

HABEAS DATA FRENTE A OUTROS INSTITUTOS DE DIREITO PROCESSUAL CONSTITUCIONAL

WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO

Mestre (PUC/SP) e Doutor (Bielefeld/Alemanha) em Direito; Professor Titular de Direito Processual Constitucional na Faculdade de Direito da UFC

Sumário: 1. Sobre o Direito Processual Constitucional. 2. Ação, jurisdição e processo na dimensão constitucional. 3. O caráter paradigmático do mandado de segurança no Direito Processual Constitucional pátrio. 4. O mandado de injunção e o constitucionalismo atual. 5. Possibilidades de emprego do habeas data na tutela da ordem jurídica constitucional subjetiva.

1. O trabalho a ser aqui desenvolvido, tendo o *habeas data* como seu principal objeto abordará aspectos da *dimensão constitucional* em que se situam institutos jurídicos como este, os quais, a exemplo do mandado de segurança, individual e coletivo, do mandado de injunção, e as ações coletivas que, enquanto ações civis públicas, têm o objetivo de tutelar situações subjetivas derivadas de direitos fundamentais. Comum a todos esses institutos é a circunstância de geralmente envolverem, como parte no processo, ao Poder Público, o Estado, devidamente representado em juízo por seus agentes ou órgãos. Há ainda um outro liame a uni-los todos, pois são ações que coincidem ainda em outro ponto fundamental: prestam-se, em princípio, para tutelar os jurisdicionados frente à conduta de quem age em nome do Poder Público ou quem ao agir interfere numa esfera demarcada pelos direitos consagrados constitucionalmente como fundamentais, o que se pode denominar "**ordem jurídica constitucional subjetiva**".

No trabalho a seguir, vale enfatizar, se vai discorrer sobre instrumentos voltados para o controle da constitucionalidade de atos normativos inseridos no âmbito da chamada "jurisdição constitucional das liberdades",

na expressão consagrada por MAURO CAPPELLETTI,¹ por serem remédios constitucional-processuais para a proteção de liberdades públicas e direitos fundamentais. A exposição, portanto, ingressará no domínio do chamado **Direito Processual Constitucional**, disciplina cuja paternidade se atribui a HANS KELSEN, por seu pioneirismo na defesa da necessidade de se fornecer às constituições as garantias processuais e jurisdicionais de uma instância julgadora diferenciada, incumbida do controle de constitucionalidade dos atos normativos.² O Direito Processual Constitucional, de acordo com a opinião predominante em nossa doutrina, ainda não teria se firmado como ramo da ciência jurídica, com matéria específica sua, autonomia didática e independência científica.³ Tratar-se-ia, porém, no sentir de RICARDO FIÚZA (1982, n. 3, **in fine**), de uma *posición científica*, "pela qual se procura extrair da Constituição (sua única fonte), normas de processo".

A tendência atual, contudo, parece ir no sentido de que ocorra o desentranhamento da disciplina do corpo do Direito Constitucional, por de-

¹ Seu livro, assim intitulado, obra de consulta absolutamente necessária, foi publicado em 1955 (reimp. 1976), havendo excelente tradução para espanhol feita por HECTOR FIX-ZAMUDIO, acrescida de estudo desse último sobre a jurisdição constitucional mexicana.

² Cf. KELSEN (1928). Para uma coletânea dos textos fundamentais sobre o assunto v. KELSEN (1981). NICETO ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO atribui ao grande mestre vienense os primeiros passos no sentido de sistematização dos estudos de processo constitucional, em sua obra clássica "**Proceso, autocomposición y autodefensa**" (1947, n. 126., p. 207; 1970, p. 215). No mesmo sentido, FIX ZAMUDIO (loc. ult. cit., p. 134, nota 15) e D'ORAZIO (1992, p. 6). Aqui não se pode esquecer, porém, a contribuição "negativa" de CARL SCHMITT (1983), que polemizando com KELSEN sobre qual seria a instituição mais adequada - e legítima - para ser a "guardiã da constituição", se o Chefe de Estado ou um órgão jurisdicional, permitiu que este último desenvolvesse melhor sua própria posição. É de se lembrar também o pioneirismo do genial processualista sul-americano EDUARDO COUTURE, uruguaio, bastante integrado nas letras jurídicas brasileiras e argentinas, que chamou atenção para as bases constitucionais da ação judicial, dos institutos e princípios fundamentais do processo, em trabalho publicado no ano de 1953, em homenagem ao argentino HUGO ALSINA e divulgado em versão do próprio COUTURE nas principais revistas especializadas da Europa, a *Zeitschrift für Zivilprozeßrecht* alemã e a *Rivista di diritto processuale* italiana, intitulado "**Las garantías constitucionales del proceso civil**" - cf. COUTURE (1948, p. 18 ss.) Coincidente sobre o significado seminal dos aportes de KELSEN e COUTURE é o parecer de JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA BARACHO (1984, p. 126 ss.). Vale, contudo, lembrar a precedência de SIÈYES, ao propor, por ocasião da Constituição francesa de 1795, a criação do "júri constitucional", órgão encarregado de anular atos de qualquer autoridade, que violasse a constituição (cf. BOUTET, 1991, p. 243).

³ Nesse sentido, v.g., CAPPELLETTI (1976, p. 113), SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA (1989, n. 1), G. ZAGREBELSKY (1990).

mandar, inegavelmente, o estudo por parte de especialista em Direito Processual. Ao mesmo tempo, não haveria nenhum ramo do Direito Processual capaz de incorporar, totalmente, o novo campo de estudos, que possui assuntos de interesse geral, com projeção sobre todos os segmentos do Direito Processual: civil, penal, trabalhista e mesmo aqueles setores fora do chamado "processo judicial", como são o processo legislativo e administrativo.⁴ Seriam, então, temas típicos ao Direito Processual Constitucional, a organização da estrutura judicial, com a distribuição da competência entre os diversos órgãos da jurisdição; os princípios gerais do processo consagrados na Constituição, tais como o do contraditório, do devido processo legal etc.;⁵ e as ações previstas na Lei Maior com o fim de resguardar a integridade e implementar o próprio ordenamento constitucional.

⁴ É essa característica do Direito Processual Constitucional que nos levou a postular sua proximidade com a chamada Teoria Geral do Processo, a qual poderia, inclusive, vir a ser absorvida, em grande parte, pelo novo ramo do Direito, uma vez estabelecido didática e epistemologicamente (cf. GUERRA FILHO, 1993, p. 112; *id.*, 1995, p. 224). E aqui vale lembrar a proposta de LOUIS FAVOREU (1983, p. 337), de que na disciplina que propõe se estude sob a rubrica "direito constitucional jurisprudencial" se considere a existência de uma parte que denomina "fundamental", por contemplar noções e princípios tão básicos que deveriam constar do ensino de introdução ao Direito – e a chamada Teoria Geral do Processo, como é praticada e ensinada em nossas Escolas de Direito, a nosso ver, não passa de uma Introdução ao Direito Processual (cf. GUERRA FILHO, 1988, p. 255 ss.). Para um exemplo de tratamento do processo constitucional no âmbito da Teoria Geral do Processo v. BARACHO (1984, p. 117 ss.).

⁵ Não parece conveniente ou, mesmo, justificável, a dicotomia comumente adotada entre nós (cf., v.g., ROSAS, 1983, p. 1; por último, NERY JR., 1995, cap. 1, n. 1, p. 19 ss.), Direito Processual Constitucional/Direito Constitucional Processual, visto que o primeiro, sim, pode vir a ser considerado um novo ramo do Direito Processual, tendo por objeto a temática indicada no texto, enquanto de um Direito Constitucional Processual (ou Civil, Penal etc.) só se pode falar em um sentido metafórico. Contra a dicotomia, igualmente, mas optando pela expressão por último mencionada, por dar conotação inovadora à disciplina, posiciona-se ROCHA (1996, p. 58), fazendo a ressalva, porém, que nos favorece, de que se pode conservar a expressão de nossa opção "para designar as normas que regulam o chamado **processo constitucional**, ou certos institutos de direito constitucional, como a ação de inconstitucionalidade, mandado de injunção etc." (*ib.*, p. 59). Já M. D'AMICO (1991, p. 32 ss.) combate a tendência que se verifica na doutrina de seu país a considerar a atividade dos sujeitos perante a justiça constitucional como "mero procedimento", desprovido de autonomia frente à fase *a quo* do juízo. Para esta autora há que se falar mesmo em **processo** constitucional, revestido de todas as garantias que lhe são inerentes – e é justamente por isso que ela confessa ter dificuldade em perceber por que, em nome do reforço dessas garantias, não se assume a existência, também, de um Direito Processual Constitucional (cf. *id. ib.*, p. 42 ss.).

2. De pronto, vale assinalar, com relação às ações que provocam o exercício da jurisdição constitucional para tutela da ordem jurídica subjetiva, em que pese o alto grau de interesse público envolvido, pela própria presença de um órgão estatal em um dos pólos da relação jurídico-processual, e apesar de eventuais repercussões no plano penal que venham a ter, serem essas ações, de um modo geral, **ações civis**. Têm, é certo, um procedimento especial, regulado em leis extravagantes ao CPC, mas integrantes do processo civil, sendo de natureza privada, ao menos *prima facie*, os interesses tutelados por seu intermédio. É certo que há dentre elas as que se destinam a proteger interesses coletivos e mesmo aqueles ditos "difusos", por não terem um número precisamente individualizável de titulares. Não chegam, no entanto, a se tornarem interesses públicos, cuja peculiaridade residiria na circunstância de, em princípio e por definição, serem interesse de **todos** e cada um dos membros da sociedade política. Nem mesmo o fato de que nosso direito positivo confere legitimidade ao órgão do Ministério Público para propor ação civil pública em defesa de interesses, coletivos e difusos, no meio ambiente ou em bens de valor estético, histórico, turístico etc. (Lei nº 7.347/85 e art. 129, III, CR), pode ir contra a natureza das coisas e torná-los interesses públicos, embora devam ser vistos como indisponíveis, para serem defendidos pelo MP (v. art. 127, *caput*, CR).⁶

O processo das ações em tela é *sui generis*, possuindo aspectos não só do processo de conhecimento, mas também do processo cautelar e do processo de execução. De natureza cautelar é o mandado liminar para evitar dano irreparável, que em geral comportam essas ações. Sem sofrer solução de continuidade, dá-se nos processos em que se aprecia tais ações a execução provisória da sentença. Acima de tudo, são, porém, **ações cognitivas**, nas quais, em geral, há uma concentração do *iter* procedimental, por suprimida a possibilidade de produção de provas em momento especialmente destinado a isso. As provas, normalmente documentais, devem ser pré-constituídas e apresentadas já com a inicial, e a necessidade de produzi-las posteriormente, em se fazendo presente, faz com que se remeta a ação para o processamento pelo rito comum ordinário. Essa compressão do procedimento faz com que a doutrina considere se estar diante, nesses casos, de **processo sumário**, enquanto a predominância do documento como meio de

⁶ Defendem a natureza privada dos interesses difusos ADA PELLEGRINI GRINOVER (1990, p. 83 ss.), e RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO (1988, p. 200), o qual refere o entendimento contrário de VOLTAIRE DE LIMA MORAES, ÉDIS MILARÉ e NELSON NERY JR. (*ib.*, nota 28).

prova lembra o "processo de prova documental" (*Urkundenbeweisprozeß*) do Direito Processual Civil alemão (ZPO, § 592 ss.).⁷

A idéia-motriz do presente estudo seria, então, a de que o processo de tutela dos direitos fundamentais – ou da ordem jurídica subjetiva por eles delineada – deve começar a ser desenvolvido conscientemente como **um processo de natureza constitucional**, da mesma forma como as ações, previstas em nosso ordenamento jurídico para garantir esses direitos fundamentais são **ações constitucionais**, sendo elas próprias, igualmente, direitos (ou melhor, garantias) fundamentais, constantes do elenco do art. 5^o da Constituição da República. São exemplos delas a ação popular, a ação civil pública, o mandado de segurança coletivo, o mandado de injunção – e também o *habeas data* (CR, art. 5^o, inc. LXVII).

Note-se, porém, que entre nós, além da insuficiência de teorizações nesse sentido, há também uma grande lacuna institucional, a inibir semelhante desenvolvimento, que é a ausência de uma *Justiça Constitucional* propriamente dita, nos moldes daquelas que, como nos países da Europa – e de outros continentes também (cf. FAVOREU, 1994, p. 144 ss.; INTERNATIONAL ASSOCIATION OF PROCEDURAL LAW, 1997) –, desencumbem-se a contento da tarefa, absolutamente indispensável que lhes está reservada, uma vez investidas da jurisdição constitucional – no caso, de forma concentrada –, tarefa que vem sendo insatisfatoriamente cumprida pelo Supremo Tribunal Federal. Este Tribunal, como é sabido, integra a cúpula do Poder Judiciário, sendo seus membros escolhidos a partir dos desígnios do Chefe do Executivo. Uma verdadeira Corte Constitucional, nos moldes europeus, é um poder com atribuições não só jurídicas, mas também assumidamente **políticas**,⁸ órgão constitucional independente dos demais poderes, inclusive do Poder Judiciário “ordinário”,⁹ ocupando-se exclusiva-

⁷ Essa natureza é atribuída explicitamente ao mandado de segurança e de injunção por ADHEMAR FERREIRA MACIEL (1990, p. 379).

⁸ A consciência desse caráter político da função jurisdicional, que se torna de todo evidente – e imprescindível – no exercício da jurisdição constitucional, remonta a correntes teóricas as mais diversas e, mesmo assim, coincidentes neste ponto, tanto na Europa como nos E.U.A., a exemplo daquelas em que se destacam CARRÉ DE MALBERG, HANS KELSEN (cf. TIMSIT, 1995, p. 114 ss.) e MARTIN SHAPIRO (cf. CAPPELLETTI, 1993, p. 99 ss.), respectivamente.

⁹ No direito processual constitucional alemão, paradigmaticamente, distingue-se o Tribunal Constitucional Federal enquanto órgão judicial de tutela da constituição (*Verfassungsgorgan*) dos demais órgãos “especializados” do poder jurisdicional (*Fachgericht*), mesmo os de instância superior, com a atribuição ordinária de revisão – ou supervisão – de decisões

mente da tarefa de fazer cumprir a Constituição, e formado democraticamente com juristas de reconhecida excelência teórica, em geral professores universitários do mais alto escalão, que cumprem um **mandato**.¹⁰ Esse aperfeiçoamento da jurisdição constitucional é um imperativo do chamado Estado Democrático de Direito, enquanto este é uma condição política para o desenvolvimento autônomo do Direito Processual Constitucional.¹¹

Com ALFREDO BUZAID (1989, cap. I, p. 25), pode dizer-se que o mandado de segurança é criação do Direito brasileiro. O reconhecimento da originalidade da solução brasileira se dá inclusive no plano internacional, como se nota na menção de CAPPELLETTI (1961, p. 15, nota 32; *id.*, 1976, p. 18).¹²

É certo que o instituto se originou, em grande parte, de um desdobramento do *habeas corpus*, ao se estender às liberdades civis o que por intermédio desse último se obtinha para resguardar a liberdade física do abuso de autoridade, e o *habeas corpus* remonta a uma lei inglesa de 1679, o "Habeas Corpus Act", quando já era do *Common Law*. Também muito antigo no direito inglês é o *writ of mandamus*, usado para coibir a execução de ato proveniente do Poder Público, que, ao ser transplantado para o direito norte-americano, no célebre caso *MARBURY vs. MADISON* (1803), fez-se instrumento inclusive de declaração da inconstitucionalidade de lei e atos do Poder Executivo. Porém, se olharmos a nossa própria tradição jurídica, vamos encontrar nas Ordenações Manuelinas (Liv. V, Tít. 50) e Filipinas (Liv. V, Tít. 128) as chamadas *seguranças reais*, dadas pelos juízes em nome do

judiciais (cf., FLEURY, 1993, p. 1 ss.). Entre nós, para a distinção das duas jurisdições, ordinária e constitucional, cf., v. g., BARACHO (1995, p. 45 ss.). Já na França, a doutrina é propensa a atribuir ao Conselho constitucional, órgão político, caráter jurisdicional, sem que a negação disto impeça que se lhe considere investido da autoridade máxima para pronunciar-se sobre a constitucionalidade – e, logo, a natureza de órgão constitucional, investido da jurisdição constitucional (cf. BOUTEL, 1991, p. 245 e seg.; FAVOREU, *ob. ult. cit.*, p. 102). Sobre o assunto, na literatura jurídica nacional, cf. DINIZ (1995, p. 328 ss.).

¹⁰ Críticos com relação ao modelo de Justiça Constitucional adotado no Brasil e favoráveis a uma aproximação maior do modelo europeu mostram-se JOSÉ DE ALBUQUERQUE ROCHA (1995, p. 78 ss., 99 ss., *passim*) e NELSON NERY JR. (1995, p. 21 ss.).

¹¹ Note-se que propugnar a adoção de um modelo mais próximo àquele europeu, que remonta à concepção pioneira de KELSEN, não significa defender um sistema "puro" de controle concentrado da constitucionalidade, renegando completamente nossa tradição de controle difuso, por influência norte-americana, a qual nem mesmo na Europa deixa de se fazer sentir (cf. GARCÍA DE ENTERRIA, 1985, p. 59 ss.).

¹² Cf. também, v.g., RUBÉN HERNÁNDEZ VALLE (1990, p. 71 ss.). Mais recentemente, CAPPELLETTI (1992, p. 49).

Rei (donde o adjetivo), sendo essas já descendentes das *cartas de segurança* das Ordenações Afonsinas (Liv. III, Tít. 123). Naquelas, o juiz expedia mandado para dar segurança a quem por "razão justa" se sentisse ameaçado por outrem.

Outro instituto ao qual se pode remontar a idéia que anima o mandado de segurança, esse originário do direito comum e chegado até nós através das Ordenações Filipinas, é o da tutela da posse de direitos pessoais, que justificou o emprego, em nosso direito mais antigo, de interditos possessórios, para obter o que hoje se faz por mandado de segurança, como, por exemplo, a manutenção da "posse" de cargos públicos.

É também de se creditar aos juristas brasileiros do Império e da 1ª República a ampliação dos contornos do *habeas corpus*, consagrado já no Código de Processo Criminal do Império, de 1832, e elevado ao plano constitucional com o advento da República, na Constituição de 1891, art. 72, parágrafo 22, que rezava: "Dar-se-á o *habeas corpus* sempre que um indivíduo sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação por ilegalidade ou abuso de poder". Vê-se logo, na formulação da regra, o quanto já nos havíamos distanciado da doutrina inglesa do *habeas corpus*, que o previa exclusivamente para tutelar o direito de locomoção, garantindo a liberdade individual.

O mandado de segurança já se achava implícito naquele art. 72, tanto que em obra de 1914 ALBERTO TÔRRES propõe que se aduza dispositivo à Constituição, consagrando, explicitamente, um "mandado de garantia", para tutelar direitos individuais ou **coletivos** - note-se o avanço da fórmula, que em sua inteireza só em nossos dias, com a instituição do mandado de segurança coletivo, veio a ser plenamente acatada -, públicos ou privados, contra lesões do poder público *ou de particulares* - outra grande intuição, que só agora, com o advento do mandado de injunção, poderia vir a se concretizar, como veremos oportunamente) não-reparáveis por outro meio judicial.¹³ A revisão constitucional de 1926 reconduz o *habeas corpus* ao seu uso tradicional, para garantir a liberdade de locomoção, e no mesmo ano se inicia a discussão, na Câmara Federal, de Projeto de Lei instituindo o mandado de segurança, que será consagrado na CF de 1934, art. 113, parágrafo 33, com contornos, inclusive, de controle da constitucionalidade - aqui parece ter influído a impressão causada pelo *juicio de amparo*, consagrado na avançada Constituição mexicana de 1917, arts. 103 e 107, como meio de

¹³ ALBERTO TÔRRES, "A Organização Nacional", Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, pág. 367, *apud* CASTRO NUNES (1961, n. 3, pp. 22/23).

controle da constitucionalidade posto a disposição do indivíduo para, pessoal e diretamente, evitar violação de garantia a ele concedida constitucionalmente.¹⁴

Com a virada autoritária de 1937, o instituto é suprimido do plano constitucional, sendo, porém, mantido na legislação ordinária, pelo Decreto-Lei nº 6, de 1937, limitado, contudo, em sua extensão e efeitos. É essa a feição que, apesar de sua recondução ao nível constitucional com a redemocratização do País, na Constituição de 1946, irá manter o instituto, até o advento da nova Carta Constitucional, em 1988, que traz inovações na matéria, pois além da previsão do mandado de segurança coletivo, constante do art. 5º, LXX, dois outros institutos são criados para atender objetivos que, de outra forma, deveriam ser atendidos pelo mandado de segurança: o mandado de injunção e o *habeas data*.

O mandado de segurança tem, portanto, um caráter paradigmático, no âmbito do Direito Processual Constitucional brasileiro – e, mais especificamente, dentre os instrumentos de tutela da “ordem jurídica constitucional subjetiva”. Assim é que, por exemplo, quanto ao procedimento do mandado de injunção, decidiu o S.T.F. que se aplica o procedimento do mandado de segurança, *no que couber* (D.O.U., de 28.11.89), e no primeiro *habeas data* concedido no País, no Estado de São Paulo, o Juiz Federal PAULO OCTÁVIO BAPTISTA PEREIRA aplicou, por analogia, o rito do mandado de segurança (cf. BARACHO THIBAU, 1997, p. 147). O estudo do *habeas data*, por conseguinte, deve se dar contrastando-o com sua matriz histórica, que entendo seja o mandado de segurança, bem assim com essa outra derivação deste último, que é o mandado de injunção, abordado em seguida.

4. A Constituição de 1988, em seu art. 5º, inc. LXXI, criou instituto para combater a ineficácia e violação de normas que consagram direitos e princípios fundamentais, em virtude da omissão do Poder Público em regulamentá-las devidamente. Esse novo instrumento é o mandado de injunção,

¹⁴ Ao instituto, cunhado já em meados do século passado no México, se reportou MUNIZ BARRETO em seu relatório ao Congresso Jurídico de 1922, quando se suscitou a conveniência de adotar remédio complementar ao *habeas corpus*, louvando o ilustre jurista pátrio a qualidade do recurso de amparo como meio de repelir agressão inclusive proveniente de ato privado. Cf. CASTRO NUNES, ob. cit., n. 2, pp. 20/21. Para uma comparação com o nosso mandado de segurança, cf. ALFREDO BUZAID (1965, pp. 115 ss.). Sobre sua feição atual, de instrumento de provocação do exercício da jurisdição constitucional, na Espanha, v. SEGADO (1984, p. 123 ss.), enquanto na Argentina já se fala em um direito (fundamental) genérico de amparo (GONZÁINI, 1995), do qual o **amparo constitucional** é uma espécie (mais amplamente, MORENO, 1992).

posto à disposição dos cidadãos individual e pessoalmente, para defesa do seu estado jurídico-político (*status libertatis, status civitatis etc.*) e de direitos públicos subjetivos seus, decorrentes daquelas normas.¹⁵ As possibilidades dessa doutrina na atualidade acham-se exploradas em ALEXY (1985). Antes, já PETER HÄBERLE (1975) propugnara a adoção de uma nova categoria, o *status activus processualis*, para contemplar a nova – e determinante – dimensão dos direitos fundamentais, de natureza processual, bem como aquela do *status activus corporationis* (*id.*, 1983, 1993, p. 204 ss.), correspondente aos direitos fundamentais que se tem enquanto membro de determinados grupos – e a fazer parte desses grupos.¹⁶ Com relação a nosso tema específico, vale resgatar indicação de CASTRO NUNES (*ob. cit.*, n. 31, p. 71), associando o **habeas corpus** e o mandado de segurança a ações de estado, para defesa do *status familiae, libertatis e civitatis*, aparecendo agora, ligado estreitamente a esse último, o mandado de injunção (*v. tb.* ARY NOGUEIRA, 1982, p. 141; KLEIN, 1994/1995, p. 144).

Instituto similar, novidade também em nosso ordenamento jurídico, é a **ação direta de inconstitucionalidade por omissão** (art. 103, 2º), ação civil pública de que se pode valer órgãos do Estado e entidades como a O.A.B., com o fito de resguardar a ordem jurídica objetiva de idêntico malefício. Entendemos que o mandado de injunção há de ser compreendido em estreita correlação com esse outro instituto, havendo ambos de ser entendidos reportando-se àqueles que o antecederam, em nosso ordenamento jurídico, e dos quais seriam um desdobramento, qual sejam, o mandado de segurança e a ação direta declaração de inconstitucionalidade, onde aos *writs* caberia a defesa de direitos fundamentais dos indivíduos contra ato ou omissão agressiva do Poder Público, evitando que tais direitos se reduzam a meros programas ou proposições teóricas desprovidas de eficácia, e às ações declaratórias de inconstitucionalidade – assim como à de constitucionalidade o escopo primordial de tutela dos princípios basilares da própria ordem constitucional objetiva.¹⁷

¹⁵ A doutrina jus-publicista dos estados e direitos subjetivos remonta, como é sabido, à obra clássica de G. JELLINEK, "**System der subjektiven öffentlichen Rechte**" (1905, 1963). Para uma exposição resumida, em língua portuguesa, consulte-se JORGE MIRANDA, 1988, n. 25, p. 83/85.

¹⁶ Mais recentemente HÄBERLE (1994, p. 100) referiu-se também a um **status mundialis hominis**, universal, do qual derivam outros, no plano nacional, como o **status civilis** e o **status culturalis**.

¹⁷ Nesse sentido, JOSÉ RUBENS COSTA (1990, p. 440); BEDAQUE (1995, p. 122 e seg.); CLÈVE (1995, p. 247, na esteira de BARROSO); FLÁVIA PIOVESAN (1995, p.

Só esse último tipo de ações constitucionais, mas não o mandado de injunção, daria ensejo à formação de “processo objetivo”, ao contrário do que sustenta GILMAR FERREIRA MENDES (1996, 296), com base em decisão do S.T.F., cujo resultado prático foi o esvaziamento do mandado de injunção.¹⁸ Este instituto não foi concebido para controle abstrato de normas em defesa da ordem jurídica objetiva, pelo exercício de uma forma de jurisdição mais *voluntária* que contenciosa – ou, propriamente, “jurisdicional” –,¹⁹ como anota CAPPELLETTI (1976, n. 38, p. 116 ss.): Trata-se, a nosso ver, de **ação para tutela de situações jurídicas subjetivas decorrentes de normas consagradoras de direitos fundamentais, cujo exercício encontra-se inviabilizado por omissão inconstitucional de poderes públicos (ou de terceiros).**

Enfileirar-se-iam, portanto, de um lado, *habeas corpus*, *habeas data*, os mandados de segurança, individual e coletivo, e injunção, com a função de propiciar ao cidadão a defesa de sua esfera de direitos (fundamentais) – ou do que estamos propondo que se denomine **ordem jurídica constitucional subjetiva** –, enquanto em outro pólo, oposto, mas complementar, situar-se-iam as ações civis públicas em geral e, em especial, as ações diretas de constitucionalidade e inconstitucionalidade, por ação e omissão, com a função de tutela da ordem jurídica objetiva (cf., em apoio, BUZAID, 1965, p. 165).

O mandado de injunção se tornou um grande enigma, que aos poucos

161, com apoio em MICHEL TEMER), e, em certa medida, MARCELO FIGUEIREDO (1991, p. 58 e 84) e PAULO LÚCIO NOGUEIRA (1994, p. 79). A Emenda Constitucional n. 3/93 introduziu a ação declaratória de constitucionalidade, a qual vem sendo bastante questionada, no que diz respeito à sua adequação à nossa ordem constitucional, que não adota o controle concentrado da constitucionalidade, nos moldes das Cortes Constitucionais européias, conforme já assinalamos mais acima. De qualquer forma, em uma ação como esta, ainda mais do que naquelas outras aqui mencionadas, se constata a função de tutela antes da ordem jurídica objetiva que de situações jurídicas subjetivas ou “interesses individuais” – nesse sentido, SLAIBI FILHO (1994, p. 11 e seg.). Para uma visão geral sobre a nova ação cf. SILVA MARTINS/FERRERA MENDES (1995) e CLÈVE (1995).

¹⁸ Cf. MI 107-3 - DF (Rel.: Min. MOREIRA ALVES). PAULO LOPO SARAIVA (1993, p. 49; *id.*, 1995, p. 52 e seg.), com a verve que lhe é peculiar, comentando o modo como vem sendo (in)compreendido o mandado de injunção entre nós, assinala que o instituto “foi paralisado pelo Poder Judiciário. Justo ele que deveria acabar com a parálise constitucional”.

¹⁹ A jurisdição voluntária, conforme sustentamos em outro local (GUERRA FILHO, 1993”), ao contrário do que dá margem a que se pense a doutrina processual dominante no País, apesar de implicar atividade estatal distinta daquela tipicamente jurisdicional, há de ser concebida como pautada pelos conceitos e institutos processuais.