

e muito lentamente se vai esclarecendo, mais por obra da jurisprudência constitucional – até por sua força normativa –, do que da profusa literatura, que de forma rápida e precipitada se produziu a respeito.²⁰ Isso se deu, ao que parece, entre outros motivos, porque, ao contrário do ocorrido com as demais ações previstas constitucionalmente para garantir o indivíduo ou a coletividade contra atos lesivos do Poder Público, muitas já reguladas anteriormente por normas que foram devidamente recepcionadas, o texto do dispositivo que instituiu o *writ* de que se trata, em sua brevidade, não delimita com precisão seu objeto. Também não indica o que exatamente caberia ao órgão judicial fazer, em verificando ausência de atividade normativa que inviabilize a fruição de vantagens ínsitas nas situações subjetivas decorrente da Constituição, às quais se refere vagamente esse mesmo dispositivo do art. 5º, LXXI.

Muito provavelmente devido ao estado de dúvida e incerteza, criado em torno do mandado de injunção, é que de início muito se discutiu o tema de sua origem ou filiação a institutos similares do direito alienígena. Uma primeira tendência, a partir da própria denominação do novo remédio constitucional, passou a associá-lo às *injunctio*ns do Direito anglo-americano, posição sustentada por figuras eminentes como JOSÉ AFONSO DA SILVA (1989, p. 14), GALENO LACERDA, HÉLIO TORNAGHI ou CELSO AGRÍCOLA BARBI,²¹ com conseqüências como a de que, em assim sendo, importaria, como alhures, um juízo de equidade, já que em sua origem mesma o *writ of injunctio*n já era meio empregado pela jurisdição de *Equity* para corrigir injustiças perpetuadas pela aplicação estrita de normas da *Common Law* (cf. BUZÁID, 1989'). Já a *mandatory injunctio*n, uma das diversas modalidades de *injunctio*ns, tal como nosso mandado de injunção, é prevista para determinar a realização de determinado ato. Ao contrário dos *writs of mandamus*, porém, não se aplica as *injunctio*ns apenas contra quem esteja investido de dever público, e se essas últimas ensejam, eventualmente, a criação de norma para regular caso concreto, essa é uma "criatividade" corretiva, diversa da criação que propiciaria o mandado de injunção entre nós, pela qual na verdade se implementaria o ordenamento jurídico lacunoso.²² Seria, então, de se acompanhar o parecer de SÉRGIO BERMUDEZ

²⁰ A responsabilidade maior do Judiciário, nesse contexto, é assinalada por BARBI (1990, p. 395).

²¹ No mesmo sentido, tb., MARCELO FIGUEIREDO (cit., p. 29 ss.).

²² Essa última observação se deve a ARRUDA ALVIM, em palestra proferida em fevereiro de 1990, na Escola Superior de Magistratura do Ceará.

(1989), para quem entre o novo instituto brasileiro e os antigos mandados do direito inglês só haveria de comum o étimo latino, *injunctio*, significando "imposição de uma obrigação".

O trabalho de comparação, na verdade, requer primordialmente a consciência da ordem de *problemas* que as normas e institutos comparados objetivam resolver, para que se possa estabelecer algum paralelo entre eles.²³

O problema que se procura solver com institutos como o mandado de injunção, conforme já se insinuou acima, é o de se evitar a inocuidade das normas constitucionais que consagram princípios e direitos fundamentais, que deixadas à própria sorte, sem mecanismos para coibir seu desrespeito, reduzidas a meras "normas programáticas", não seriam normas efetivas, atuáveis no ordenamento jurídico.

A permanência mesma entre nós, com imenso prestígio, de doutrinas consagrando, nas mais diversas variações, essa categoria de norma constitucional, consistiria já uma possibilidade indesejável de se justificar o descumprimento, por ação ou omissão, de preceito constitucional, taxado de "programático".²⁴ Dentre os excelentes constitucionalistas portugueses da atual geração, sentencia GOMES CANOTILHO (1989, p. 132): "marcando uma decidida ruptura em relação à doutrina clássica, pode e deve dizer-se que hoje não há normas constitucionais programáticas".

A impotência do constitucionalismo de Weimar diante da ascensão nacional-socialista é a prova cabal, que nos fornece a história, da insuficiência de uma Carta Fundamental que apenas consagre direitos fundamentais, sem fornecer os meios judiciais para sua defesa e implementação. Hoje o ordenamento constitucional alemão possui a "reclamação ou queixa constitucional" (*Verfassungsbeschwerde*), prevista no art. 93, 4a., da Lei Fundamental (*Grundgesetz*), e disciplinada nos parágrafos 90 a 96 do Regimento do Tribunal Constitucional (*Bundesverfassungsgerichtsgesetz*), como meio impugnativo, acessível a todos, que ensejaria ação ou omissão de órgão público, ferindo direito fundamental. É esse instituto o que mais nos moldou a (pré-)compreensão do mandado de injunção,²⁵ ao lado do *proceso de ampa-*

²³ Nesse sentido, por exemplo, SANDROCK, 1966, p. 66 e seg., texto e nota 2.

²⁴ Sem abandonar a categoria, embora reconhecendo-a passível de críticas, permanece LUIS ROBERTO BARROSO (1990, p. 106 ss.). Um posicionamento crítico mais contundente expressaram, v.g., J. C. BARBOSA MOREIRA (1984, p. 32 e seg.); EROS ROBERTO GRAU (1985, p. 40 ss.; *id.*, 1990, p. 300 e seg.); PAULO LOPO SARAIVA (1995, p. 31 ss.).

²⁵ A similitude entre ambas ações constitucionais é anotada também por ADHEMAR

ro, da tradição ibérica, que nos é culturalmente mais próxima.

5. Examinemos agora o nosso tema mais específico, o *habeas data*, tendo como pano de fundo as colocações feitas até o presente. O interesse dos doutrinadores pelo estudo deste instituto foi reavivado, com o advento da regulamentação que lhe disciplinou o rito processual, constante da Lei 9.507, de 12 de novembro de 1997. Ocorre, contudo, com o *habeas data*, algo semelhante ao que se verifica com o mandado de injunção, pois ambos, derivados que são do mandado de segurança, têm dificuldade em deixar evidenciadas suas funções específicas, em nossa ordem jurídica. Daí ainda haverem os que pensam terem sido aqueles institutos criações inúteis do constituinte de '88, que mais tolheram do que facilitaram o desenvolvimento da tutela de direitos fundamentais, para o que tendia naturalmente o mandado de segurança.

Nesse passo, vale lembrar a manifestação veemente daquele a quem se atribui a inspiração para a criação do *habeas data*, o Prof. JOSÉ AFONSO DA SILVA (1989, p. 60 e seg.), logo após sua instituição:

“Há quem pretenda que o habeas data seja uma forma de mandado de segurança, o que revela ignorância deste último especialmente e dos propósitos específicos do primeiro. O mandado de segurança protege direito líquido e certo, ou seja, direito reconhecível de plano, manifesto, e só se dirige contra autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de função do Poder Público. O habeas data protege a incolumidade de dados pessoais, mediante o direito de conhecer de informações sobre eles constantes de registros e bancos de dados, não só de entidade caracteristicamente pública, como vimos, assim como o direito de retificá-los, se necessário, o que importa num processo de conhecimento mais complexo do que o do mandado de segurança. O mandado de segurança, na forma existente, não se prestaria a tutelar esse tipo de direito. Poder-se-ia até dar a ele igual objeto, mas, então, não seria mais o writ tão preciso e definido que conhecemos, mas, no aspecto, um habeas data, na medida em que se lhe desse como objeto a proteção da incolumidade dos dados pessoais do impetrante. Aí já o estaríamos deformando”.

O *habeas data*, então, a diferença do mandado de segurança, abrange

FERREIRA MACIEL (1989, p. 43 ss., item VII, p. 54 e seg.) e JOSÉ RUBENS COSTA (loc. ult. cit.).

a tutela daqueles que sejam atingidos em direitos fundamentais seus pelo fenômeno que a doutrina alemã denomina “eficácia reflexa” (*Drittwirkung*) desses direitos.²⁶ Eis aí, sem dúvida, um terreno fértil para que se desenvolva o nosso instituto, concebido para fazer frente a arbitrariedades perpetradas pelo sistema de segurança política do Estado, no período de exceção que vivemos, durante a ditadura militar. Na ótica com que o estamos agora vislumbrando o *habeas data* poderá empregado na defesa do cidadão contra agressões à sua privacidade e dignidade – definidora do núcleo essencial dos direitos fundamentais, conforme doutrina de origem igualmente alemã (cf., v.g., STEIN, 1982, p. 258 ss.; VIEIRA DE ANDRADE, 1987, p. 233 ss.) -, perpetradas não apenas pelo Estado, mas por entidades privadas, mas que devem igualmente respeito aos direitos fundamentais e podem violá-los com o mesmo grau de intensidade – senão até, com maior intensidade ainda.

Concretamente, temos como passível de integrar o pólo passivo de uma ação de *habeas data* os Serviços de Proteção ao Crédito, “tele-cheques” e outros do gênero, uma vez que armazenam dados para orientar terceiros, seus clientes, sobre determinadas pessoas, que muitas vezes, em função de erro nesses dados, terminam prejudicados em sua atividade econômica. Essa hipótese já vem sendo aventada na doutrina pátria (cf., v.g., LIMA, 1997, p. 600). O mesmo não se pode dizer de uma outra possibilidade de utilização do *habeas data* em defesa da ordem jurídica constitucional subjetiva, com repercussões ainda maiores, em termos de danos morais.

²⁶ Cf., a respeito, GARCÍA MORRILLO (1994, p. 195 ss.); GARCÍA TORRES/JIMÉNEZ BLANCO (1986), e, na literatura jurídica pátria, com apoio na doutrina italiana, GOMES DA CRUZ (1993, p. 30 ss.). Na Alemanha, a respeito, é clássica obra de JÜRGEN SCHWABE, “Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte”, de 1971. Para um tratamento recente, cf. ISENSEE/KIRCHHOF (1992, p. 550 ss.).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. **Proceso, Autocomposición y Autodefensa** Cidade do México: UNAM, 1947; 2ª ed., 1970.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria Geral da Cidadania. A Plenitude da Cidadania e as Garantias Constitucionais e Processuais**. São Paulo: Saraiva, 1995.
- BARACHO THIBAU, Tereza. **O Habeas Data**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- BARBI, Celso A. "*Mandado de segurança na Constituição de 1988*". In: **Revista dos Tribunais**, n. 635, São Paulo: RT, 1990.
- BARBOSA MOREIRA, J. C. "*Notas sobre o problema da 'efetividade' do processo*". In: *id.*, **Temas de Direito Processual - Terceira Série**. São Paulo: Saraiva, 1984.
- BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**. Rio de Janeiro: Renovar, 1990.
- BEDAQUE, J. R. dos Santos. **Direito e Processo. Influência do Direito Material sobre o Processo**. São Paulo: Malheiros, 1995.
- BOUTET, Didier. **Ver l'Etat de Droit. La théorie de l'Etat et du droit**. Paris: L'Harmattan, 1991.
- BUZUID, Alfredo. "*Juicio de amparo e mandado de segurança - Contrastes e Confrontos*". In: **Estudos de Direito Processual in memoriam do Min. Costa Manso**, São Paulo: RT, 1965.
- CAPPELLETTI, Mauro. **Giurisdizione costituzionale della libertà**. Milão: A. Giuffrè, 1955 (reimp. 1976).

- CAPPELLETTI, Mauro. "*Costituzionalismo moderno e ruolo del Potere Giudiziario nelle società contemporanee*". In: **Revista de Processo**, n. 68, São Paulo: RT, 1992.
- CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Trad.: CARLOS ALBERTO ÁLVARO DE OLIVEIRA, Porto Alegre: Fabris, 1993.
- CASTRO NUNES, José de. **Do Mandado de Segurança e de outros meios de defesa contra atos do Poder Público**. 6ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1961.
- CLÈVE, Clèmerson M. **A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. São Paulo: RT, 1995.
- COSTA, José Rubens. "*O mandado de injunção como norma garantidora dos direitos sociais*". In: **Mandados de Segurança e de Injunção. Estudos de Direito Processual-Constitucional em memória de Ronaldo Cunha Campos**. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA (coord.), São Paulo: Saraiva, 1990.
- COUTURE, "*Las garantías constitucionales del proceso civil*". In: *Id.*, **Estudios de Derecho Procesal Civil**. Tomo I - "**La Constitución y el Proceso Civil**", Buenos Aires: EDIAR, 1948.
- D'AMICO, Marilisa. **Parti e Processo nella Giustizia Costituzionale**. Turim: Giappichelli, 1991.
- DINIZ, Márcio A. "*Controle da Constitucionalidade das Leis – a Experiência Francesa*". In: **Anuário do Mestrado em Direito**, n. 7, Recife: Imprensa da UFPE, 1995.
- D'ORAZIO, Giustino. **Soggetto privato e processo costituzionale italiano**. 2ª ed., Turim: Giappichelli, 1992.
- FAVOREU, Louis. "*Le droit constitutionnel jurisprudentiel en 1981-1982*". In: **Revue du Droit Public et de la Science Politique**, n. 2, Paris, 1983.

- FIGUEIREDO, Marcelo. **O Mandado de Injunção e a Inconstitucionalidade por Omissão**. São Paulo: RT, 1991.
- FLEURY, R. **Verfassungsprozeßrecht**. Neuwied/Kriftel/Berlim: Luchterhand, 1993.
- GARCÍA DE ENTERRIA, E. **La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional**. 3ª ed., Madri: Civitas, 1985.
- GARCÍA TORRES, Jesús/JIMÉNEZ-BLANCO, A. **Derechos fundamentales y relaciones entre particulares. La Drittwirkung en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional**. Madri: Civitas, 1986.
- GOMES DA CRUZ, J. R. **Estudos sobre o Processo e a Constituição de 1988**. São Paulo: RT, 1993.
- GONZAÍNI, Osvaldo A. **El Derecho de Amparo**. Buenos Aires: Depalma, 1995.
- GRAU, Eros Roberto. "A Constituição Brasileira e as Normas Programáticas". In: **Revista de Direito Constitucional e Ciência Política**, Rio de Janeiro: Forense, 1985.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. "Remédios constitucionais processuais". In: *Id.*, **Novas Tendências do Direito Processual**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.
- GUERRA FILHO, Willis S. "Valor Didático e Científico da 'Teoria Geral do Processo'". In: **Revista da Faculdade de Direito**, vol. XXIX, n. 1, Fortaleza: Imprensa Universitária da UFC, 1988.
- GUERRA FILHO, Willis S. "Judiciário e conflitos sociais (na perspectiva da pós-modernidade)". In: **Revista de Processo**, n. 70, São Paulo, 1993'.
- GUERRA FILHO, Willis S., "Teoria Geral do Processo: Em que Sentido?". In: **Lições Alternativas de Direito Processual**, HORÁCIO W. RODRIGUES (org.), São Paulo: Acadêmica, 1995.

- GUERRA FILHO, Willis S. "*Jurisdição Voluntária estudada pela Teoria Geral do Processo*". In: **Revista de Processo**, n. 69, São Paulo: RT, 1993".
- HÄBERLE, P. "*El concepto de derechos fundamentales*". In: **Problemas Actuales de los Derechos Fundamentales**. Trad.: MARÍA JOSÉ FARIÑAS, JOSÉ M.^a SAUCA (ed.), Madri: Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas/Universidad Carlos III de Madrid – Imprenta Nacional del Boletín Oficial del Estado, 1994.
- ISENSEE, Josef/KIRCHHOF, Paul. **Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland**, vol. V, Heidelberg: C. F. Müller, 1992.
- JELLINEK, G. **System der subjektiven öffentlichen Rechte**. 2^a ed., 1905, reimp. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1963.
- KELSEN, Hans. "*La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle)*". Trad.: CHARLES EINSENMANN. In: **Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a l'étranger**. T. XLV, Paris, 1928.
- KELSEN, Hans. **La giustizia costituzionale**. Milão: Giuffrè, 1981.
- LIMA, Francisco Géson Marques de. "*Breves anotações à Lei do 'habeas data' (Lei n. 9.507/97)*". In: **Repertório IOB de Jurisprudência**, n. 24, caderno 1, 1997.
- MACIEL, Adhemar Ferreira. "*Mandado de injunção e inconstitucionalidade por omissão*". In: **Revista de Direito Público**, n° 89, São Paulo: RT, 1989.
- MACIEL, Adhemar Ferreira. "*Mandado de injunção e inconstitucionalidade por omissão*". In: **Mandados de Segurança e de Injunção. Estudos de Direito Processual-Constitucional em memória de Ronaldo Cunha Campos**. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA (coord.), São Paulo: Saraiva, 1990.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. "*Ação civil pública: Instrumento de participação na tutela do bem comum*". In: *Id et al.* (coord.), **Partici-**

- pação e Processo.** São Paulo: RT, 1988.
- MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional** (vol. IV). Coimbra: Coimbra Ed., 1988.
- MORENO, Faustino Cordón. **El proceso de amparo constitucional.** 2^a ed., Madrid: La Ley, 1992.
- MORILLO, Joaquín García. **La protección judicial de los derechos fundamentales.** Valencia: Tirant lo blanc, 1994.
- NERY JR., Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal.** São Paulo: RT, 1992 (2^a ed., 1995).
- NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Instrumentos de Tutela e Direitos Constitucionais.** São Paulo: Saraiva, 1994.
- PIOVESAN, Flávia C. **Proteção Judicial contra Omissões Legislativas. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção.** São Paulo: RT, 1995.
- ROCHA, José da A. **Estudos sobre o Poder Judiciário.** São Paulo: Malheiros, 1995.
- ROCHA, José da A. **Teoria Geral do Processo.** 3^a ed., São Paulo: Malheiros, 1996.
- ROSAS, Roberto. **Direito Processual Constitucional,** São Paulo: RT, 1983.
- SANDROCK, O. **Über Sinn und Methode zivilistischer Rechtsvergleichung,** Berlin: Dunckler & Humblot, 1966.
- SARAIVA, Paulo Lopo. **A Constituição deles não é a nossa.** Natal (RN): Cooperativa Cultural, 1993.
- SARAIVA, Paulo Lopo. **Manual de Direito Constitucional. (A Constituição deles não é a nossa).** São Paulo: Acadêmica, 1995.
- SCHMITT, CARL. **La Defensa de la Constitución.** Trad.: MANUEL

- SANCHEZ SARTO, Madri: Tecnos, 1983.
- SEGADO, F. Fernandez. **La Jurisdicción Constitucional en España**. Madri: Dykinson, 1984.
- SILVA, José Afonso da. **Mandado de Injunção e Habeas Data**. São Paulo: RT, 1989.
- SILVA MARTINS, Ives Gandra da/FERREIRA MENDES, Gilmar. 1995.
- SLAIBI FILHO, Nagib. **Ação Declaratória de Constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Forense, 1994.
- STEIN, Ekkehart. **Staatsrecht**. Tübingen: J. C. B. Mohr, 1982.
- TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. "*O Processo Civil na nova Constituição*". In: **Revista de Processo**, São Paulo: RT, nº 53, 1989.
- TIMSIT, Gérard. **Gouverner ou juger. Blasons de la légalité**. Paris: P.U.F., 1995.
- VALLE, Rubén Hernández. **La Tutela de los Derechos Fundamentales**. San José da Costa Rica: Juricentro, 1990.
- VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1987.
- ZAGREBELSKY, G. "*Diritto processuale costituzionale?*". In: **Giudizio a quo e promovimento del processo costituzionale**, *id. et al.*, Milão: Giuffrè, 1990.
- ZAMUDIO, Hector Fix. **Jurisdicción Constitucional de la Libertad en Mexico**. In: MAURO CAPPELLETTI, **Jurisdicción Constitucional de la Libertad**. Trad.: *Id*, Instituto de Derecho Comparado de la UNAM (ed.), Cidade do México: Imprenta Universitaria, 1955.