

**Os Novos "Writs"
Constitucionais
Brasileiros na
Esfera Civil**

Hermes Zanetti Junior

Os Novos “Writs” Constitucionais Brasileiros na Esfera Civil: Mandado de Segurança Coletivo, *Habeas Data* e Mandado de Injunção

Hermes Zaneti Júnior

SUMÁRIO

Introdução	2
1. Habeas data	2
1.1. Aplicação do habeas data até o advento da nova Lei	3
1.2. A Lei 9.507 de 12 de novembro de 1997	3
1.3. Comentários finais	5
2. Mandado injunção	5
2.1. A proximidade com o mandado de segurança e com os institutos anglo-americanos	6
2.2. Aplicação e regulação	8
3. Mandado de segurança coletivo	9
3.1. As principais dúvidas que surgiram na aplicação do instituto	10
3.2. Questões controversas	11
Conclusões	13
Bibliografia	14



CopyMarket.com

Todos os direitos reservados.
Nenhuma parte desta publicação poderá ser
reproduzida sem a autorização da Editora.

Título: Os Novos “Writs” Constitucionais Brasileiros na Esfera Civil

Autor: Hermes Zaneti Júnior

Editora: CopyMarket.com, 2000

Os Novos “Writs” Constitucionais Brasileiros na Esfera Civil: Mandado de Segurança Coletivo, *Habeas Data* e Mandado de Injunção

Hermes Zaneti Júnior

INTRODUÇÃO

Em momento de reflexão imediatamente posterior à Constituinte foi dito: “Tanto o Congresso Nacional como o Supremo Tribunal Federal têm preferido ficar aquém dos limites no exercício de seus poderes constitucionais”. Estas palavras foram proferidas por ninguém menos do que o Presidente da República Federativa do Brasil, à época Senador, o Sr. Fernando Henrique Cardoso. Comentava Sua Excelência uma decisão do Supremo Tribunal Federal (julgamento de mandado de injunção em 22.08.90, que visava à regulamentação do artigo 45, § 1º, da CF/88) em artigo escrito para a Folha de São Paulo.¹ A visão crítica do então Senador denota a gravidade e abrangência do problema da aplicação dos novos “writs” constitucionais.

O tema do presente ensaio é justamente este. Far-se-á, portanto, uma abordagem em grandes linhas do “habeas data”, do mandado de injunção e do mandado de segurança coletivo², indicando sua conformação no sistema jurídico processual, seus limites atuais na doutrina e jurisprudência e as perspectivas para sua correta e ampla utilização.

¹ CARDOSO, Fernando Henrique. “Poderes diminuídos”. Folha de São Paulo, 23 ago. 1990, p.a-2, *apud* STRECK, Lênio Luiz, O Mandado de Injunção no Direito Brasileiro, análise crítica, perspectivas jurídicas e políticas. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1991.

² A primeira advertência necessária é que o mandado de segurança coletivo é o mesmo mandado de segurança individual, é novo, portanto, somente quanto a legitimação ativa e quanto ao seu objeto, proteção de direitos coletivos *lato sensu*.

1. *HABEAS DATA*

Hermes Zaneti Júnior

Os motivos ensejadores da criação da garantia constitucional ou “garantia ativa” como prefere o jurista Othon Sidou¹ foram principalmente dois. O primeiro guarda estrita relação com a realidade democratizadora da constituinte de 88; o Brasil, recém saído de um regime ditatorial militar, sentia na carne os auspícios que a limitação da cidadania, através da constante vigilância exercida pelo SNI e dos registros "oficiais" nos órgãos administrativos poderia ocasionar. Esta então é a primeira motivação, superar e *afastar* definitivamente o poder de escrutínio da intimidade do cidadão pelo Estado, reservando o direito à cidadania, à dignidade e à vida privada de cada um e garantindo que as informações fossem levadas ao conhecimento do cidadão caso esse as solicitasse.

O segundo motivo, menos imbuído de feições políticas, porém mais consoante com as necessidades modernas e avançado no sentido de garantia, é consequência do intuito claro, assumido na carta, de proteger as relações de consumo e o consumidor ou usuário de produtos e serviços. Os famigerados sistemas de informação e proteção ao crédito - aqui podemos citar alguns mais conhecidos como o SERASA (Centralização de Serviços dos Bancos S/A), o SPC (Serviço de Proteção ao Crédito) e o SCI - não raro cometem erros e abusos ferindo a liberdade dos consumidores e usuários (principalmente no que tange aos serviços bancários).

A redação do art. 5º, inciso LXXII, dispõe:

“Conceder-se-á *habeas data*:

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

Vê-se aqui que a legitimidade ativa é restrita à pessoa do impetrante; nesse sentido o legislador reforça o caráter de cidadania do instituto, porquanto, defesa do direito subjetivo ao conhecimento da informação pessoal.

Em um primeiro momento, com relação aos registros (aqui entendidos por registros aqueles efetuados por órgãos da Administração Pública), pretendeu-se a inclusão do termo “entidades governamentais”. Depois, foi inserido o termo de “caráter público” para incluir na proteção as entidades e arquivos privados. Versa o Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, em seu art. 43,§ 4º, expressamente sobre a caracterização dos bancos de dados e cadastros relativos a consumidores como entidades de caráter público²;

¹ OTHON SIDOU, J.M. “Habeas corpus”, mandado de segurança, mandado de injunção, “habeas data”, ação popular: as garantias ativas dos direitos coletivos”. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

² É o texto legal, “Art. 43. – O consumidor sem prejuízo do disposto no art. 86, terá acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes.” E segue, “§ 4º - Os bancos de dados e cadastros relativos a consumidores, os serviços de proteção ao crédito e congêneres são considerados entidades de caráter público” (Lei 8.078/90). Além destes dispositivos regula o artigo, em seus demais parágrafos, a forma como se deve proceder o registro, o prazo prescricional de cinco anos etc. A proteção do consumidor “objeto de arquivo” pressupõe a existência de **três direitos básicos**, a saber, **a) o direito de comunicação do armazenamento; b) o direito de acesso, e por último, c) o direito de retificação**. GRINOVER, Ada Pellegrinni, BENJAMIN, Antônio H. V., FINK, Daniel, et al, “Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto”, 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.

neste sentido foi promulgada também a recente lei reguladora do instituto (Lei 9.507/97, § único do art. 1º).

Na segunda alínea do inciso LXXII, do art. 5º, da CF/88 consta: “b) para a retificação de dados quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo”.

Com tal dispositivo o constituinte aparelhou o impetrante de instrumento eficaz, não só para o conhecimento do conteúdo dos registros (alínea ‘a’), como também para **a correção** desses.

Cabe ainda observar (Othon Sídou) a influência que sofreu o legislador constituinte do art. 35, item I, da Constituição Portuguesa³, indo, porém, o remédio brasileiro mais adiante visto que prevê um instrumento ao exercício do direito à informação somente regulada por aquele dispositivo português.

1.1. Aplicação do *habeas data* até o advento da nova lei:

Antes de mais nada, cabe lembrar que é na alínea b), do inc LXXII, que o novo “*writ*” constitucional se destaca como protetor da cidadania (diferenciando-se positivamente do seu inspirador português). Ali está expresso o **direito à retificação dos dados**; no entanto, o diploma regulador (Lei 9.507/97, que regula o *habeas data*) tratou de forma mais branda a questão.

O *habeas data*, até o advento da Lei 9.507/97, era aplicado com base no que dispunha a Lei dos Recursos (art. 24, § único da Lei n. 8.038), no Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça e através da utilização analógica do Código de Processo Civil e da Lei do mandado de segurança (Lei 1533/51).

A lei recente introduziu uma alteração significativa, uma terceira alínea, alínea ‘c’, criando a possibilidade de **anotação no registro do impetrante quando houver pendência judicial ou amigável**.

1.2. A Lei 9.507 de 12 de novembro de 1997 ⁴:

A Lei 9.507/97 regula o direito de acesso a informações e disciplina o rito processual do Habeas Data. A seguir transcrevem-se alguns trechos do texto da Lei, tecendo-se comentários sobre a matéria que a mesma disciplina.

O artigo 1º foi vetado, mas mantido o seu parágrafo único que traz a já consagrada concepção do Código de Defesa do Consumidor⁵(Lei 8.078/90) sobre a natureza de **caráter público** de todo o registro ou banco de dados, com uma exceção, os de caráter privativo do órgão, entidade produtora ou depositária das informações. Tal exceção parece descabida e injustificável; deve ater-se o jurista em qual liberdade é mais importante, a da empresa que cria o arquivo ou a do cidadão.

O CDC, ao disciplinar, em seu art. 43, o acesso às informações relativas ao consumidor existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, considera de caráter público os bancos de dados e cadastros relativos a consumidores, incluindo expressamente os serviços de proteção ao crédito e congêneres. A Lei nova aqui apresentou-se restritiva com relação ao disciplinado naquele estatuto protecionista, visto que procura garantir informações privativas, inacessíveis ao impetrante do *habeas data* (consumidor ou não).

³ Art. 35, item 1, verbis, “todos os cidadãos têm direito a tomar conhecimento do que constar de registros informativos a seu respeito e do fim a que se destinam as informações, podendo exigir a retificação dos dados e sua atualização.”

⁴ Publicada no Diário Oficial da União, Seção I, 12.11.1997, p. 26.025.

⁵ Utilizar-se-á com freqüência o CDC para uma análise comparativa visto este ter dispositivo que trata especificamente dos arquivos de consumidores.

O artigo 2º estabelece um procedimento extrajudicial com a apresentação de **requerimento**, e define os prazos para a atenção a este, devendo o órgão ou a entidade fazer a manifestação e publicidade por comunicação da decisão, em 24 horas. Tal procedimento administrativo, em que pese a boa intenção de impedir a movimentação desnecessária do aparelho judiciário, não pode significar condição para o acesso ao Judiciário; deve ser resguardado o princípio da inafastabilidade. Porém tal situação já havia sido consagrada na jurisprudência, e sumulada pelo STJ.

Já havia decidido o STJ: “Habeas data- Conhecimento. O “habeas data” é ação constitucional. Submete-se, por isso, as respectivas condições, entre as quais o interesse de agir. processualmente, significa necessidade de ingresso em juízo, dada a resistência da contraparte.

Faltará, entretanto, essa condição, se quem deveria prestar as informações ou promover a retificação de dados não as negou, porque nada lhe fora requerido. Inexiste, pois, lesão ao direito do impetrante. Decisão. Por maioria, não conhecer o pedido de “habeas data”, vencidos os Ministros Relator, Ilmar Galvão e José de Jesus. (HD 8/DF, Relator Min. Garcia Vieira, Rel. p/ Acórdão Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, S1, DJ 28.08.1989, pg. 13673, RSTJ, vol. 16, pg. 45).” E sumulado “Súmula nº 2 - Não cabe habeas data (CF, art. 5º, LXXII, Letra “a”) se não houve recusa de informações por parte da autoridade administrativa. (DJ. 18.05.1990, RSTJ, vol. 16, pg.25).” Note-se bem que aqui não incide a súmula sobre o **direito de retificação, alínea ‘b’**.

Cabe a transcrição textual do artigo 4º, por ser de interesse para o estudo proposto neste ensaio: “**Artigo 4º - Constatada a inexatidão de qualquer dado a seu respeito, o interessado, em petição acompanhada de documentos comprobatórios, poderá requerer sua retificação.**

§ 1º - Feita a **retificação em, no máximo, 10 (dez) dias** após a entrada do requerimento, a entidade ou órgão depositário do registro ou da informação dará ciência ao interessado.

§ 2º - Ainda que não se constate a inexatidão do dado, se o interessado apresentar explicação ou contestação sobre o mesmo, **justificando possível pendência sobre o fato objeto do dado, tal explicação será anotada no cadastro do interessado.**”

O artigo 4º traz novidades. Nele, além de definir que a forma da retificação será por petição acompanhada de documentos comprobatórios, a lei ainda define o prazo de dez dias para a alteração, caso procedente (parágrafo 1º). A lei inova, também, ao criar a anotação no cadastro por pendência sobre o fato; entenda-se que este parágrafo pode ter influência decisiva no caso de discussão acerca da procedência ou montante dos débitos inscritos no SERASA e no SPC, quando o direito e a liberdade econômica do cidadão, podem injustamente ser maculados pela atitude unilateral dos arquivos, através de dados equivocados e, muitas vezes, nem mesmo existentes. Julga-se que melhor seria a simples suspensão do registro até julgamento final da demanda, em caso de dúvida substancial, o que é avaliável pela documentação anexada no momento da impetração.

O direito de retificação é a garantia ativa, por excelência, do “*writ*”, ou seja, sem poder retificar o registro o impetrante se acha objeto de injustiça flagrante e sem ação. Assim, concordamos com Antônio Herman de Vaconcellos e Benjamin, para quem, *verbis*, “Ao dever de correção não se concede qualquer lapso: tem ele que ser cumprido imediatamente. O vocábulo imediatamente quer dizer: a emenda é feita pelo arquivista logo após ter os elementos que lhe permitam entender a incorreção da informação ou, de outra maneira, lhe faltarem subsídios para a sua comprovação.”⁶.

No art. 7º, inciso III, temos a alteração consubstanciada; versa o caput, “conceder-se-á *habeas data*” e o inciso III - “ para a anotação, nos assentamentos do interessado, de contestação ou explicação sobre dado verdadeiro, mas justificável, e que esteja sob pendência judicial ou amigável.” Neste artigo, a novidade é no sentido do já exposto quanto ao parágrafo 2º do art. 4º.

⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini et al., op. cit., p. 334.

O inciso III, do art. 7º, traz a inovação característica da lei: enquanto nos dois primeiros incisos se guarda a estrita correspondência com o texto constitucional, inclui-se, no terceiro um sistema de anotação no registro, em caso de pendência sobre o fato, relativo aos assentamentos do impetrante.

O art. 8º, parágrafo único, cria a obrigatoriedade do procedimento extrajudicial, impondo a prova do requerimento anterior com as recusas feitas pelo órgão ou entidade ou a demora no prazo da decisão. Tal procedimento, como já foi visto, visa a impedir o excesso na utilização da via judicial, com um poder judiciário já abarrotado, quando se pode resolver de plano, extrajudicialmente, a questão do conhecimento dos dados, do registro mal formado ou inexacto.

Os artigos seguintes estipulam o rito processual. Ressalta-se o artigo 10 que dispõe sobre o indeferimento liminar da inicial, caso não seja esta instruída com as provas: a) da recusa ao acesso às informações ou do decurso de mais de dez dias sem decisão; b) da recusa em fazer-se a retificação ou do decurso de mais de 15 dias, sem decisão; c) da recusa em fazer-se a anotação a que se refere o § 2º do artigo 4º ou do decurso de mais de quinze dias sem decisão (estabelecidas pelo art. 8º). O art. 15 estabelece o efeito meramente devolutivo do recurso, garantindo a efetividade da decisão de primeiro grau na defesa dos direitos do cidadão. Caso não haja apreciação do mérito, o pedido de *habeas data* poderá ser renovado.

1.3. Comentários finais:

Ao regular o *habeas data* o legislador foi restritivo. Em primeiro lugar, afastou da proteção pelo “writ” as informações contidas nos cadastros internos das empresas, restringindo o âmbito de tutela; em segundo lugar, restringiu o próprio instituto, criando dificuldades na sua impetração e diminuindo sua efetividade⁷.

Estabeleceu um procedimento extrajudicial obrigatório como pré-requisito para a impetração do “writ” (arts. 8º e 10), um número excessivo de prazos, que em sua maioria beneficiam os coatores e, *last but not least*; criou uma “alínea ‘c’”, com restrição não existente no texto constitucional. No caso de discussão judicial sobre a veracidade e procedência das informações contidas nos registros, estas não serão suspensas até solução do litígio, mas constará uma anotação de que aquelas informações encontram-se “*sub judice*”.

A conduta tomada pelo constituinte originário com relação aos direitos e garantias individuais ao cidadão foi a mais ampla possível; acreditava-se na atuação da sociedade civil para manter estas conquistas. Não obstante, o legislativo sofre hoje (na regulação daqueles institutos) a pressão dos grupos econômicos, mais fortes, melhor assistidos que a sociedade civil, e, mesmo, financiadores das campanhas eleitorais de muitos dos *representantes do povo*.

O “*lobby*” destes grupos supera, em muitos casos, a idéia fraca ou débil de uma constituição cidadã, que luta contra a própria ignorância do homem servil, do “zé ninguém” que tudo agüenta porque não sabe como reagir, privado que foi da sua cidadania desde o berço. Cabe ao jurista a profissão de fé, lutar contra as injustiças que as disposições legais desta natureza possam trazer, ferindo o princípio da liberdade da vida privada do cidadão (garantidos expressamente no texto do art. 5º, incisos X, inclusive com a devida indenização pelo dano moral sofrido).

Passa-se agora à análise do *mandado de injunção*.

⁷ Entendida aqui como realização dos efeitos desejáveis pelo impetrante; por exemplo, a suspensão do registro quando estiver a questão “*sub judice*”.

2. Mandado de Injunção

Hermes Zaneti Júnior

Este “*writ*”, assim como as demais garantias ativas Constitucionais inovadoras na CF de 1988, está incluído no art. 5º, tendo seu local específico no inciso LXXI, que estabelece: “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.”

{©O direito à regulamentação de norma parece estar claro, se percebe também o direito a criação de norma no caso de sua ausência, porém, como indaga Irineu Strenger¹, em que casos devemos reconhecer a prévia necessidade de regulamentação? Em que medida, para muitos casos, a norma é aplicável sem lei regulamentadora? A colocar essas e outras questões está o intérprete do direito, ainda hoje buscando delimitar adequadamente o sentido e o alcance da lei, dez anos após a promulgação do texto constitucional.

O conceito estabelecido pela norma constitucional é muito abrangente e geral, não permitindo solucionar, portanto, estas questões.

A legitimidade ativa parece alcançar todo aquele que sofrer prejuízo e apontar o nexos causal entre a falta de regulamento e a “inviabilidade” de exercer os direitos constitucionais estabelecidos na CF/88.

Cabe ainda a autoaplicabilidade decorrente do parágrafo 1º do art. 5º. Assim, “Impõe-se destarte encontrar uma conciliação da lei com a consciência jurídica geral”, segue, “Conclui-se daí que a norma criadora do mandado de injunção é expressão prescritiva condicionada, uma vez que o elemento constitutivo da regra deve estar conexo com uma causalidade jurídica.”² Ou seja, o caso concreto possibilita ou não a aplicação do *mandamus*.

2.1. A Proximidade com o Mandado de Segurança e com os Institutos Anglo-Americanos:

O mandado de injunção guarda diversas similitudes com o mandado de segurança; para estudar-se aquele precisa-se demonstrar aonde existe um “*approach*” com este que já possui interpretação consolidada na doutrina e na jurisprudência. Além do mandado de segurança, guardam relação com o mandado de injunção os “*standards*” da justiça anglo-americana que servem como meio auxiliar de aplicação, pois nesses sistemas a “*injunction*” é remédio jurídico de ampla utilização, como se verá mais adiante.³

Estas analogias são necessárias junto à interpretação contextualizada para que se consiga um objetivo mínimo dentro deste ensaio, qual seja, o de posicionar o estudo do novo instituto dentro da perspectiva do jurista, utilizando-se de princípios gerais do direito.

¹ STRENGER, Irineu. “Mandado de injunção”. Rio de Janeiro: Forense universitária, 1988. p.5.

² STRENGER, op.cit., p 6.

³ STRENGER, op.cit., p 8.

Houve muita confusão com a opção pelo termo “injunção”, tomado pelo legislador, a começar pelos diversos tipos de “injunction” utilizados nos E.U.A (notadamente como “prohibition” com função antagônica à da vontade do legislador nacional, na opinião de Othon Sidou, sic.). Na Argentina o mandado de injunção recebeu o nome de Mandado de Execução⁴.

Vocábulo originário do latim, “injunction”(unir, impor, ajuntar, ordem formal, imposição) é usado para indicar obrigação imposta que se apresenta em caráter de ordem formal, cujo cumprimento não pode ser desatendido. A injunção revela-se, então, uma ordem de caráter imperativo, indiscutível e que deve ser cumprida. “Em termos jurídicos a injunção pode ser definida como ordem com a qual o juiz impõe uma obrigação de fazer ou de não cumprir um ato determinado, cuja violação constitui em atentado ao direito.”⁵

Para Othon Sidou, o mandado de injunção teve origem nas cartas políticas Iugoslava e Portuguesa (respectivamente nos arts. 377 e 283); o autor fundamenta esta opinião nos anteprojetos de lei da Constituinte; ressalta que o instituto nacional restou mais abrangente que os outros dois, pelo seu caráter supletivo. O caráter supletivo do mesmo mandado teve origem principal no direito anglo-americano para a proteção dos direitos e prerrogativas do cidadão, não amparados por norma regulamentadora, mas garantidos na constituição.

Como breve notícia de aplicação da “Injunction” nos países do “common law” podemos demonstrar, primeiro, que na Inglaterra a “Injunction” é um “Equitable Remedy”, remédio da “equity” e não do “common law” - e apesar da ampla utilização ela, na Inglaterra, não pode ser utilizada contra a administração pública. Nos Estados Unidos um dos instrumentos mais difundidos para o controle da legalidade dos atos cometidos pela administração é o “declaratory judgement” que é acompanhado sempre de uma “injunction” com a qual impede a administração de executar o ato. Também é largamente utilizada no Direito norte-americano para prevenir a violação dos Direitos civis (“civil rights”).

A utilização dos conceitos do “common law” seria impossível em nosso sistema, visto a não existência da “contempt of the court”⁶, o que a tornaria ineficiente.

Por outro lado, existe um parâmetro relevante de distinção presente no “common law” e que pode ser exportado: é definir a injunção como “proibitória” (caso proíba a prática de ato ou atos) ou “mandatória” (caso determine a prática de ato ou atos). Ambas se adequam ao escopo aparente do nosso mandado de injunção, bem entendido como garantidor do exercício de direito, a injunção poderá a suprir a deficiência legislativa, atingindo proibitivamente a prática de atos, ou determinando a regra para esta prática.

Apesar da proximidade dos procedimentos e da característica de ordem emanada do Poder Judicial, o mandado de injunção tem objeto diverso do mandado de segurança, não só porque alcança as relações privadas, como também porque atinge uma gama de situações bem maior, não restrita à ilegalidade e ao abuso de poder.

Como o rito deve ser similar ao do mandado de segurança, cabem também as liminares, devendo-se admitir o pedido liminar quando presentes os requisitos do “fumus boni iuri” e “periculum in mora”. É o magistério de Hely Lopes Meireles. Nesse sentido: “Entendemos cabível, eventualmente, até mesmo a medida liminar como providência cautelar para evitar lesão a direito do impetrante do mandado de injunção, desde que haja possibilidade de dano irreparável se se aguardar decisão final da Justiça. Se tal medida é cabível para a defesa de direito individual ou coletivo amparado por lei ordinária, com mais razão há de ser para proteger os direitos e prerrogativas constitucionais asseguráveis pelo mandado de injunção, desde que ocorram os pressupostos do

⁴ SIDOU, op. cit., p 406.

⁵ STRENGER, op.cit., p 14.

⁶ Punição estabelecida pelo não cumprimento de obrigação civil, a exemplo das obrigações estabelecidas pela “injunction”.

fumus boni iuris e do periculum in mora.”⁷

São incompatibilidades entre o mandado de injunção e o mandado de segurança que desvirtuam o “suporte mais robusto do Mandado de Segurança” (Othon Sidou): primeiro, o abuso de poder (ou agravo), que não é exigência para o mandado de injunção, segundo, o direito líquido e certo, visto que se sabe que o direito em questão está desamparado, mas não se sabe se este direito está vinculado ao indivíduo (sic.)⁸.

Ora, com a devida vênia, é necessário que se apresente a documentação, comprovando o nexo causal entre a existência do direito ou liberdade constitucional ou prerrogativa, a falta de norma reguladora, e a inviabilidade do exercício, em virtude da apatia legislativa⁹. Direito líquido e certo é na melhor doutrina aquele provável de plano, não cabe, mesmo pela necessidade de celeridade do mandado de injunção que adota rito procedimental do mandado de segurança, abrir espaço para dilações probatórias. Como coloca Marcelo Duarte “Sua impetração deve apresentar fatos certos, indubitavelmente provados por documento. Não parece admissível que etapas demoradas de dilação probatória, próprias do processo ordinário de 1ª instância, tenham cabimento numa ação, com finalidade tão específica de integração da norma constitucional, diretamente decidida pelos tribunais”¹⁰.

2.2. Aplicação e Regulação:

Quanto à regulamentação, o conselho sábio do Prof. Strenger é que primeiro se sedimente uma doutrina e uma jurisprudência sobre o mandado de injunção para que depois se regule o mesmo. Por ora deve ser ele aplicado em observância da Lei do mandado de segurança e supletivamente do Código de Processo Civil (art. 24 da Lei dos Recursos).

A aplicação judicial depende da possibilidade de subsunção de cada uma das características típicas do mandado de injunção ao caso concreto. Caso não se consiga satisfatoriamente esta prova de certeza dos fatos e a sua

⁷ E ainda, “A concessão de medida liminar em mandado de injunção foi consagrada pelos tribunais em várias decisões que apreciaram a matéria, seja para deferi-la, seja para indeferi-la, mas sempre reconhecendo sua admissibilidade em tese” (MEIRELLES, Hely Lopes in Mandado de Segurança: ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, “habeas data”, 19ª ed., atualizada por Arnaldo Wald. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 206). Sobre sua concessão tanto em mandado de segurança coletivo como em qualquer outra ação cabível é o magistério do autor ainda mais incisivo, “A liminar não é uma liberalidade da Justiça; é medida acauteladora do direito do impetrante, que não pode ser negada quando ocorrem os seus pressupostos como, também, não deve ser concedida quando ausentes os requisitos de sua admissibilidade.” (op. cit., p. 69-70).

⁸ Direito líquido e certo é pressuposto processual específico da ação de mandado de segurança, é categoria de direito processual e diz respeito a prova pré-constituída, não guarda relação com o instituo em análise. Quanto ao pressuposto de estar o direito “ligado ao indivíduo” faz-se duas ressalvas: a) é necessário existir um direito a ser tutelado e a necessitar de tutela (regulamentação ou criação de norma para o caso concreto) para impetrar a “injunction”, sem o que carece o autor de ação, b) o direito tutelado não é obrigatoriamente um direito individual, segundo notícia vinculada no informativo do STF, “Por maioria de votos, o Tribunal reconheceu a legitimidade ativa de entidades sindicais para a propositura de mandado de injunção coletivo, quando a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício de direitos constitucionais de seus membros. Vencido o Min. Marco Aurélio, relator, que não admitia o mandado de injunção coletivo do impetrante, Sindicato dos Trabalhadores Rurais de Pombos - PE, por entender que a referida ação trata de direitos individuais. Precedentes citados: MI 20 - DF (DJU de 22.11.96), MI 73 - DF (DJU de 19.12.94); MI 361 - RJ (RTJ 158/375). Prosseguindo no julgamento, o Tribunal julgou prejudicado o mandado de injunção pela superveniência de medida provisória disciplinando o art. 7º, XI, da CF, objeto da ação. Vencido, neste ponto, o Min. Sepúlveda Pertence. MI 102 - PE, rel. orig. Min. Marco Aurélio, rel. p/ acórdão, Min. Carlos Velloso, 12.2.98.” (<http://200.130.5.5/Scripts/Pesqinfo.IDC?Argum=legitimidade+ativa>).

⁹ Segundo Luiz Flávio Gomes os pressupostos constitucionais do mandado de injunção são: “1º) a existência de um direito ou liberdade constitucional ou de uma prerrogativa inerente à nacionalidade, à soberania e à cidadania; 2º) falta de norma regulamentadora desse direito ou liberdade ou prerrogativa, e 3º) inviabilidade do exercício desse direito ou liberdade ou prerrogativa, em virtude da ‘falta de norma regulamentadora’” (in RT, nº 647, Setembro, 1989, p. 39-40). Ou seja, sem os pressupostos da ação, não pode pretender o autor a sua proposição.

¹⁰ DUARTE, Marcelo, “Mandado de Injunção”, Revista de Inf. Legislativa, ano 28, nº 110, abr/jun. 1991, p. 136.

conexão causal necessária com o tipo, a norma é inaplicável e não pode atingir a sua consequência jurídica¹¹.

Norma de eficácia contida¹²? Deve-se perguntar sobre a aplicabilidade do “*writ*” se depende ou não de regulamentação; como já foi visto, é norma de eficácia contida no que concerte a deficiência de regulamentação, mas a sua eficácia potencializada pela constitucionalização e autoaplicabilidade decorrente, impõe sua aplicação imediata.

A aplicabilidade está restrita à matéria enunciada no inciso LXXI; o campo de aplicação corresponde a todas as situações respeitantes ao nexos causal originário, ou seja, a ausência de regulamentação que impeça a qualquer cidadão nacional ou estrangeiro o exercício de direitos ou liberdades constitucionais somados, ainda, a prerrogativas de nacionalidade, soberania e cidadania.

Quanto aos que interpretam ser o mandado de injunção uma simples ordem para que o órgão competente preenchesse a lacuna legislativa, opinião avalizada pelo Supremo Tribunal Federal ao restringir-se a declarar a mora legislativa, cabe a visão integradora de Alvaro de Oliveira, “Note-se claramente tal aspecto quando se enfrenta a opinião, acima referida, de que a **injunction** se limitaria à obtenção de um mandado, dirigido ao órgão competente para preencher a lacuna normativa. A isso se poderia facilmente responder que a nova Constituição introduziu no art. 103, parágrafo segundo, a “declaração de inconstitucionalidade por omissão”, buscando, exatamente, tornar efetiva a norma constitucional por meio da **ciência** ao Poder competente para a adoção das providências necessárias. Atribuir à injunção o mesmo resultado constituiria indiscutível **bis in idem**, com reprovável infração do princípio elementar de que na lei não se presumem palavras inúteis, reduzindo-se a um **flatus vocis** a garantia assegurada no art. 5º, LXXI.”¹³

Assim é o mandado de injunção um dos “modos processuais” constitucionais, por meio do qual se postula a ordem judicial para que seja exercido um direito inviabilizado por falta de norma regulamentadora (o que é também seu pressuposto).

Concorda-se com Lênio Streck, segundo o qual o mandado de injunção “seria, em outras palavras, um remédio criado contra a negligência dos poderes constituídos a evitar a erosão da consciência constitucional” e segue “é, sim, um típico caso de delegação legislativa expressa ao órgão aplicador da Lei para que este edite normas no caso concreto”, serve a democracia porquanto garante o controle do Poder delegado pelo povo ao congresso pelo judiciário, suprimindo a deficiência legislativa. Também é essa a opinião avalizada de Celso Agrícola Barbi, *verbis*, “A fórmula que parece mais adequada, e já vem merecendo a preferência dos que escreveram sobre o assunto na imprensa, ou em entrevistas, é a de criar, para o caso concreto do requerente de mandado de injunção, uma norma especial, ou adotar uma medida capaz de proteger o direito do autor da demanda”¹⁴.

Porém ainda cabe expender uma última opinião relevante externada por Luís Roberto Barroso em recente artigo

¹¹ Como exemplo decisão recente do STF transcrita no informativo nº 146, *verbis*, “**Mandado de Injunção: Cabimento**. Constitui pressuposto do mandado de injunção a existência de um direito ou liberdade constitucional, ou de prerrogativa inerente à nacionalidade, à soberania e à cidadania, cujo exercício esteja inviabilizado pela ausência da norma infraconstitucional reguladora (CF, art. 5º, LXXI). Com esse entendimento, o Tribunal negou provimento a agravo regimental contra decisão que negara seguimento a mandado de injunção que se fundava na omissão do STF na atualização de seu Regimento Interno e na edição de Súmulas em geral. Considerou-se, ainda, que é constitucional a atribuição conferida ao relator para arquivar ou negar seguimento a pedido ou recurso desde que, mediante recurso, possam as decisões ser submetidas ao controle do colegiado (RISTF, art. 21, § 1º, Lei 8.038/90, art. 38 e CPC, art. 557, na redação da Lei 9.756/98). Precedente citado: MI (AgRg) 375-PR (RTJ 139/53). MI (AgRg) 595-MA, rel. Min. Carlos Velloso, 17.3.99.”

¹² Segundo o jurista José Afonso da Silva são normas de eficácia contida aquelas que mesmo com aplicabilidade direta e imediata estão sujeitas a restrições por parte do legislador infraconstitucional. (in *Aplicabilidade das normas constitucionais*, 2ª ed. São Paulo: RT, 1982).

¹³ ALVARO DE OLIVEIRA, “A natureza do mandado de injunção”, in *Estudos Jurídicos*, vol. 23, nº 57, Janeiro/Abril, 1990. p.66.

¹⁴ BARBI, Celso Agrícola. “Mandado de injunção”, in *Revista de Processo*, ano 16, nº 61, jan/março, 1991.

na Revista de Processo¹⁵, após delimitar as teses do STF, verbis, “a linha do STF é a de não assumir uma competência de cunho normativo, mesmo que transitória ou limitada ao caso concreto” e a tese majoritária (oxalá!) da doutrina, verbis, “a doutrina majoritária professa um entendimento que permite a solução do caso concreto, sanando-se a omissão”, segue, “Em realidade, a proposta objeto destas notas funda-se na premissa de que a efetividade das normas constitucionais definidoras de direitos subjetivos pode e deve prescindir do mandado de injunção como instrumento de sua realização”¹⁶.

Concorda-se com o autor no sentido de que toda a norma constitucional é dotada de eficácia jurídica e no dever do intérprete em buscar a sua máxima efetividade, acreditando mesmo que se possa obter estas (eficácia e efetividade) sem a utilização do mandado de injunção, discorda-se, porém, que a sua revogação possa trazer benefícios e, ao contrário acredita-se que o seu revestimento de eficácia constitucional (eficácia potenciada) não pode ser desprezado como instrumento de realização da Justiça.

Transcreve-se, por fim, duas ementas em julgados do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande Do Sul em que se confirma a posição de vanguarda do judiciário gaúcho, em consonância com a doutrina mais qualificada:

“MANDADO DE INJUNÇÃO. Funcionário Público celetista que desenvolve atividade insalutífera. Aposentadoria especial prevista exclusivamente para os servidores efetivos. O direito ao trabalho e as consequências que derivam dessa relação social são constitucionalmente protegidos, integrando os chamados direitos sociais. Apatia legislativa que deve ser suprida pelo mandado de injunção. Desnecessidade de regulamentação do novo instituto, e cuja decisão, se favorável ao requerente é de suprir o vazio legislativo, com a edição da norma a ser aplicável. Mandado concedido. Votos vencidos.”(Mandado de Injunção nº 592045603, TJRS, Pleno, Rel. Desembargador Décio Antônio Erpen, Data do Julgamento 21/12/92).

“MANDADO DE INJUNÇÃO. ALCANCE. Sob pena de se tratar de ação mandamental inócua e considerando o efetivo conflito de interesses, onde deve atuar o pronunciamento judicial, a decisão em mandado de injunção deve, de forma concreta e enquanto não editada a norma regulamentadora, tornar viável a garantia constitucional, obstaculizada pela omissão do legislador - Ação julgada procedente. (Mandado de Injunção nº 591094289, TJRS, Pleno, Rel. Desembargador Tupinambá M. C. do Nascimento, data do Julgamento 11/12/95).”¹⁷

Passa-se agora ao mandado de segurança coletivo.

¹⁵ BARROSO, Luis Roberto. “Mandado de injunção- o que foi sem nunca ter sido- uma proposta de reformulação”, in Revista de Processo, nº 89. p.57- 61.

¹⁶ A Alteração que propõe Barroso é na redação do parágrafo 1º do art. 5º da CF, que passaria a vigorar com a seguinte redação, “§ 1º As normas definidoras de direitos subjetivos constitucionais têm aplicação direta e imediata. Na falta de norma regulamentadora necessária ao seu pleno exercício, formulará o juiz competente a regra que regerá o caso concreto submetido à sua apreciação, com base na analogia, nos costumes e nos princípios gerais do direito”, e consequentemente propõe a revogação do inciso LXXI e a supressão dos dispositivos que mencionam o mandado de injunção na constituição(BARROSO, op. cit., p. 59).

¹⁷ Em trecho do voto do Desembargador Osvaldo Stefanello contrariando o posicionamento do STF, fica clara a intenção do Tribunal, “Acontece que declarar omissão é declarar nada, seria uma decisão absolutamente inócua, e o mandado de injunção, evidentemente não é uma medida inócua, já que previsto no próprio texto constitucional. Por evidente que o Poder Judiciário não estará invadindo a competência legislativa, visto que o mandado de injunção deve ficar limitado ao caso concreto, não se estabelecendo legislação que seja oponível a todos.”

3. Mandado de Segurança Coletivo

Hermes Zaneti Júnior

Este mandado de segurança coletivo não é instituto novo, é o mesmo mandado de segurança que foi criação da frente liberal de João Mangabeira, inserido na Constituição de 1934 (art. 113, nº 33)¹. É, o mandado de segurança, o remédio adequado à defesa de 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 (art. 5º, LXIX).

{©O mandado de segurança coletivo nasce na Subcomissão de Garantia da Constituição, Reformas e Emendas, no art. 29 do anteprojeto apresentado a Comissão de Sistematização, que teve como relator o Deputado Nelson Friedrich. No texto original não existia a separação, era estabelecido o “mandado de segurança individual ou coletivo”, o que foi mantido no anteprojeto da Comissão de Sistematização, art. 36, “conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, individual ou coletivo...”, sendo que as peculiaridades atinentes ao mandado de segurança coletivo eram definidas no parágrafo único do artigo.

O constituinte José Serra, em plenário, expressou essa mesma idéia ao falar sobre o “writ”, “ele não muda a natureza do mandado de segurança que continua sendo um instrumento de controle judicial para lesões de direitos”².

Questões como: a) o mandado de segurança é um instituto independente do tradicional; b) para ser impetrado, são necessários os mesmos requisitos da ação, esposados no inciso LXIX, do art. 5º, da CF/88 (mandado de segurança singular); tem, assim, sua resposta clara. O mandado de segurança coletivo é espécie do gênero mandado de segurança, assim seus pressupostos para impetração são idênticos: 1) proteger direito líquido e certo, não amparado por *Habeas Corpus* ou *Habeas Data*, 2) contra ato ou omissão, marcado por ilegalidade ou abuso de poder, praticado por autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público³.

O mandado de segurança coletivo surgiu porque a situação, gerada pela sociedade de massa, há muito demandava a proteção de direitos coletivos, entre outros, pelos seguintes motivos: 1) economia para as partes e vantagens práticas para os procuradores; 2) economia processual; 3) favorecer o acesso à Justiça (principalmente quanto aos fatores econômicos, culturais e sociais). Como consequência residual destes, ocorre com a utilização do “writ” coletivo, um natural aumento de credibilidade no Poder Judiciário, seja pelo acesso facilitado, seja pela concentração da jurisdição, evitando-se as decisões contraditórias. Assim, pode-se dizer com certeza que o novo *mandamus* coletivo melhora a qualidade da prestação jurisdicional.

3.1. As Principais Dúvidas que Surgiram na Aplicação do Instituto

¹ Entre outros, BARBI, Celso Agrícola. “Do mandado de segurança” 8ª ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1998. Esp. § 50, p.34.

² Diário da Assembléia Nacional Constituinte, quinta-feira, 11 de Fevereiro de 1988, p. 7236.

³ Nesse sentido acompanha a doutrina pátria, entre outros, Othon Sidou, Celso Agrícola Barbi, Athos Gusmão Carneiro, Ada Pellegrini Grinover.

Para Uadi Lâmega Bulos, que escreveu monografia a respeito, salientam-se as seguintes questões:

- a) é um instituto independente do tradicional *mandamus* singular?
- b) para ser impetrado, são necessários os mesmos requisitos da ação, esposados no inciso LXIX, do art.5º, da CF (mandado de segurança singular)?
- c) que *tipo* de interesses tutela?
- d) pode defender interesses difusos e interesses individuais *homogêneos*?
- e) visa a defender interesses individuais dos membros das entidades, associações, partidos políticos, sindicatos?
- f) equipara-se ao litisconsórcio formal?
- g) possui uma razão para existir?⁴

A estas soma-se as seguintes, decorrentes da pesquisa referente a este ensaio:

- h) é caso de substituição (legitimação direta, extraordinária ou anômala decorrente da Lei) ou representação processual?
- i) quanto à extensão da coisa julgada (limites subjetivos), atinge negativamente aos substituídos? Quem pode se beneficiar da sentença?
- j) os partidos políticos são legitimados unicamente para defender interesse de seus membros? qual é a extensão de sua legitimação?

As duas primeiras questões já foram suficientemente respondidas na primeira parte deste, trata-se do “mesmo” mandado de segurança, com legitimação e objeto diversificados, tendo os mesmos pressupostos processuais (direito líquido e certo, ilegalidade ou abuso de poder e ato de autoridade), portanto, deve-se concentrar a atenção nas demais. Sendo assim, responde-se, a seguir, sistematicamente às questões levantadas.

3.2. Questões Controversas

Pode-se dizer que os constituintes tomaram posição firme em grande parte das polêmicas posteriores ao advento da CF/88, ainda durante a Assembléia Nacional Constituinte (ANC).

Quanto a questão “F” (equipara-se ao litisconsórcio formal) o entendimento é de que serve para impedir ou tornar desnecessário o litisconsórcio formal, este poderá ocorrer porque a propositura da ação coletiva não impede ação individual, sendo que será de melhor técnica se for utilizada a assistência litisconsorcial (art. 54 do CPC), e nos casos de interesses difusos a assistência simples (art. 50)⁵. Assim, pode-se responder também à

⁴ BULOS, Uadi Lamêgo. Mandado de Segurança Coletivo. São Paulo: RT, 1996.p. 34.

⁵ Este é o entendimento de Celso Agrícola Barbi:1998, §287, p. 298.

questão “g”(razão de existir do mandado de segurança coletivo), para o constituinte⁶, o moderno e avançado instituto nascia legitimando os partidos políticos, as associações, as entidades de classe e as organizações sindicais para, principalmente, atingir aos fins da economia processual, da pluralização do acesso à justiça (notadamente às camadas mais pobres e menos informadas da população), dar maior credibilidade ao poder judiciário e impedir as decisões contrárias e não uniformes no cenário nacional. Continua sendo este o escopo do mesmo.

A questão “h”(substituição ou representação processual) foi respondida na própria polêmica criada pelos defensores da supressão do instituto, durante a Constituinte; esta polêmica girava em torno de ser o mandado de segurança coletivo **bis in idem** da legitimação às entidade associativas para representar seus filiados, “quando expressamente autorizadas”(art. 5º, XXI)⁷. Tal faculdade processual, atribuída pelo inciso XXI, do artigo 5º, trata de representação processual, e não tem o mesmo escopo do inciso LXX, no mandado de segurança coletivo a legitimação ativa (por substituição processual) pertence aos partidos políticos, organizações sindicais, entidades de classe e associações, obedecidos os requisitos formais estabelecidos nas alíneas “a” e “b” e independe de autorização expressa para a impetração do mandado coletivo.

A substituição processual ocorre quando alguém litiga, em nome próprio, direito alheio. Para ser possível, a substituição tem de estar autorizada por lei; caso contrário vigora a regra geral do art. 6º do CPC, “ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei”. A autorização é expressa no texto do inciso LXX, “o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por...”.

Assim, “A substituição processual não deve ser confundida, observa LIEBMAN, com a representação. O representante exerce a ação do representado em nome e por conta deste, não sendo parte na causa. Já o substituto processual exerce *em nome próprio* uma ação que, embora pertencente a outrem, segundo as regras ordinárias, é conferida ou estendida excepcionalmente a ele através da legitimação extraordinária; isso se dá em seu especial interesse pessoal, que pode ser qualificado como interesse legítimo, reconhecido por lei, através de permissão.”⁸. Ainda cabem duas questões, a primeira: é esta substituição autônoma e concorrente; autônoma porque não depende da legitimação original subjetiva e concorrente, porque esta não exclui (é possível a impetração individual do mandado de segurança, conforme o caso, satisfeitos os requisitos da ação). A segunda, diz respeito à posição de Ada Pellegrini Grinover. Para a processualista, a tendência moderna da doutrina é aceitar uma legitimação ordinária nos casos em que a entidade haja em defesa de interesses próprios. Assim, nos casos práticos, conforme a adequação ou não do objeto da demanda aos objetivos institucionais, se dará uma legitimação ordinária ou extraordinária (substituição processual)⁹.

⁶ Tal se depreende dos discursos em defesa do instituto em plenário, Transcreve-se um breve trecho da falação do Constituinte Maurílio Ferreira Lima (PMDB-PE), “A idéia que a opinião pública faz da Justiça corresponde a uma dura realidade, qual seja a de que **a Justiça no Brasil é morosa, é cara, e só serve para amparar o direito dos ricos**. E o que é mais difícil para se fazer compreender a grande parte da opinião pública é o fato **de um juiz, em uma mesma questão, dar uma decisão e outro juiz, em questão idêntica, dar uma decisão diferente**.”

Além disso, é bem verdade que teoricamente o Constituinte **Roberto Cardoso Alves** tem razão, mas é necessário que se diga que, no sentido de se apressarem as decisões judiciais, no sentido de dar mais credibilidade às decisões de justiça, impõe-se, realmente, como **uma medida altamente avançada e progressista**, a figura do mandado de segurança coletivo, que permitirá que uma só categoria, através de uma associação representativa do seu interesse, possa bater às portas da Justiça e obter, em tempo curto, uma decisão que beneficie todos os seus membros.” (Diário da Assembléia Nacional Constituinte, Domingo, 10 de Julho do 1988, p.11946.).

⁷ O projeto elaborado pelo Centrão excluía o instituto por acreditar ocorrer duplicidade com o inciso XXI do mesmo artigo, à esta alteração insurgiu-se o plenário constituinte. Os debates sobre o tema podem ser lidos no Diário nacional da Assembléia Constituinte, nas respectivas datas e páginas: 11.02.1988, pp. 7235-7237; 10.07.1988, p. 11946 e 10.08.1988, pp. 12409-12410.

⁸ BUZAID, Alfredo. “Considerações sobre o mandado de segurança coletivo”. São Paulo: Saraiva, 1992.p.65.

⁹ A autora cita como partidários desta corrente moderna, Vincenzo Vigoriti, José Carlos Barbosa Moreira e Kazuo Watanabe. (GRINOVER, Ada P. “Mandado de Segurança Coletivo: legitimação, objeto e coisa julgada, in Revista de Processo, nº 58, p. 76-84).

Como voz contrária, Cretella Junior¹⁰, entende ser de “duvidosa conveniência” a legitimação extraordinária para impetrar o *mandamus* coletivo pelos perigos que dela podem advir quanto a coisa julgada em ação negativa da segurança.

A questão “i”(limites subjetivos da coisa julgada) trata da coisa julgada e sua extensão, aqui fica claro pelo discurso e pelo escopo do instituto que o constituinte pretendia a coisa julgada somente em benefício da coletividade protegida, não afastando o exame das situações individuais caso viesse a ser indeferido o pedido no *mandamus* coletivo. Assim, poderão se beneficiar da sentença todos aqueles que, em decorrência da situação, pertencerem à entidade que impetrou o mandado, como membros ou associados no caso da alínea “b”, ou no caso da alínea “a” forem atingidos pela ilegalidade ou abuso de poder.

Ainda sobre o tema, os art. 15 e 16 da Lei do mandado de segurança estabelecem que não se forma coisa julgada se não houver decisão de mérito; como no mandado de segurança o direito tem de ser provado de plano (direito líquido e certo), não existe a hipótese de insuficiência de provas obrigar o julgamento de mérito. “Assim, qualquer deficiência na atividade probatória impede a decisão de mérito e a formação da coisa julgada.”¹¹. O entendimento do STF é que somente nos casos em que o julgamento aprecia o mérito do pedido e entende que o impetrante não tem direito algum (e não apenas lhe falta direito líquido e certo), faz-se a coisa julgada material, impedindo a reapreciação da controvérsia em ação ordinária¹².

Admitida a coisa julgada material nos casos de denegação da segurança em mandado coletivo, resta saber quem será atingido por esta imutabilidade do julgado. Neste sentido fica-se com Ada Pellegrini Grinover, para quem, a única técnica capaz de harmonizar a mais ampla interpretação constitucional com as peculiaridades do mandado de segurança coletivo e o devido processo legal, é a chamada coisa julgada *secundum eventus litis*, ou seja, caso a sentença venha a ser desfavorável, os interessados não estarão impedidos de promover demandas individuais.¹³

A questão “j” (legitimação dos partidos políticos) é extremamente controversa na doutrina, e por si só já valeria a pesquisa feita para este ensaio nos anais da Assembléia nacional Constituinte (ANC), justificando estudo próprio. Para os Constituintes reunidos na ANC os partidos políticos não tem limitações para a impetração do mandado de segurança coletivo: **foi proposital a disposição geográfica do texto**, a limitação para membros e associados só atende ao disposto na alínea “b” do inciso LXX, **aos partidos políticos**, “como corpos intermediários numa ação política”, **cabe a defesa dos interesses de todos os cidadãos contra ilegalidade ou abuso de poder Estatal que atinja a coletividade**. Este entendimento é corroborado por Ada Pellegrini Grinover, Celso Agrícola Barbi e Ernani Fidelis dos Santos¹⁴, portanto, a única exigência que se pode fazer para a legitimação dos partidos políticos é que tenham representação no Congresso Nacional.

Algumas questões surgiram só posteriormente a ANC, são as questões sobre que direitos tutela o mandado de segurança coletivo.

Assim, respondendo às questões “c” e “d” (que tipos de interesse tutela, se tutela interesses difusos e coletivos) cabe ressaltar que o mandado de segurança coletivo nasce como instrumento de direito processual constitucional e por isso possui “eficácia potenciada”, não é mera ação, e como já foi visto, não necessita de regulamentação

¹⁰ CRETELLA JUNIOR, José. “Os writs na Constituição de 1988: mandado de segurança, mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, “habeas data”, ação popular, “habeas corpus”. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.

¹¹ BARBI, op. cit., § 289, p.299.

¹² Súmula 304 do STF: “Decisão denegatória de mandado de segurança, não fazendo coisa julgada contra o impetrante, não impede o uso de ação própria”. Theotonio Negrão cita, em nota ao art. 16 (nº1), uma série de jurisprudências do Supremo que entendem possível a coisa julgada material no mandado de segurança no caso supra exposto (NEGRÃO, Theotonio. Código de Processo Civil e legislação processual em vigor, 28ª ed, com colaboração de José R. F. Gouvêa. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 1139).

¹³ GRINOVER, op. cit., p.83.

¹⁴ SANTOS, Ernani Fidelis dos. “Mandado de segurança individual e coletivo legitimação e interesse”, in *Ajuris*, nº 63, ano XXII, Março, 1995. pp.24-35, especialmente p. 33.

para ser aplicado, deve proteger, portanto, os direitos coletivos *lato sensu*, sejam eles a) coletivos, assim entendidos aqueles, transindividuais, indivisíveis de um determinado grupo ligado por relação jurídica de base; b) difusos, assim entendidos aqueles, transindividuais, indivisíveis de um determinado grupo ligado por circunstâncias de fato; e, *last but not least*, os chamados direitos individuais homogêneos, assim entendidos os individuais decorrentes de origem comum, que foram abarcados pelo sistema jurídico nacional de proteção coletiva de direitos.

A posição da doutrina não é homogênea. Athos Gusmão Carneiro¹⁵ e Ernani Fidélis dos Santos referem o mandado de segurança coletivo como idôneo somente para proteger direitos subjetivos individuais líquidos e certos que sejam de interesse de um grupo determinado ou da coletividade.

Celso Agrícola Barbi, Calmon de Passos¹⁶, Min. Carlos M. Velloso, Diomar Ackel Filho, J. da Silva Pacheco, Lourival Gonçalves de Oliveira, Ada Pellegrini Grinover, são a favor da aplicação do mandado de segurança coletivo a todas as situações de direito coletivo *lato sensu*, ou seja, direitos coletivos, direitos individuais homogêneos e direitos difusos. Barbi¹⁷ salienta ser a melhor fundamentação a de Ada Pellegrini Grinover, principalmente por ressaltar a “eficácia potenciada” do “writ”, e a conseqüente interpretação não restritiva.

Para o jurista Celso Agrícola Barbi as Constituições têm duas funções principais: 1) organizar os Poderes do Estado; 2) garantir os direitos dos cidadãos. Desse raciocínio se depreende naturalmente, “As normas sobre a primeira função podem ser interpretadas restritivamente, porque isto pode levar ao melhor funcionamento do Poderes. Mas as normas relativas à segunda função jamais podem ser interpretadas restritivamente, especialmente quando à proteção por elas concedida for em face do Poder Público.”¹⁸, no caso, a função específica do mandado de segurança coletivo como garantidor das liberdades coletivas contra o arbítrio do Estado.

¹⁵ CARNEIRO, Athos Gusmão. “Do mandado de segurança coletivo e suas características, estudo revisto e atualizado em abril de 1988”, in Da antecipação de tutela no processo civil. Rio de Janeiro: Forense, 1998. pp.91-134.

¹⁶ BARBI, ver nota nº 397, op. cit. p. 293.

¹⁷ Idem, ibidem.

¹⁸ BARBI, op. cit., p.294.

Os Novos “Writs” Constitucionais Brasileiros na Esfera Civil:

Mandado de Segurança Coletivo, *Habeas Data* e Mandado de Injunção

Hermes Zaneti Júnior

CONCLUSÕES

1. O *habeas data* é garantia ativa do cidadão para o conhecimento e a retificação de qualquer informação arquivada a seu respeito em órgão público ou entidade privada de caráter público.

A lei reguladora (Lei 9.507/97) é restritiva da abrangência constitucional do instituto.

2. O mandado de injunção é ação mandamental, deve conter ordem para correção da apatia legislativa e de forma concreta tornar viável a garantia constitucional obstaculizada, pela ausência de norma reguladora.

3. A pesquisa dos debates na ANC legou principalmente : a) a certeza de que o mandado de segurança coletivo é o mesmo mandado de segurança singular, porém, com legitimação extraordinária (ou ordinária, dependendo do caso) e objeto específico (direitos coletivos “*lato sensu*”); b) a certeza de que não existe, pelo menos na letra fria da lei e na intenção do legislador, limitação aos “interesses de seus membros” para a impetração do *mandamus* coletivo pelo partido político.

{©Sobre os “writs”, garantias instrumentais sumárias, ativas ou típicas, ou seja, as ações nominadas no próprio texto constitucional, deve-se, mais uma vez, salientar sua importância, já histórica e refletida em todo ordenamento jurídico civilizado, como medidas assecuratórias da liberdade e dos direitos dos cidadãos frente à autoridade. Se o Direito Processual é a ciência jurídica que se propõe garantir a liberdade individual (e agora também as coletivas) contra o arbítrio do Estado, nada mais lógico que o devido processo legal se dê na forma mais ampla (razoável) para realização da Justiça que se almeja.

BIBLIOGRAFIA

- ALVARO DE OLIVEIRA, “A natureza do mandado de injunção”, in Estudos Jurídicos, vol. 23, nº 57, Janeiro/Abril, 1990. p.66
- BARBI, Celso Agrícola. “Mandado de injunção”, in Revista de Processo, ano 16, nº 61, Jan/Março, 1991. p.p. 63-69.
- BARBI, Celso Agrícola. “Do mandado de segurança” 8ª ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- BARROSO, Luis Roberto. “Mandado de injunção- o que foi sem nunca ter sido- uma proposta de reformulação”, in Revista de Processo, nº 89. p.57- 61.
- BUZAID, Alfredo. “Considerações sobre o mandado de segurança coletivo”. São Paulo: Saraiva, 1992.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. “Do mandado de segurança coletivo e suas características, estudo revisto e atualizado em abril de 1988”, in Da antecipação de tutela no processo civil. Rio de Janeiro: Forense, 1998. pp. 91-134.
- CRETELLA JUNIOR, José. “Os writs na Constituição de 1988: mandado de segurança, mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, “habeas data”, ação popular, “habeas corpus”. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.
- DUARTE, Marcelo, “Mandado de Injunção”, Revista de Inf. Legislativa, ano 28, nº 110, abril/jun. 1991, p. 136.
- GOMES, Luis Flavio, “Anotações sobre o mandado de injunção”, in: RT, nº 647, Setembro, 1989, p. 39-40
- GRINOVER, Ada P. “Mandado de segurança coletivo: legitimação, objeto e coisa julgada”, in Revista de Processo, nº 58, p. 76-84.
- GRINOVER, Ada Pellegrinni, BENJAMIN, Antônio H. V., FINK, Daniel, et al, “Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto”, 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.
- MEIRELLES, Hely Lopes. “Mandado de segurança: ação pupular, ação civil pública, mandado de injunção, “habeas data”, 19ª ed., atualizada por Arnaldo Wald. São Paulo: Malheiros, 1998.
- NEGRÃO, Theotonio. “Código de processo civil e legislação processual em vigor”, 28ª ed, com colaboração de José R. F. Gouvêa. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 1139.
- OTHON SIDOU, J.M. “Habeas corpus”, mandado de segurança, mandado de injunção, “habeas data”, ação popular: as garantias ativas dos direitos coletivos”. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- SANTOS, Ernani Fidelis dos. “Mandado de segurança individual e coletivo legitimação e interesse”, Ajuris, nº 63, ano XXII, Março, 1995. pp. 24-35.
- SILVA, José Afonso. “Aplicabilidade das normas constitucionais”, 2ª ed. São Paulo: RT, 1982
- STRENGER, Irineu. “Mandado de injunção”. Rio de Janeiro: Forense universitária, 1988.
- STRECK, Lênio Luiz. “O mandado de injunção no direito brasileiro, análise crítica, perspectivas jurídicas e políticas”. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1991.