup>

<sup>15</sup> Acrescente-se o *Habeas Data* que protege o direito à informação.

<sup>16</sup> CRETELLA JÚNIOR, José. *Os Writs na Constituição de 1988 (Mandado de Segurança, Mandado de Segurança Coletivo, Mandado de Injunção, Habeas Data, Habeas Corpus, Ação Popular)*, Editora Forense Universitária Ltda., São Paulo, 1989, p. 11.

<sup>17</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança e Ação Popular*, 9ª edição, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1983, p. 3.

<sup>18</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Dirito Administrativo Brasileiro*, 6ª ed., Editora Revista dos Tribunais, 1978, p. 674.

Podemos localizar neste conceito o sujeito passivo e ativo no mandado de segurança. Acrescente-se, aí, que o novo texto constitucional, para evitar dúvidas, coloca como coator, sujeito passivo no mandado de segurança, autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

A doutrina, jurisprudência e a legislação infraconstitucional já haviam consagrado: todos que exerçam função pública são suscetíveis de encarnar a figura da autoridade coatora.<sup>19</sup>

YVES JOSÉ DE MIRANDA GUIMARÃES escreve que "o mandado de segurança, como writ consagrado constitucionalmente, tem a natureza de ação civil. É uma forma de prestação jurisdicional, colocada à disposição de titulares de direito líquido e certo, lesado ou simplesmente ameaçado de lesão, por ato de qualquer autoridade, desde que não amparado por *habeas corpus* ou por *habeas data*. Possibilitando o conhecimento total da controvérsia, não tem a sentença nele proferida a necessidade de um processo de execução; ao impetrado impõe a satisfação *in natura* do dever nela cominado; pode substituir o próprio ato administrativo pelo jurisdicional, quando necessário, toda vez que aquele não depende de exercício da faculdade discricionária e, nos demais casos, pela expedição de uma ordem cujo descumprimento é gravemente apenado"<sup>20</sup>

#### b) *Legitimidade ativa*

Toda pessoa física, jurídica, órgão com capacidade processual como por exemplo as Mesas das Assembléias Legislativas, do Congresso, do Senado e da Câmara dos Deputados, Presidência de Tribunais, Chefias de Executivo e Ministério Público e as universalidades reconhecidas por lei como o espólio, massa falida e condomínio de apartamentos.

#### c) *Legitimidade passiva*

Autoridades públicas ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público. Deve-se entender como autoridade aquela

---

19 FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Perfil do Mandado de Segurança Coletivo*. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1989, p. 11; BARBI, Celso Agrícola. *Do Mandado de Segurança, Revista, Aumentada e Atualizada de Acordo com o Código de Processo Civil de 1973 e Legislação Posterior*, Forense, Rio de Janeiro, 1976; SIDOU, J. M. Othon. *Habeas Data, Mandado de Injunção, Habeas Corpus, Mandado de Segurança, Ação Popular. As Garantias Ativas dos Direitos Coletivos, Segundo a Nova Constituição*, 3ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1989; CRETELLA JUNIOR, J. *Comentários à Lei do Mandado de Segurança (de acordo com a Constituição de 5 de outubro de 1988)*, Forense, Rio de Janeiro, 1989; PINTO FERREIRA *Teoria e Prática do Mandado de Segurança*, Editora Saraiva, S. Paulo, 1984.

20 GUIMARÃES, Yves José de Miranda. *Comentários à Constituição. Direitos e Garantias Individuais e Coletivos*, 2ª ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1989, pp. 91-92.

pessoa física investida de poder de decisão dentro da esfera de competência

d) *Direito líquido e certo*  
cia que lhe é atribuída pela norma legal.<sup>21</sup>

Segundo HELY LOPES MEIRELLES, "direito líquido e certo é o 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 a sua extensão não estiver determinada; se o seu exercício depender de situações e fatos não esclarecidos nos autos, não sendo ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais. Quando a lei alude ao direito líquido e certo, está exigindo que esse direito se apresente com todos os requisitos para o seu reconhecimento e o seu exercício no momento da impetração. Em última análise, direito líquido e certo é direito comprovado de plano. Se depender de comprovação posterior, não é líquido nem certo, para fins de segurança".<sup>22</sup>

e) *Mandado de segurança coletivo*

O artigo 5.º, inciso LXX, alíneas *a* e *b* da Constituição Federal concedem legitimidade ativa para impetrar mandado de segurança coletivo aos partidos políticos com representação no Congresso Nacional e à 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.

Importante este dispositivo constitucional, pois concede às associações, entidades de classe e organizações sindicais a possibilidade de não apenas defenderem os seus direitos líquidos e certos, como já podia fazer nos textos anteriores, mas também de defender os direitos de seus membros e associados.

JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI escreve que, o mandado de segurança coletivo, como espécie do mandado de segurança, "pode igualmente ser conceituado como um instituto de direito processual constitucional, cujo objetivo precípuo diz com a verificação da inconstitucionalidade ou ilegalidade de ato de agente do Poder Público, ou a ele equiparado, responsável pela sua efetuação".<sup>23</sup>

21 MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança e Ação Popular*, p. 3

22 MEIRELLES, ob. cit., pp. 5 a 8.

23 CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Class Action e Mandado de Segurança Coletivo*. Editora Saraiva, São Paulo, 1990, p. 38; CRFTELLA JÚNIOR, José. *Do Mandado de Segurança Coletivo. De acordo com a Constituição de 1988*. Editora Forense, Rio de Janeiro, 1990.



Portanto temos o mandado de segurança coletivo como um meio processual posto à disposição das associações, sindicatos e entidades de classe na defesa de interesses de seus membros ou associados, e não de seus próprios interesses, pois isto seria objeto do mandado de segurança individual. E quanto aos Partidos Políticos? Existem posições conflitantes. YVES JOSÉ DE MIRANDA GUIMARÃES escreve que “no inciso LXXI do artigo 5.º, que cria o mandado de segurança coletivo, o remédio processual foi estendido aos partidos políticos, para defesa dos seus direitos líquidos e certos, e às demais entidades enunciadas, em defesa dos seus membros ou associados”.<sup>24</sup>

Diferente é o entendimento de JOSÉ CRETELLA JÚNIOR ao escrever:

“A impetração do mandado de segurança coletivo por partido político, com representação no Congresso Nacional, *em defesa de interesses de seus membros* (grifo nosso), não ofereceria maiores dificuldades, porque neste tipo de corporação há, regra geral, unidade de orientação e os dissidentes se afastam da entidade.”<sup>25</sup>

Como se vê, o primeiro autor citado entende que a Constituição, no inciso LXXI, alínea *a*, concede a Partido Político legitimidade para defesa de seus direitos, e não de seus membros, o que seria concedido na alínea *b* às associações, entidades de classe e sindicatos. Não podemos concordar com tal entendimento, pois a legitimidade do Partido Político defender seus interesses está no mandado de segurança individual, pois pode pessoa jurídica impetrar este remédio na defesa de seus interesses, e é o partido político pessoa jurídica de direito privado nos termos do artigo 17, § 2.º, da Constituição Federal.

JOSÉ CRETELLA JÚNIOR esclarece muito bem esta questão quando escreve:

“No texto da Constituição vigente, mandado de segurança coletivo tem o sentido técnico de ‘ação impetrada por pessoas jurídicas em nome de seus membros ou associados’. Se o partido político, o sindicato, a entidade de classe ou a associação legalmente constituída impetrarem mandado de segurança em causa própria, investindo contra ato ou abuso ilegal que os atinja, não teremos mandado de segurança coletivo, mas mandado de segurança individual, na acepção do texto de 1967.”<sup>26</sup>

---

24 GUIMARÃES, ob. cit., p. 94.

25 CRETELLA JUNIOR, José. *Os Writs na Constituição de 1988*, ob. cit., p. 83.

26 CRETELLA JUNIOR, ob. cit., p. 80.

Poder-se-ia então concluir que o segundo entendimento seria o correto. Temos entretanto uma restrição. A Constituição, ao criar o mandado de segurança coletivo, o faz no inciso LXX que é dividido em duas alíneas:

“Art. 5.º .....

.....  
LXX — o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:

a) partido político com representação no Congresso Nacional;

b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento de seus membros ou associados;”

Procurou portanto o constituinte, ao colocar o partido político (associação) em alínea separada das organizações sindicais (associações), entidades de classe e outras associações, estabelecer uma diferenciação. Qual? As associações da alínea *b* podem impetrar mandado de segurança coletivo na defesa dos direitos de seus membros, como expressamente determina a Constituição. A Constituição, entretanto, não diz expressamente na defesa dos direitos de quem o partido político impetrará o mandado de segurança coletivo. Como já vimos, não é no interesse do próprio partido político que esta pessoa jurídica vai impetrar o mandado de segurança coletivo, pois seria um mandado de segurança individual. A resposta está nas finalidades e objetivos das associações citadas. Os sindicatos e as entidades de classe existem em função de uma determinada classe e categoria. Sindicatos de empregadores, de empregados, de banqueiros, de bancários, de metalúrgicos etc. Portanto, nada mais natural que estes sindicatos e associações impetrem mandado de segurança em defesa dos direitos de seus membros. O mesmo ocorre com outras associações, que mesmo com fins filantrópicos, defendem direitos de um determinado grupo de pessoas.

Entretanto, o partido político é diferente. Os partidos políticos têm projetos nacionais, para toda população, por este motivo eles procuram defender direitos e interesses de toda a população e não de apenas um grupo de pessoas ou uma categoria de empregados ou empregadores. Logo, podemos aí encontrar a explicação para os partidos políticos estarem em alínea diferente, pois estes não impetrarão mandado de segurança coletivo para a defesa apenas de seus membros, como no caso da alínea *b*, mas sim de direitos de toda a população.

Finalmente uma última questão deve ser esclarecida. Os direitos líquidos e certos amparados pelo mandado de segurança coletivo, podem ser direitos de alguns dos associados, ou membros, ou devem ser direitos de todos os associados ou membros no caso da alínea *b* e direitos difusos ou coletivos no caso da alínea *a*.

Entendemos que o mandado de segurança coletivo ampara direitos individuais de todos os associados e não apenas alguns direitos coletivos e difusos. Neste sentido escreve JOSÉ AFONSO DA SILVA:

“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! Há ponderações a fazer quanto a isso, pois não se pode, p. ex., deixar de levar em conta o disposto no art. 8.º, III, que dá aos sindicatos legitimidade para a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, em juízo. Outra questão é saber se as associações podem impetrar mandado de segurança coletivo sem autorização ou se precisam desta, tal como prevê em geral o disposto no art. 5.º, 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>27</sup>

Sobre o direito líquido e certo do mandado de segurança coletivo, JOSÉ AFONSO DA SILVA escreve que este requisito “será sempre exigido quando a entidade impetra o mandado de segurança coletivo na defesa do direito subjetivo individual. Quando o sindicato usá-lo na defesa do interesse coletivo de seus membros e quando os partidos políticos forem impetrá-los na defesa de interesse coletivo difuso, exige-se ao menos a ilegalidade e a lesão do interesse<sup>28</sup> que o fundamenta”.<sup>29</sup>

Finalmente, devemos esclarecer melhor a questão da conceituação de interesse e direito coletivo e difuso.

JOSÉ JOAQUIM CALMON DE PASSOS esclarece muito bem a questão quando escreve que “interesse é a relação que se estabelece entre um sujeito e o bem por ele, sujeito, considerado apto para satisfazer sua necessidade, podendo-se por consequência, subjetivamente, entender interesse também como a atitude do sujeito em relação ao bem por ele tido como adequado para libertá-lo de carência (necessidade) que experimenta. (...) Inadequado, portanto, pela carga de ambigüidade que acarreta, falar-se de ‘interesse’? Merecedor de proteção jurídica sem que se veja nisso a configuração de um direito, e direito subjetivo sem sentido lato.”<sup>30</sup>

27 SILVA, José Afonso da. *Direito Constitucional Positivo*, 6ª edição, 2ª tiragem, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1990, p. 395.

28 Entendemos que não são interesses mas sim direitos coletivos e direitos difusos.

29 SILVA, José Afonso da. Ob. cit., p. 3.970.

30 PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Mandado de Segurança Coletivo. Mandado de Injunção, Habeas Data, Constituição e Processo*. Editora Forense, Rio de Janeiro, 1989.

O mesmo autor critica a dualidade de terminologia ao se referir a interesses, no transindividual, e direito, no individual. Acredita J. J. Calmon de Passos que esta dualidade "é de todo desautorizada, apenas traduzindo o remanescente conservador (mesmo inconsciente) dos que ainda não lograram o libertar de estreita cela em que foi aprisionada na noção clássica de direito subjetivo".<sup>31</sup>

Portanto, temos que o mandado de segurança coletivo ampara direitos individuais, já caracterizados neste estudo, direito coletivo, entendido como direitos de um grupo, de uma categoria determinada, e direitos difusos, como aqueles direitos indivisíveis pertencentes a todos, como é exemplo o direito ao meio ambiente saudável.

## 2.3 — Mandado de Injunção

### a) Conceito e objeto

O mandado de injunção é sem dúvida uma das mais importantes criações da Constituição de 1988, uma vez que vem possibilitar a concretização dos dispositivos constitucionais que dependem de norma regulamentadora. Várias foram as normas de Constituições passadas, que ficaram sem regulamentação e por este motivo não influíram na ordem jurídica nacional. Estas normas são principalmente as referentes aos direitos sociais, e isto consiste em outra qualidade do mandado de injunção: ao contrário das garantias processuais das Constituições passadas que a exemplo do *habeas corpus* e mandado de segurança, só protegiam direitos individuais, o Mandado de Injunção vem proteger também os outros direitos constitucionais, como os direitos sociais e políticos.

O artigo 5.º, inciso LXXI da Constituição Federal, dispõe:

"Art. 5.º" .....

LXXI — Conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania."

Este dispositivo guarda íntima relação com a ação de inconstitucionalidade por omissão, regradada pelos artigos 102, I, *q*, 102, II, *a* e no artigo 105, I, *h*, da Constituição, pois embora tenham conteúdos, objetos e finalidades um pouco diferentes, cuidam de um mesmo assunto, que é a omissão normativa.<sup>32</sup>

O objeto do mandado de injunção é suprir a carência da norma regulamentadora, possibilitando que o sujeito do direito que depende de regu-

31 PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Constituição e Processo*, p. 11.

32 SANTOS, Aricê Moacyr Amaral. *O Mandato de Injunção*. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1989, p. 9; DANTAS, Ivo. *Mandado de Injunção. Guia Teórico e Prático*. Aide Editora, Rio de Janeiro, 1989, 1ª edição.

lamentação possa usufruir deste. É bom notar que, como a ação de inconstitucionalidade por omissão, o mandado de injunção também é uma forma processual de controle da constitucionalidade, pois supre, para aqueles que o impetrarem, a omissão inconstitucional.

JOSÉ AFONSO DA SILVA escreve que “em princípio, o exercício das liberdades constitucionais independe de normas regulamentadoras. Elas são conferidas por regra, em normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade imediata. Se alguma normatividade é prevista, normalmente será para restringir o alcance da norma e não para integrar sua eficácia. Pois aí se situam as normas de eficácia contida. Mas há inúmeros direitos constitucionais e eventualmente até liberdades cujo exercício requer alguma forma de regulamentação por lei ou outra providência do Poder Público. Por exemplo, é garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias (art. 5.º, VI; e garantia de uma liberdade dependente da forma da lei); é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa às entidades civis e militares de internação coletiva (art. 5.º, VII); a criação de associações e na forma da lei, a de cooperativas não dependem de autorização... (a criação de cooperativas depende de lei, art. 5.º, XVIII) (...); é direito do trabalhador a relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos da lei complementar... (art. 7.º, I); salário mínimo, fixado em lei com os requisitos previstos no art. 7.º, IV, adicional para atividades penosas..., na forma da lei (art. 7.º, XXIII) etc.; os planos de previdência social, mediante contribuição, atenderão, nos termos da lei, a... (art. 201)”.<sup>33</sup>

Temos nos exemplos acima citados casos de dispositivos constitucionais que dependem de normas regulamentadoras. É importante notar que esta garantia do mandado de injunção se aplica não apenas aos direitos individuais, mas também aos direitos sociais citados e ainda a outros direitos constitucionais nos termos do inciso LXXI do artigo 5.º, além das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Quando se fala em norma regulamentadora não se está falando em regulamentação através das leis, mas qualquer ato proveniente de “atividades internas da Administração Pública, ou que dela dependam, quer sejam funcionários, quer sejam agentes de qualquer dos três Poderes e até mesmo de particulares”.<sup>34</sup>

Quanto ao alcance da ordem de injunção, este é muito bem definido por ULDERICO PIRES DOS SANTOS, quando escreve:

“O que o Poder Judiciário deve fazer no exercício de seu poder jurisdicional é examinar se o direito subjetivo do postu-

---

33 SILVA, José Afonso da. *Mandado de Injunção e Habeas Data*. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1969, p. 23.

34 SANTOS, Ulderico Pires dos. *Mandado de Injunção*, Editora Palmape, São Paulo, 1968, p. 62.

lante da injunção está sendo postergado em face da apatia de quem tem o dever de regulamentar. Se se convencer de que o ato omissivo está realmente lhe causando lesão, marcará prazo para o responsável pela violação fazer o regulamento, de modo a poder o titular do direito entrar no seu exercício, sob pena de providência ser tomada pelo poder jurisdicional.

Esgotado o prazo para a autoridade executiva ou legislativa tomar a providência que lhe compete, sem que o faça, deverá ser expedido o mandado de injunção assegurando ao impetrante o direito que reclama.

Se houver recalcitrância do devedor da prestação, esta será convertida em indenização por perdas e danos, como temos salientado.”<sup>35</sup>

Temos então que, através do mandado de injunção, qualquer pessoa física ou jurídica portadora de direito constitucional que depende de regulamentação pode consegui-lo. Após o Poder Judiciário determinar que o responsável pela norma regulamentadora a faça em prazo marcado, se esta norma não for elaborada, o Poder Judiciário suprirá a omissão para aquele caso concreto, tendo neste caso o efeito *inter partes*.

#### b) *Sujeito passivo*

Vamos recorrer aos claros ensinamentos de JOSÉ AFONSO DA SILVA sobre o tema:

“A pessoa ou entidade contra quem se impetra o mandado de injunção — o impetrado — será aquela que corre a obrigação de prestar o direito, liberdade ou prerrogativa, pretendidos pelo impetrante. Em se tratando de liberdade ou prerrogativa, objeto de injunção, parece que o impetrado só poderá ser uma pessoa de direito público. (...) Muitos direitos sociais, como vimos, irão de ser prestados concretamente pelo Poder Público (direito à saúde, direito à educação, direito à cultura); nestes casos a Constituição reconhece competência comum cumulativa (art. 23), da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, portanto qualquer dessas entidades poderá ser impetrada em mandado de injunção, talvez comporte até litisconsórcio passivo nessa situação. (...) Em matéria de direito dos trabalhadores, a parte obrigada a cumprir em concreto o direito pleiteado é o patrão do impetrante, logo ele será o impetrado.

É possível haver litisconsórcio passivo especialmente em mandado de injunção impetrado por sindicatos em defesa de direitos constitucionais da categoria profissional. Claro que, em tal caso, será proposto contra todas as empresas que empregam a categoria do sindicato ou sindicatos impetrantes. Não cabe litis-

---

35 SANTOS, Ulderico Pires dos. Ob. cit., pp. 60-61.

consórcio passivo entre particulares e o Poder Público. No máximo será admissível que se dê ciência ao Poder Público competente para elaborar a norma regulamentadora, mas a sentença proferida contra particular não será exequível contra ele, pois não é parte no feito.”<sup>36</sup>

#### c) *Legitimidade ativa*

Será sujeito ativo o titular do direito que depende de regulamentação, podendo haver litisconsórcio ativo facultativo quando o mesmo direito pertencer a vários interessados será comum acontecer, devendo ser o mesmo fundamento contra o mesmo obrigado.

Será admitida também a representação do interessado pela associação na defesa de seus membros nos termos do artigo 5.º, XXI da Constituição Federal, assim como poderá ocorrer substituição processual, “chamada derrogação anômala, em derrogação do artigo 6.º do Código de Processo Civil, para o caso, na defesa de direitos ou interesses de sua categoria profissional, por força do disposto no art. 8.º, III, que declara caber ao sindicato ‘a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria inclusive em questões judiciais ou administrativas’, cumprindo esclarecer que, ao falar de direitos e interesses coletivos e individuais, não se está usando essas expressões no sentido de que o sindicato poderá ingressar em juízo para pleitear direitos e interesses tanto da coletividade de seus membros como direitos de cada um deles individualmente considerados. E também aqui poderá haver litisconsórcio facultativo entre mais de um sindicato, desde que o fundamento, o objeto e a causa de pedir sejam idênticas”.<sup>37</sup>

#### d) *Rito processual*

O mandado de injunção, dada a sua natureza, terá rito equivalente aos remédios processuais constitucionais, admitindo-se a possibilidade de se conceder liminares:

“Enquanto não editada a lei regulamentando o seu procedimento, o mandado de injunção poderá ser admitido e processado, naquilo que for compatível, em consonância com a disciplina procedimental estabelecida para o mandado de segurança.”<sup>38</sup>

É também a doutrina que entende:

“Para esse efeito, há de ser demonstrado o “*fumus boni iuris*” e o “*periculum in mora*”, tendo em vista os parâmetros

36 SILVA, José Afonso da. Ob. cit., pp. 32-33.

37 SILVA, José Afonso da. Ob. cit., pp. 31-32.

38 TUCCI, Rogério Lauria e José Rogério Cruz e Tucci. *Constituição de 1988 e Processo*. Editora Saraiva, São Paulo, 1989, p. 156.

do direito comparado e o confronto da doutrina e jurisprudência vigentes no país, bem utilizáveis pela via de conhecimento analógico.”<sup>39</sup>

## 2.4 — Ação direta de inconstitucionalidade por ação e por omissão

### a) O controle de constitucionalidade

Para se falar em ação direta de inconstitucionalidade é necessário, em primeiro lugar, falar em controle de constitucionalidade das leis. A Constituição consagra o controle jurisdicional difuso, que significa que todos os órgãos do Poder Judiciário podem manifestar-se sobre a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo. Neste caso específico, quando, em grau de recurso, o Supremo Tribunal Federal julgar em decisão definitiva a inconstitucionalidade de uma lei, esta decisão será comunicada ao Senado Federal para que este, nos termos do artigo 52, inciso X, suspenda a execução, no todo ou em parte, da lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

Este controle difuso onde todos os órgãos do judiciário, mediante julgamento de caso concreto podem declarar lei inconstitucional e se recusar a aplicá-la ao caso, tem dois efeitos distintos. O primeiro será a decisão do caso concreto colocado sob apreciação do Poder Judiciário. Neste caso a decisão terá efeitos *ex tunc*, e *inter partes*. No caso de decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal e suspensão da execução da lei pelo Senado Federal, o efeito obviamente será *erga omnes* e *ex-nunc*, ou seja, a partir do momento da suspensão da execução pelo Senado Federal.

Além deste controle difuso, a Constituição Brasileira consagra também uma forma de controle concentrado da constitucionalidade das leis, que será a ação direta de inconstitucionalidade por ação e por omissão. O artigo 103 da Constituição dispõe sobre o assunto da seguinte forma:

“Art. 103 — Podem propor a ação da inconstitucionalidade:

- I — o Presidente da República;
- II — a Mesa do Senado Federal;
- III — a Mesa da Câmara dos Deputados;
- IV — a Mesa de Assembléia Legislativa;
- V — o Governador de Estado;
- VI — o Procurador-Geral da República;

---

<sup>39</sup> STRENGER, Irineu. *Mandado de Injunção*. Editora Forense Universitária, Rio de Janeiro, 1988; *Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça*, art. 216: No mandado de injunção e no *habeas data*, serão observadas as normas da legislação de regência. Enquanto estas não forem promulgadas, observar-se-ão, no que couber, o Código de Processo Civil e a Lei nº 1.533, de 1951.



VII — o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VIII — Partido Político com representação no Congresso Nacional;

IX — Confederação Sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

§ 1.º — O Procurador-Geral da República deverá ser previamente ouvido nas ações de inconstitucionalidade e em todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal.

§ 2.º — Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

§ 3.º — Quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o Advogado-Geral da União, que defenderá o ato ou texto impugnado.”

*b) Efeitos da declaração de inconstitucionalidade na ação direta de inconstitucionalidade por ação*

Observa JOSÉ AFONSO DA SILVA que, na via indireta de controle de constitucionalidade (o controle difuso no caso concreto), “a declaração de inconstitucionalidade, na via indireta, não anula a lei nem a revoga; teoricamente, a lei continua em vigor, eficaz e aplicável, até que o Senado Federal suspenda sua executoriedade nos termos do artigo 52, X; a declaração na via direta tem efeito diverso, (...) qualquer decisão que decrete a inconstitucionalidade deverá ter eficácia *erga omnes* (genérica) e obrigatória”.<sup>40</sup>

Entende o Professor JOSÉ AFONSO DA SILVA, posição com a qual concordamos, que uma vez que a Constituição Federal não dizia, no caso da ação direta de inconstitucionalidade por ação, qual o efeito da declaração de inconstitucionalidade, deve-se aceitar que “o problema se resolva, logicamente, pelas regras processuais sobre a eficácia e autoridade da sentença. E como o objeto do julgamento consiste em desfazer os efeitos normativos (efeitos gerais) da lei ou ato, a eficácia da sentença tem exatamente esse efeito de eliminar a eficácia e aplicabilidade da lei, e isto tem valor geral, evidentemente. Em suma a sentença af faz coisa julgada

---

40 SILVA, José Afonso da. Ob. cit., p. 52.

material, que vincula as autoridades sob pena de arrostar a eficácia de coisa julgada”<sup>41</sup>

Portanto, no caso da ação direta de inconstitucionalidade, de norma legal ou ato normativo, não é necessário que o Senado Federal suspenda a execução da lei, como faz no controle difuso. Neste caso a própria sentença retira a eficácia e aplicabilidade da lei ou ato normativo.

c) *A inconstitucionalidade por omissão*

Observa IVO DANTAS que “a difusão do controle de inconstitucionalidade por omissão se deu através da Constituição Portuguesa de 1976, que em seu artigo 279 determina:

“Quando a Constituição não estiver a ser cumprida por omissão das medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais, o Conselho da Revolução poderá recomendar aos órgãos legislativos competentes que as emitam em tempo razoável.”<sup>42</sup>

Após a 1.<sup>a</sup> revisão constitucional, foi alterada a redação do dispositivo constitucional referente à ação direta de inconstitucionalidade por omissão que passa a estar previsto no artigo 283, com a seguinte redação:

“Artigo 283.

(Inconstitucionalidade por omissão)

1 — A requerimento do Presidente da República, do Provedor de Justiça ou, com fundamento em violação de direitos das regiões autónomas, dos presidentes das assembleias regionais, o Tribunal Constitucional aprecia e verifica o não cumprimento da Constituição por omissão das medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais.

2 — Quando o Tribunal Constitucional verificar a existência de inconstitucionalidade por omissão, dará disso conhecimento ao órgão legislativo competente.”

A respeito desta previsão, escreve o professor português JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO que:

I — o conceito de omissão legislativa não se resume num simples “não fazer”, mas significa não fazer aquilo a que, de forma concreta, se estava constitucionalmente obrigado. Deve haver uma exigência constitucional de ação e não simplesmente um dever geral de legislar.

---

41 SILVA, José Afonso da. Ob. cit., pp. 51-52.

42 DANTAS, Ivo. *Mandado de Injunção*. Ob. cit., p. 57.

II — as omissões legislativas a que se refere a ação direta, devem ser aquelas derivadas de imposições constitucionais em sentido estrito. O descumprimento de certos objetivos da Constituição, como o oferecimento de saúde pública e gratuita a todos os brasileiros, educação etc., é também inconstitucional, mas a concretização destes direitos depende da luta política através dos instrumentos democráticos.

III — existe também omissão inconstitucional quando o legislador cumpre de forma incompleta o dever de elaborar normas regulamentadoras de direitos constitucionais.

IV — o instituto da inconstitucionalidade por omissão reflete as insuficiências dos instrumentos e processos típicos do ordenamento liberal, devendo ser criadas também outras formas democráticas de proteção contra omissões legislativas como as ações populares, iniciativa popular das leis e outras formas de acentuação de democracia participativa.

V — Não há conexão entre a omissão legislativa inconstitucional e os prazos para o início do processo legislativo de elaboração de determinada lei. A omissão se verifica pela omissão legislativa diante da importância e indispensabilidade da mediação legislativa para dar operatividade prática às normas constitucionais.<sup>43</sup>

Estas observações são válidas para a compreensão da nossa ação direta de inconstitucionalidade por omissão, porém com uma observação fundamental: a Constituição Portuguesa fala em omissões legislativas, enquanto a Constituição brasileira de 1988 trata da omissão de “medida” para tornar efetiva norma constitucional. Entendemos portanto o texto brasileiro mais abrangente, visando não apenas à omissão legislativa, mas à omissão regulamentadora também expressa na ausência de atos dos órgãos administrativos, como dispõe o § 2.º do art. 103, como ainda a omissão no cumprimento das normas constitucionais por falta de vontade política do governo, como o oferecimento de educação pública e gratuita e saúde pública gratuita. Neste último caso pode parecer que os efeitos práticos desta declaração de inconstitucionalidade por omissão não sejam satisfatórios, mas devemos lembrar-nos de que o reconhecimento da omissão do Governo na procura de cumprimento dos deveres constitucionais por parte do Supremo Tribunal Federal poderá caracterizar que o Presidente, na prática de atos de governo, esteja praticando atos que não estejam sendo direcionados na consecução dos objetivos constitucionais, sendo portanto atos contrários ao exercício dos direitos humanos, mas especificamente no caso de omissão diante do direito à saúde e educação, dos direitos sociais, importando aí

---

43 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*, 3ª edição, Livraria Almedina, Coimbra, 1983, pp. 715-718.

na caracterização de crime de responsabilidade do Presidente nos termos do art. 85, inciso III da Constituição de 1988.

Portanto, embora a declaração do Supremo Tribunal Federal, reconhecendo a omissão do Governo diante de, por exemplo, uma política de educação procure atingir os objetivos constitucionais, possa ficar apenas na ciência do Poder Executivo para que tome as providências necessárias, este reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal de omissão do governo, caracteriza uma prática governamental contrária aos direitos sociais e portanto crime de responsabilidade do Presidente da República. Embora o processo de julgamento do Presidente por crime de responsabilidade seja um processo político diante do Poder Legislativo, a decisão da Corte Suprema brasileira irá sem dúvida caracterizar com maior clareza o crime de responsabilidade.

*d) Dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade por omissão*

Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade estão no § 2.º do art. 103 já transcrito. Após a declaração de inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

Portanto, o efeito será uma mera comunicação ao Poder competente, para que tome a medida necessária para acabar com a omissão inconstitucional, existindo a exceção para o caso de ser órgão administrativo, quando então este órgão deverá efetivar norma constitucional através das medidas necessárias, dentro de trinta dias.

*e) Ação de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*

Randolpho Gomes, em trabalho sobre o mandado de injunção, estabelece algumas diferenças entre esta garantia processual e a ação de inconstitucionalidade por omissão, o que nos ajuda a compreender melhor estes dois mecanismos processuais. São estas as diferenças apontadas pelo autor:

I — A primeira diferença consiste na constatação da legitimidade ativa. Enquanto o mandado de injunção pode ser exercido por qualquer pessoa titular do direito, a ação de inconstitucionalidade só poderá ser proposta pelo Presidente da República, as Mesas do Senado, da Câmara Federal e das Assembléias Legislativas, os Governadores de Estado, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da OAB, os Partidos Políticos representados no Congresso Nacional e as Confederações Sindicais ou Entidades de Classe de âmbito nacional.

II — A segunda diferença está na constatação da legitimidade passiva. O mandado de injunção se dirige àquele que deve conceder o direito, podendo, por exemplo, ser uma empresa com personalidade de direito

privado se o direito consiste na participação nos lucros e na gestão por parte dos trabalhadores.

A ação de inconstitucionalidade por omissão terá sempre como sujeito passivo a pessoa ou entidade responsável pela elaboração da norma.<sup>44</sup>

III — A terceira diferenciação que se poderá fazer será quanto ao objeto. O mandado de injunção visa ao pronto exercício do direito, embora ausente a norma regulamentadora. Temos aí uma decisão judicial supridora da omissão para aquele caso concreto colocado sob a apreciação do Poder Judiciário.

A ação de inconstitucionalidade por omissão busca a construção da norma ausente por parte do órgão ou Poder competente.<sup>45</sup> O efeito aí será *erga omnes*.

## 2.5 — *Habeas data*

### a) *Conceito e objeto*

A Constituição Federal trata do *habeas data* no art. 5.º, inciso LXXII, que dispõe:

“LXXII — conceder-se-á *habeas data*:

a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa 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.”

MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO conceitua este instrumento como uma “ação (garantia instrumental) que deve proteger um direito à verdade a respeito de si próprio relativamente a registros ou bancos de dados”.<sup>46</sup>

É uma inovação da Constituição de 1988 ao lado do “mandado de injunção”, “mandado de segurança coletiva” e a “ação de inconstitucionalidade por omissão”.

---

44 Acrescentaríamos, aí, não só o Poder ou órgão responsável pela elaboração da norma como, de forma mais abrangente, o Poder ou órgão de qualquer poder responsável pela implementação de qualquer medida como já nos referimos à questão anteriormente.

45 GOMES, Randolpho. *Mandado de Injunção*. Edições Trabalhistas S.A., Rio de Janeiro, 1989, pp. 38-39.

46 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, Volume I, arts. 1º ao 43, Editora Saraiva, São Paulo, p. 81.

Assim como todas as outras garantias processuais, o *habeas data* é dotado de plena, completa e irrestrita eficácia. É, pois, a “aplicabilidade do *habeas data*, direito subjetivo público posto à disposição do interessado, a partir da promulgação e publicação do texto constitucional. (...) O Serviço Nacional de Informação (SNI) é o mais completo banco de dados a respeito dos cidadãos brasileiros e, a nosso ver, essa entidade foi a força motriz que levou os constituintes de 1988 à criação do instituto do *habeas data*. Em segundo lugar, o SPC também concorreu para a criação do writ do *habeas data*”.<sup>47</sup>

O *habeas data* tem como objeto a proteção do direito à informação, que cada um tem, sobre a sua própria pessoa, e funciona como instrumento processual para retificação de dados.

Esta garantia processual encontra limites no inciso XXXIII do art. 5.º da Constituição, que estabelece que

“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 .”

Duas observações devem ser feitas com relação a este inciso XXXIII que garante o direito à informação. Ele se refere a direito à informação de interesse particular como também de interesse coletivo ou geral. O *habeas data* é instrumento processual que se refere somente a informações sobre a própria pessoa, ou retificação de dados referentes também ao impetrante.

Portanto, na negativa por parte de órgãos públicos de informações não referentes à pessoa que as pede, mas informações referentes a outras situações que não envolvam questões sigilosas imprescindíveis à segurança da sociedade e do Estado, o instrumento processual adequado será o mandado de segurança.

Neste sentido, JOSÉ CRETELLA JÚNIOR observa que já na Constituição de 1934 havia previsão de direito à informação, assegurando aos interessados a comunicação de informações que a estes se referissem (Constituição de 1934, art. 113, inciso 55). Este direito subjetivo público oponível ao Estado foi suprimido na Carta de 1957, restaurado na Constituição de 1946 (art. 141, § 36. II), 1967 (art. 150, § 54) e na Emenda Constitucional n.º 1, de 1969, (art. 153, § 35).

“Não há assim nenhuma novidade, a não ser o nome — *habeas data* — porque o mandado de segurança, desde que foi

---

47 CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, Volume 2, Editora Forense Universitária, Rio de Janeiro, 1989, p. 770.

instituído, poderia, como pode ser hoje, impetrado para exigir dos órgãos públicos informações que a eles se refiram.”<sup>48</sup>

Deve-se ressaltar que, com a redação do inciso LXIX, relativo ao mandado de segurança, hoje não pode mais este ser impetrado para obtenção de informações relativas à pessoa do impetrante e para a retificação de dados, pois para isso há o *habeas data*; mas nada impede que outras informações de caráter geral de interesse coletivo ou geral que sejam negadas pelo órgão público, sem que estas informações sejam de caráter sigiloso imprescindíveis à segurança da sociedade e do Estado, possam ser conseguidas por meio do mandado de segurança.

Outra observação que deve ser feita é a de que o mesmo inciso XXXIII limita o *habeas data* no sentido de que as informações consideradas de caráter sigiloso imprescindíveis à segurança da sociedade e do Estado podem ser negadas. Entendemos que, entretanto, quem deverá apreciar o caráter sigiloso da informação deverá ser o Poder Judiciário e não o órgão que detém a informação.

#### b) *Legitimidade ativa*

A legitimidade para a impetração do *habeas data* daquele (pessoa física) que, tendo informações sobre a sua pessoa, deseja conhecer ou retificá-las em bancos de dados ou registros de entidades governamentais é de caráter público.

#### c) *Legitimidade passiva*

O sujeito passivo no *habeas data* será qualquer entidade governamental que possua a informação desejada ou entidades de caráter público, cujo melhor exemplo será o Serviço de Proteção ao Crédito.

Escreve CELSO RIBEIRO BASTOS que “o sujeito passivo no *habeas data* é todo órgão ou entidade governamental, incluindo-se aí, portanto, a Administração descentralizada e os próprios entes privados, desde que, pelas dimensões da sua atuação, ganhem uma ressonância pública”.<sup>49</sup>

#### d) *Rito processual*

DIVA PRESTES MALERBI, em trabalho sobre o *habeas data*, escreve que são dois os procedimentos processuais para o *habeas data*:

“O *habeas data* protege duas finalidades: o conhecimento do teor dos registros e a retificação dos dados pessoais deles constantes.

48 CRETELLA JÚNIOR, José. Ob. cit., p. 773.

49 BASTOS, Celso Ribeiro. Ives Gandra Martins. *Comentários à Constituição do Brasil*, vol. II, Editora Saraiva, São Paulo, 1989.

A letra *a* do inciso LXXII do art. 5.º da Constituição disciplina a primeira hipótese de cabimento do *habeas data*, sem esclarecer qualquer condição ou baliza para o exercício deste direito.

Já a letra *b* do inciso LXXII do art. 5.º da Constituição, ao disciplinar a segunda hipótese de cabimento do *habeas data*, torna a manifestar a necessidade de se estabelecerem dois procedimentos processuais para o caso da retificação de dados.”<sup>50</sup>

Portanto, concluímos que, no caso da alínea *a* o procedimento será sumário, aplicando-se no que couber o do mandado de segurança até que seja feita a regulamentação do *habeas data*. No caso da alínea *b* adotar-se-á o procedimento ordinário onde deverá haver a possibilidade ampla de produção de provas, para se demonstrar a necessidade da retificação de dados que não correspondem à realidade:

“Relembre-se ainda que, importante em qualquer das duas hipóteses de cabimento (letras *a* e *b*), seja pela via sumária ou por meio de processo de conhecimento, o feito deverá correr em segredo da justiça, a fim de ser preservada a intimidade no curso do processo, como dispõe o inciso LX do art. 5.º da Constituição.”<sup>51</sup>

## 2.6 — Ação popular

### a) Conceito e objeto

O art. 5.º, inciso LXXIII, estabelece que:

“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.”

A ação popular se dirige à proteção de interesses, ou melhor dizendo, direitos difusos, entendendo-se estes direitos como aqueles direitos indivisíveis que pertencem a toda a população.

Este importante remédio processual foi ampliado no texto constitucional de 1988 ao se possibilitar a anulação de atos lesivos não somente ao patrimônio público, mas também à moralidade administrativa e ao meio ambiente, além de referência expressa ao patrimônio histórico e cultural

---

50 MALERBI, Diva Prestes. *Perfil do Habeas Data*. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1989, pp. 33-94.

51 MALERBI, Diva Prestes. *Ob. cit.*, p. 36.



que pela Lei n.º 4.717, de 26-6-65, era considerada patrimônio público para fins de proteção pela demanda popular.

A respeito da evolução da ação popular, escreve CLÓVIS BEZNOS:

“Voltada a ação popular unicamente para a defesa do patrimônio público, apercebendo-se o legislador estarem ao desabrigo determinados interesses difusos, de grande interesse social, editou a Lei n.º 6.513, de 20-12-77, que introduziu a atual redação do § 1.º do art. 1.º da Lei n.º 4.717, de 29-6-65, englobando no conceito de patrimônio público, para fins de proteção pela demanda popular, os bens e direitos de valor econômico, artístico, histórico ou turístico.”<sup>52</sup>

O objetivo da ação popular é a anulação de ato, medida, providência, que foi causa da lesão. Escreve JOSÉ CRETELLA JÚNIOR que se deve entender por ato lesivo, em sentido amplo, não só o ato administrativo como também contrato administrativo, fato administrativo, ou seja, “qualquer medida do Poder Público que desfalque o erário”.<sup>53</sup>

Acrescentamos que na nova ação popular do texto de 1988, não é simplesmente qualquer medida que desfalque o Erário público, mas qualquer medida lesiva ao meio ambiente, ao patrimônio histórico e cultural, à moralidade administrativa, além do patrimônio público anteriormente previsto.

A Constituição de 1988 exige como requisitos da ação popular apenas a lesividade e a condição de eleitor do autor. São os mesmos requisitos que a Emenda n.º 1, de 1969, estabelecia no § 31 do artigo 153, que dispunha que “qualquer cidadão será parte legítima para propor ação popular que vise anular atos lesivos ao patrimônio de entidades públicas”.

Apesar da clareza do texto constitucional, vários são os autores que entendem que a ilegalidade é o terceiro requisito necessário. É o caso do jurista HELY LOPES MEIRELLES que entende que o ato a ser inválido deve ser contrário ao direito, não se exigindo a ilegalidade do ato na sua origem, mas sim a ilegalidade na sua formação ou no seu objeto.

---

52 BEZNOS, Clóvis. *Ação Popular e Ação Civil Pública*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1989, pp. 21-22; CAMPOS FILHO, Paulo Barbosa de. *Ação Popular Constitucional*. Edição Saraiva, São Paulo, 1968; SILVA, José Afonso da. *Ação Popular Constitucional. Doutrina e Processo*. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1968; MINHOTO JÚNIOR, Alcebíades da Silva. *Teoria e Prática da Ação Popular Constitucional*. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1985.

53 CRETELLA JÚNIOR, José. Ob. cit., p. 782.

entendendo-se desta forma que o ato para ser anulado através da ação popular tem de ser ilegal e lesivo.<sup>54</sup>

Entretanto, entendemos que a Constituição é clara ao exigir apenas a lesividade e a condição de cidadão, ou seja, de eleitor, sendo a exigência da ilegalidade uma limitação injustificada a uma garantia processual. Concordamos, pois, com o Professor JOSÉ AFONSO DA SILVA que nos oferece fundamentação mais completa ao posicionamento adotado, quando escreve:

“A questão fica ainda presa quanto a saber se a ação popular continuará dependendo dos dois requisitos que sempre a nortearam: lesividade e ilegalidade de ato impugnado. Na medida em que a Constituição amplia o âmbito de ação popular, a tendência é a de exigir a lesão, em si, à condição de motivo autônomo de nulidade do ato. Reconhece-se muita dificuldade para tanto. Se exigir também do vício da legalidade, então não haverá dificuldade alguma para a apreciação do ato imoral, porque em verdade somente se considerará ocorrida a imoralidade administrativa no caso de ilegalidade. Mas isso nos parece liquidar com a intenção do legislador constituinte de contemplar a moralidade administrativa como objeto de proteção desse remédio.”<sup>55</sup>

#### *b) Legitimidade ativa*

A Constituição Federal determina que a ação popular poderá ser proposta por qualquer cidadão. Em outros dispositivos a expressão utilizada pela Constituição sugere qualquer pessoa, como no caso do *habeas corpus*, quando o inciso LXVIII utiliza a palavra “alguém”, ou outros dispositivos como o do mandado de segurança, do *habeas data* e do mandado de injunção onde a omissão do sujeito ativo nos leva à conclusão de que basta existir a titularidade do direito ofendido para se utilizar o remédio processual. No caso da ação popular, o dispositivo utiliza a expressão “qualquer cidadão”, devendo-se, neste caso, interpretar o termo cidadão no sentido jurídico estrito, significando aquele que pode exercer o seu direito político de votar, participando desta maneira de forma indireta do poder do Estado. Portanto, cidadão aí é o eleitor.

Pode-se concluir daí que o ajuizamento da ação não é facultado apenas a quem tenha sofrido prejuízo concreto proveniente do ato impugnado, mas, sim, aquele que pretenda ver revigorada a moralidade administrativa: “Trata-se, como é curial, de uma espécie peculiar de legitimação, definida e averiguada, já não concretamente, em relação ao objeto da demanda, mas

---

54 MEIRELLES, Hely Lopes. Ob. cit., p. 84.

55 SILVA, José Afonso da. Ob. cit., p. 399.

de natureza abstrata e independente do ato tido como lesivo”<sup>56</sup> do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente.

*c) Legitimidade passiva*

O artigo 6.º da Lei n.º 4.717, de 29 de junho de 1965, que regula a ação popular, determina que a ação será proposta contra pessoas públicas ou privadas, as autoridades, funcionários ou administradores que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado o ato impugnado, ou que, por omissão, tiverem dado a oportunidade à lesão, e contra os beneficiários diretos do mesmo. O ato lesivo que se procura anular na ação popular é aquele praticado contra o meio ambiente, moralidade administrativa, patrimônio histórico e cultural e ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, de entidades autárquicas, de sociedades de economia mista (Constituição, art. 141, § 38), de sociedades mútuas de seguro nas quais a União represente os segurados ausentes, de empresas públicas, de serviços sociais autônomos, de instituições ou fundações para cuja criação ou custeio o tesouro público haja concorrido ou concorra com mais de 50% (cinquenta por cento) do patrimônio ou da receita anual de empresas incorporadas ao Patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios e de quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos. (Art. 1.º da Lei n.º 4.717, de 29-6-65).

*d) Processo*

A ação popular tem rito ordinário, obedecendo aos dispositivos do Código de Processo Civil, observando as determinações da Lei n.º 4.717, de 1965, que manda fazer a intimação do Ministério Público; requisição às entidades indicadas dos documentos referidos pelo autor, que deverão ser entregues em prazo fixado de 15 a 30 dias; decisão liminar de suspensão do ato quando requerida; prazo de contestação de 20 dias, além de outras prescrições dos arts. 7.º a 19 da referida lei de regulamentação da ação popular.

*3. Os princípios processuais constitucionais*

Além das garantias processuais propriamente ditas, utilizando esta expressão para significar os meios processuais criados pela Constituição para proteger os direitos constitucionais, a Constituição Federal traz outras garantias com relação ao processo de extrema importância.

*a) Garantia da tutela jurisdicional*

O art. 5.º, inciso XXXV, estabelece que a “lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

---

56 TUCCI, Rogério Lauria e José Rogério Cruz e Tucci. Ob. cit., p. 184.

Observa JOSÉ CRETELLA JÚNIOR que “apreciação do Poder Judiciário significa revisão, controle, contraste, contrasteamento. Cabe ao Poder Judiciário, no policiamento da legalidade, apreciar, mediante provocação do interessado, a lesão do direito ocorrido, ou a ameaça de lesão. Se se tratar de direito líquido e certo, cabe o mandado de segurança. Se a lesão for dirigida à liberdade de locomoção, cabe o *habeas corpus*”.<sup>57</sup>

Este direito à jurisdição se inicia através de uma ação do autor.<sup>58</sup>

*b) Garantia do devido processo legal*

O art. 5.º, inciso LIV, determina que “ninguém será processado nem sentenciado sem o devido processo legal”.

O Professor JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA BARACHO, no seu livro *Processo Constitucional*, demonstra a íntima relação entre o inciso XXXV, que garante a tutela jurisdicional e o *due process of law* do sistema anglo-norte-americano,<sup>59</sup> e se encontra expressamente no inciso LIV, art. 5.º citado. Esta relação se dá em razão de que a tutela jurisdicional se efetiva através de um processo: “O processo, como diz Couture, é por si mesmo instrumento de tutela do direito, que se realiza através das previsões constitucionais. A Constituição pressupõe a existência do processo garantia da pessoa humana”.<sup>60</sup>

Neste sentido também se manifesta ROGÉRIO LAURIA TUCCI ao observar que o direito à jurisdição e o direito ao devido processo legal se fundem na imprescindível verificação do devido processo legal: “não basta, realmente, que o membro da coletividade tenha direito ao processo, tornando-se pelo contrário, inafastável também, a absoluta regularidade deste, com a verificação de todos os corolários daquele, para o atingimento da referida meta colimada”.<sup>61</sup>

A expressão “devido processo legal” determina a imposição obrigatória de determinados princípios: a correta e regular elaboração da lei com razoabilidade, senso de justiça e respeito à Constituição; aplicação judicial

---

57 CRETELLA JÚNIOR, José. Ob. cit., p. 436.

58 TUCCI, Rogério Lauria e José Rogério Cruz e Tucci. Ob. cit., p. 14.

59 BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional*, ob. cit., p. 124

60 BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Ob. cit., p. 125.

61 TUCCI, Rogério Lauria e José Rogério Cruz e Tucci. Ob. cit., p. 16.

da lei através de processo judicial ;respeito neste processo das oportunidades iguais para as partes envolvidas.<sup>62</sup>

### c) *Garantia de acesso à justiça*

Outra garantia que se deduz das duas primeiras é o acesso à justiça. O acesso à justiça é um direito essencial, pois dele decorre a real possibilidade da eficácia de todas as garantias processuais, e mesmo dos demais princípios processuais. Se não há possibilidade de acesso à justiça a uma importante parcela da população, as garantias processuais perdem muito de sua força e, conseqüentemente, a realização dos direitos humanos se torna incompleta e frágil. O art. 5.º, inciso LXXIV, da Constituição Federal determina que o “Estado preste assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”.

Muito evoluiu este direito de acesso à justiça, o que é bem estudado por MAURO CAPPELLETTI e BRYANT GARTH<sup>63</sup> em obra sobre o tema. Observam os autores citados que o acesso à justiça era considerado um direito natural nos Estados liberais dos séculos XVIII e XIX e, como tal, anteriores ao Estado, sendo que para sua preservação deveria apenas o Estado não permitir que este direito fosse infringido por outro:

“O Estado, portanto, permanecia passivo com relação a problemas tais como a aptidão de uma pessoa para reconhecer seus direitos e defendê-los adequadamente, na prática. Afastar a “po-breza em sentido legal” — a incapacidade que muitas pessoas têm de utilizar plenamente a justiça e suas instituições — não era preocupação do Estado. A justiça, como outros bens, no sistema do *laissez-faire*, só podia ser obtida por aqueles que pudessem enfrentar seus custos. Aquelles que não pudessem fazê-lo eram considerados os únicos responsáveis por sua sorte.”<sup>64</sup>

Como já vimos na evolução histórica dos direitos humanos, esse Estado liberal vai ceder lugar ao Estado Social preocupado com a questão social, garantindo direitos sociais e econômicos, e oferecendo, com isto, meios para que o cidadão possa usufruir dos direitos individuais. Evoluiu com isto o conceito e o conteúdo dos direitos humanos com reflexos no direito de acesso à justiça. O direito de acesso à justiça é uma garantia de acesso ao processo judicial, sendo portanto uma garantia classificada entre as garantias processuais. Deve o Estado agora assegurar o amplo acesso à

---

62 TUCCI, Rogério Lauria e José Rogério Cruz e Tucci. Ob. cit., p. 16.

63 CAPPELLETTI, Mauro e Bryant Garth. *Acesso à Justiça*. Sérgio Antônio Fabris Editor, Porto Alegre, 1988, tradução de Ellen Gracie Northfleet.

64 CAPPELLETTI, Mauro e Bryant Garth. Ob. cit., p. 9.

justiça, cabendo ao indivíduo a decisão da oportunidade para exercer este direito.

MAURO CAPPELLETTI<sup>65</sup> relaciona alguns obstáculos a serem transpostos para se chegar a um efetivo acesso à justiça:

I — Em primeiro lugar, deve-se procurar resolver o problema dos custos elevados da resolução formal dos litígios, o que no direito constitucional brasileiro será feito através da assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos. Aponta ainda MAURO CAPPELLETTI a necessidade de se resolverem as pequenas causas por meios que não sejam os processos formais judiciários, onde os custos podem ultrapassar o valor da controvérsia. A Constituição Federal também prevê esta solução no art. 98, no que determina a criação, pela União, no Distrito Federal, nos Territórios e nos Estados dos juizados especiais, providos por juízes togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos, oral e sumaríssimo, permitidos nas hipóteses previstas em lei e o julgamento de recursos por turmas de juízes de 1.º grau.

Outra questão a ser levantada com relação aos custos é o tempo. Os efeitos de demora na solução da lide podem ser devastadores, pois: "pressiona os economicamente fracos a abandonar suas causas ou aceitar acordos por valores muito inferiores àqueles a que teriam direito. A Convenção Européia para Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais reconhece explicitamente, no art. 6.º, parágrafo 1.º, que a justiça que não cumpre suas funções dentro de um prazo razoável é, para muitas pessoas, uma justiça inacessível".<sup>66</sup>

II — A impossibilidade das partes é outro obstáculo ao acesso à justiça, devendo-se entender como impossibilidade das partes não apenas a carência dos recursos financeiros, mas também a inaptidão para reconhecer um Direito e propor uma ação, e evoca a necessidade de que se esclareça a população de seus direitos e os meios de que ela dispõe para defendê-los.

#### *d) A garantia do juiz natural*

A garantia do juiz natural está assegurada de forma indireta no art. 5.º, inciso XXXVII, que proíbe a existência de juízo ou tribunal de exceção, e de forma direta no inciso LIII que determina que "ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente".

65 CAPPELLETTI, Mauro e Bryant Garth. Ob. cit., pp. 15 a 29.

66 CAPPELLETTI, Mauro e Bryant Garth. Ob. cit., pp. 20 e 21.

PINTO FERREIRA conceitua com extrema clareza a garantia do juiz natural:

“O juiz natural (*juge naturel*, *Gesetzliche Richte*) é somente aquele integrado no Poder Judiciário, com todas as garantias pessoais e funcionais previstas na Constituição Federal (art. 95). Somente os juizes, tribunais e órgãos jurisdicionais previstos na Constituição se identificam ao juiz natural, princípio que se estende ao poder de julgar também previsto em outros órgãos, como o Senado nos casos de impedimento de agentes do Poder Executivo.”<sup>67</sup>

Esta garantia consiste em oferecer àquele que pede a prestação jurisdicional a certeza de que o magistrado que julgará o conflito no qual ele é interessado será seguramente imparcial.<sup>68</sup>

#### e) *Garantia de ampla defesa e do contraditório*

O artigo 5.º, inciso LV, da Constituição Federal assegura aos litigantes, em processo judicial ou administrativo e aos acusados em geral, o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Esses princípios estão intimamente ligados ao devido processo legal, pois tanto o devido processo legal como o contraditório pressupõem o amplo direito da defesa dos litigantes e dos acusados.<sup>69</sup>

O princípio do contraditório é a garantia de igualdade das partes envolvidas na lide, assegurando-lhes poderes e direitos iguais. O contraditório é a principal consequência do tratamento igualitário das partes, consistindo na “necessidade de ouvir a pessoa perante a qual será proferida a decisão, garantindo-lhe o pleno direito de defesa e de pronunciamento durante todo o curso de processo. Não há privilégio de qualquer sorte. (. . .)

Decorrem três consequências básicas desse princípio: “a sentença só afeta as pessoas que foram parte no processo, os seus sucessores; só há relação processual completa após regular citação do demandado; toda a decisão só é proferida depois de ouvidas ambas as partes”.<sup>70</sup>

Como podemos notar, é a ampla defesa, consequência da aplicação de princípio do contraditório.

#### f) *Garantia de publicidade dos atos processuais*

---

67 FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição Brasileira*, 1º vol. Editora Saraiva, São Paulo, 1989, p. 175.

68 TUCCI, Rogério Lauria e José Rogério Cruz e Tucci. *Ob. cit.*, p. 29.

69 LOBO, Eugênio Hadoch e Julio César do Prado Leite. *Comentários à Constituição Federal*, 1º volume, edições trabalhistas, Rio de Janeiro, 1989, p. 100.

70 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo de Conhecimento*, Tomo I, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1981, p. 35.

O artigo 5.º, inciso LX, determina que “a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem.

ALCINO PINTO FALCÃO observa que o inciso LX (publicidade dos atos processuais) deve ser “ponderado com o elogiável inciso IX do artigo 93 (todo o julgamento dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade). A única exceção a esse princípio democrático diz respeito ao júri (art. 5.º, XXXVIII).

O princípio — nem sempre contemplado em vários países, alguns democráticos — tem boas raízes entre nós. Infelizmente o STF — após a instauração do regime castrense — deu uma lamentável marcha a ré, passando a admitir em seu Regimento Interno a sessão secreta para diversos tipos de julgamento, inclusive penais, em que estejam envolvidos certos dignitários da República. Essa orientação do STF, em sua nova composição, causou perplexidade e deu espaço para suspeitas, nunca obtendo o louvor dos nossos juristas esclarecidos.

Com os dois preceitos agora inseridos na Constituição, esses julgamentos em sessão secreta ficam fazendo parte de um passado, que se almeja não torne a voltar. Ambos os dispositivos, sem exceção, valem para qualquer juízo ou tribunal, seja civil ou militar”.<sup>71</sup>

---

71 FALCÃO, Alcino Pinto *et alii*, *Comentários à Constituição*, 1º volume, Biblioteca Jurídica Freitas Bastos S.A., Rio de Janeiro, 1990, p. 289.

### *Bibliografia*

ACKEL FILHO, Diomar. *Writs Constitucionais (Habeas Corpus, Mandado de Segurança, Mandado de Injunção, Habeas Data)* Editora Saraiva, São Paulo, 1988.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional*.

————— *Teoria Geral do Constitucionalismo*.

————— *Processo Constitucional: O devido processo legal*. Movimento Editorial da Revista da Faculdade de Direito da UFMG.

BARCELOS DE SOUZA, José. *A Defesa na Polícia e em Juízo*. Edição Saraiva, 1980, 5ª edição.



- BARBI, Celso Agrícola. *Do Mandado de Segurança*, Edição Revista, Aumentada e Atualizada de Acordo com o Código de Processo Civil de 1973 e Legislação Posterior, Forense, Rio de Janeiro, 1976.
- BEZOS, Clóvis. *Ação Popular e Ação Civil Pública*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1989.
- BASTOS, Celso Ribeiro. Ives Gandra Martins. *Comentários à Constituição do Brasil*, Vol. II, Editora Saraiva, São Paulo, 1989.
- CAMPOS FILHO, Paulo Barbosa dos. *Ação Popular Constitucional*, Edição Saraiva. São Paulo, 1968.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Os Writs na Constituição de 1988 (Mandado de Segurança, Mandado de Segurança Coletivo, Mandado de Injunção, Habeas Data, Habeas Corpus, Ação Popular)*, Editora Forense Universitária Ltda., São Paulo, 1989.
- Comentários à Lei do Mandado de Segurança (De acordo com a Constituição de 5 de outubro de 1988)*, Forense, Rio de Janeiro, 1989.
- Do Mandado de Segurança Coletivo. De acordo com a Constituição de 1988*, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1990.
- Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, Volume 2, Editora Forense Universitária, Rio de Janeiro, 1989.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*, 3ª edição, Livraria Almedina, Coimbra, 1989.
- CAPPELLETTI, Mauro e BRYANT GARTH. *Acesso à Justiça*. Sérgio Antônio Fabris Editor, Porto Alegre, 1988, Tradução Ellen Gracie Northfleet.
- CUNHA, Mauro Silva. Roberto Geraldo Coelho. *Habeas Corpus no Direito Brasileiro*, 1ª edição, Aide Editora, Rio de Janeiro, 1985.
- CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Class Action e Mandado de Segurança Coletivo*. Editora Saraiva, São Paulo, 1990.
- DANTAS, Ivo. *Mandado de Injunção. Guia Teórico e Prático*. Aide Editora, 1ª edição, Rio de Janeiro, 1989.
- GREGO FILHO, Vicente. *Tutela Constitucional de Liberdades*, Editora Saraiva, São Paulo, 1989.
- MARMITT, Arnaldo. *Prisão Civil por Alimentos e Depositário Infiel (de acordo com a nova Constituição)* 1ª edição, Aide Editora, Rio de Janeiro, 1989.
- MIRANDA, Pontes de. *História e Prática do Habeas Corpus*. Editora Borsoli, Rio, 1962, 4ª edição.
- SILVA, José Afonso da. *Mandado de Injunção e Habeas Data*. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1989.
- SANTOS, Ulderico Pires do. *Mandado de Injunção*. Editora Paumapé, São Paulo, 1988.
- STRENGER, Irineu. *Mandado de Injunção*, Editora Forense Universitária, Rio de Janeiro, 1988.
- TUCCI, Rogério Lauria e José Rogério Cruz e Tucci. *Constituição de 1988 e Processo*. Editora Saraiva, São Paulo, 1989.