

A NOVA CONSTITUIÇÃO E O MANDADO DE SEGURANÇA

SEABRA FAGUNDES

SUMÁRIO: O art. 150, § 27, da Constituição de 1967. Direitos individuais. A elaboração do texto vigente. Direitos sociais. Pessoas jurídicas. Conclusão.

O texto da Constituição de 1946, referente ao mandado de segurança, atribuía a êsse remédio a proteção de *direitos líquidos e certos* não amparados por *habeas corpus*: “Para proteger *direito líquido e certo* não amparado por *habeas corpus*, conceder-se-á mandado de segurança, seja qual fôr a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder” (art. 141, § 24).

A Constituição vigente mantém, nas suas linhas genéricas, essa configuração do instituto, mas qualifica de *individuais* os direitos por êle amparados: “Conceder-se-á mandado de segurança, por proteger *direito individual líquido e certo* não amparado por *habeas corpus*, seja qual fôr a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder” (art. 150, § 21).

Dado que a locução *direitos individuais*, na terminologia tradicional do Direito Público, designa mais comumente os direitos do indivíduo na qualidade de cidadão, e que a vigente Carta Política, adotando critério surgido entre nós com a Constituição de 1934, abre um capítulo, na “Declaração de Direitos”, com a epígrafe “Dos Direitos e Garantias Individuais” (na Constituição do Império os direitos do cidadão eram enunciados sob o título “Das Disposições Gerais e Garantias dos Direitos Civis e Políticos dos Cidadãos Brasileiros”, e na Carta de 1891, sob a epígrafe “Declaração de Direitos”), ao lado doutro intitulado “Dos Direitos Políticos”, há quem pretenda que o texto ora vigente restringe o âmbito do mandado de segurança, dêle excluindo os direitos políticos, os sociais e os concernentes à relação de emprêgo público, para alcançar apenas os direitos contemplados naquele capítulo. Tal exegese não encontra amparo, quer nos elementos colhidos da elaboração constitucional no Congresso, quer no sentido mesmo da expressão *direitos individuais*, conforme a terminologia do moderno Di-

reito Constitucional e segundo a emprega a própria Constituição, quer, ainda, nos critérios hermenêuticos aplicáveis às normas de Direito Político.

Os poucos elementos que se podem colher da fase de emenda e discussão do *Projeto do Governo* no Congresso não revelam intenção restritiva na intercalação da palavra *individual*.

Com efeito. O § 21, do art. 150, resultou da Emenda n.º 326, subscrita pelo Senador Eurico Rezende e mais 18 senadores (*Diário do Congresso Nacional*, de 6-1-67, págs. 55-6). A sua publicação está desacompanhada de justificação. Mas o parecer do sub-relator da matéria na Comissão Mista, Senador Wilson Gonçalves, a ela se reporta nos seguintes termos:

“56. Emenda n.º 326. Pela aprovação. Assegura, no texto constitucional, sem limitação generalizada de lei ordinária, os direitos e garantias individuais, restabelecendo a tradição das nossas Constituições democráticas anteriores” (*Diário do Congresso Nacional*, de 7-1-67, pág. 33).

Esse parecer foi aprovado na 9.ª reunião da Comissão Mista, realizada a 5 de janeiro de 1967 (*Diário do Congresso Nacional*, de 7-1-67, pág. 50).

No que concerne ao mandado de segurança, o texto não sustou debate, nessa oportunidade nem depois, convertendo-se, afinal, no § 21, do art. 150.

A referência genérica do parecer ao restabelecimento da “tradição das nossas Constituições democráticas anteriores”, único dado positivo de que se dispõe para interpretar a posição do Congresso na matéria, leva a crer não ter havido propósito restritivo. A palavra *individual* terá sido aditada, ao texto do direito anterior, inadvertidamente, sem propósito de modificá-lo.

É certo que com a aprovação da Emenda n.º 326, outras duas emendas, igualmente substitutivas do capítulo do *Projeto do Governo* sobre os direitos e as garantias individuais (Emendas n.ºs 150 e 700), e das quais não constava, no parágrafo sobre o mandado de segurança, a palavra *individual*, foram tidas por prejudicadas, sem que se sublinhasse a diferença de redação entre elas e aquela (*Diário do Congresso Nacional*, de 6-1-67, págs. 34, 55, 69, 101 e 102). Mas tal ocorreu porque coincidentes tôdas em substância. Na Comissão Mista, o sub-relator, Senador Wilson Gonçalves, disse a propósito, em parecer aprovado: “Atendidas na essência, no todo ou em parte, com aprovação da Emenda n.º 326. Por isto prejudicadas” (*Diário do Congresso Nacional*, de 7-1-67, págs. 33 e 50).

Ora, se a inclusão da palavra *individual*, no parágrafo ou inciso da Emenda 326, referente ao mandado de segurança, tivesse por objetivo reduzir a um mínimo as relações jurídicas ajuizáveis através dessa via, o parecer teria considerado a importância da inovação, no confronto dessa emenda com as outras existentes sobre o mesmo parágrafo, ao invés de circunscrever-se a indicar aquela como atendendo, em substância, ao objetivo visado por estas outras. As palavras a que se cingiu, *atendidas no todo ou em parte*, não teriam se afigurado suficientes. Ao sub-relator não teria escapado uma referência expressa a ponto de tanto relêvo para ressaltar a divergência quanto a êsse aspecto substancial, e que representaria uma infração do critério genérico, a que se reportou no seu primeiro parecer, do *restabelecimento da tradição das nossas Constituições democráticas anteriores*.

Na terminologia e na conceituação do Direito Público, a expressão *direitos individuais* não tem o seu alcance necessariamente limitado aos direitos enunciados nas declarações clássicas de direitos, de modo a comprometer a interpretação que nela faça abrangerem-se os direitos políticos, propriamente ditos, os direitos concernentes à relação de emprego público, etc. Aquelas palavras estão longe de traduzir um conceito tranqüilo, de sorte a compreender apenas determinada categoria de direito subjetivo, dentre os que o indivíduo pode ter perante o Estado. Se por muito tempo se tiverem por *direitos individuais* os caracterizados como *direitos civis* em face do poder público (igualdade perante a lei, livre manifestação do pensamento, liberdade de associação, direito de propriedade, etc.), por oposição aos *políticos*, com o correr dos anos, a crescente significação dos problemas sociais e econômicos postos diante do Estado, e as reivindicações deles conseqüentes, fizeram alargar-se o campo das Declarações de Direitos, de sorte que nas suas enunciações aparecessem direitos de uma nova categoria, os chamados *direitos sociais*. Nem é tão recente essa evolução da nomenclatura do Direito Constitucional, de modo a compreender na locução *direitos individuais*, de par com os direitos individuais clássicos (também às vezes intitulados de *liberdades públicas*), os chamados *direitos sociais*. Já Mirkine Guetzevitch, no "Estudo Preliminar" com que abriu a compilação das Constituições européias, imediatamente posteriores à Primeira Guerra Mundial, escrevia que vários desses textos, nos artigos em que "são definidos as liberdades individuais", foram além da sua "enumeração clássica". E dizia, ainda, que aquelas Constituições, sob o influxo do "sentido social do direito", não podendo "limitar-se apenas ao reconhecimento da independência jurídica do indivíduo", criaram, através da incorporação aos textos de direitos relacionados com a condição de trabalhador e a previdência, "um mínimo de condições necessárias a assegurar a sua independência econômica", daí resultado "uma extensão dos direitos individuais", ou seja, a "extensão dos direitos individuais no sentido social" (*Las Nuevas Constituciones del Mundo*, versão espanhola, 1931, págs. 35, 36, 37 e 39). Aliás, segundo lembra Maurice Duverger, ainda nos idos longínquos de 1793,

na Constituição da Montanha, o direito ao trabalho, um dos direitos sociais do nosso tempo, era proclamado entre as *liberdades públicas* (*Instituciones Politicas y Derecho Constitucional*, versão espanhola de Jesús Ferrero, pág. 217).

Aliás, já o nosso Pimenta Bueno dizia, como que numa antecipação da evolução conceitual nesse campo, que conquanto os mais relevantes *direitos individuais* sejam os de liberdade, igualdade e propriedade, é preciso ter em vista, não somente que “cada um deles se divide em diversos ramos”, mas também que “êles se combinam entre si, e formam outros direitos igualmente essenciais” (*Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*, ed. do Serv. de Doc. do Ministério da Justiça e Negócios Interiores, págs. 380-1).

Essa evolução levaria ao conceito de direito público subjetivo, abrangedor das diferentes modalidades de prestações (ativas e negativas), exigíveis do Estado pelo indivíduo, inclusive as de fundo social (Jellinek, *La Dottrina Generale del Diritto dello Stato*, versão italiana, págs. 29-35; Luis Sanchez Agesta, *Lecciones de Derecho Politico*, 4.^a edição, pág. 551). Por isto mesmo Constituições modernas, mesmo as de cunho acentuadamente conservador, de que é exemplo a do Reino da Dinamarca, promulgada em 1953, capitulam, sem distinção metodológica, de permeio com os direitos antigamente qualificados de *individuais*, alguns dos denominados *direitos sociais* (Cap. VIII, §§ 75 e 76).

A comunhão de sentido entre o direito individual clássico e outros direitos públicos subjetivos reconhecidos ao indivíduo é constatada, igualmente, por Georges Burdeau. Fazendo restrições à expressão *direitos sociais* (“em que se ajustam a imprecisão e o pleonasmão”, pois não há direito algum “que não seja social”), observa êle que, por vêzes, o “direito individual clássico é social em seu exercício” (*Traité de Science Politique*, 1953, vol. V, pág. 556).

Por conseguinte, nem mesmo à luz estrita da terminologia jurídica há por que excluir a exegese que atribua à expressão *direito individual* um sentido amplo, compreensivo não apenas dos direitos que a Constituição enumera sob a epígrafe “Dos Direitos e Garantias Individuais”. senão também dos direitos públicos subjetivos enunciados sob outros títulos (direitos políticos, certos direitos sociais, direitos relacionados com função pública).

Pode-se dizer, destarte, que por *direito individual* se compreende, no Direito Constitucional dos nossos dias, todo e qualquer direito do homem diante do Estado. A expressão direitos individuais constituiu-se no gênero, de que são espécies os direitos políticos, sociais, etc.

A própria Constituição, em meio aos direitos enunciados no capítulo “Dos Direitos e Garantias Individuais”, inclui alguns cujo conteúdo os qualifica entre os *sociais* ou os *políticos*. Tais, a liberdade de as-

sociação (art. 150, § 28), que enquanto diz com a possibilidade de sindicalizar-se tem a natureza de direito social (Burdeau, obr. e vol. cit., pág. 556), e os direitos de representação, de petição (art. 150, § 30) e de propor a *actio popularis* (art. 150, § 31), que significando modos de participar na atuação dos poderes públicos, conquanto limitadamente, são direitos de natureza política (Esmein, *Éléments de Droit Constitutionnel Français et Comparé*, 8.^a edição, revista por Henry Nézar, vol. I, págs. 588-9). E no art. 151, dêsse mesmo capítulo, se trata, simultâneamente, sem vinculação à epígrafe que o encima, do abuso de direitos individuais e políticos, e se dispõe sôbre a suspensão dêstes. Se a Constituição mesma assim admite que sob a denominação “Dos Direitos e Garantias Individuais” se insiram e regulem direitos não qualificáveis de individuais segundo a conceituação clássica, é porque não empresta à expressão *direito individual* sentido restrito, confundindo-a, antes, com direito público subjetivo.

Mas, ainda que contra o teor literal das palavras — “direito *individual* líquido e certo” — não se acumulassem razões tiradas ao histórico do dispositivo em que elas se inserem, à evolução conceitual da expressão *direitos individuais* e ao seu sentido dentro do próprio texto da Constituição, o intérprete haveria de repelir o entendimento restrito, sob a influência dos critérios exegéticos que comandam a inteligência dos textos do Direito Público.

O critério de interpretação à letra, já por si o menos valioso de quantos se podem adotar no entendimento das regras jurídicas, ainda mais desvalioso se torna quando estas são preceitos de Direito Público, e do Direito Público na sua mais eminente expressão social e política, que é o Direito Constitucional. Uma Constituição se deve interpretar (ainda, é óbvio, que sem desprezo do teor dos textos), levando em conta, de um lado os antecedentes históricos do país e a vocação política por êles revelada, doutro lado as tendências e aspirações do presente, bem como o propósito de aperfeiçoamento das instituições, quer na dinâmica dos poderes públicos, quer na preservação dos direitos daqueles, cuja vivência os textos constitucionais se destinam a reger. Daí dizer Carlos Maximiliano que as instituições constitucionais devem “ser entendidas e postas em função de modo que correspondam às necessidades políticas, às tendências gerais da nacionalidade, à coordenação dos anelos elevados e justas aspirações do povo” (*Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 2.^a edição, pág. 313). E nesse sentido é a tradição da jurisprudência do Supremo Tribunal, grandiosa e admiravelmente expressa na ampliação do âmbito do *habeas corpus*, sob a primeira Carta Política da República, bem como na configuração, em termos largos, antes mesmo do Código Civil, da responsabilidade do Estado por atos ilícitos dos seus prepostos. No que concerne mesmo ao mandado de segurança, os arestos imediatamente posteriores à sua instituição, revelam a tendência de prestigiar o instituto, alargando-lhe o campo de aplicação. E, mais próximamente, quando a reinclusão dêsse *writ* entre

os direitos públicos subjetivos constitucionais, pela Constituição de 18 de setembro de 1946, há julgados expressivos de igual orientação. Assim é que, acolhendo voto do preclaro Ministro Orosimbo Nonato, assentou o Egrégio Pretório, a propósito da aplicação imediata do nôvo texto, enquanto permissivo de mandado de segurança contra atos do Presidente da República (o direito precedente — Código de Processo Civil, art. 319 — excluía do âmbito dêsse remédio os atos presidenciais, os de Ministros de Estados, os de Governadores e os de Interventores) e quando se controvertia a sua extensão a atos anteriores: “bastaria a índole de constitucional do preceito para segurar-lhe aplicação intensa, poderosa a empolgar em seu domínio o máximo de casos” (mandado de segurança n.º 777, em 31-1-47, *Direito*, vol. 46, pág. 106).

Ora, a inteligência que atribuisse ao § 21, do art. 150, sentido restritivo do mandado de segurança, de sorte a sòmente se alcançarem, com êsse remédio extraordinário, os direitos enumerados no capítulo “Dos Direitos e Garantias Individuais”, renegaria tôda a nossa evolução institucional, através de 78 anos de República, no rumo da ampla proteção judiciária, de brasileiros e estrangeiros que habitam no país, contra os atos ilegais do poder público.

É de atentar em que o critério da exegese literal, se aplicado ao capítulo “Dos Direitos e Garantias Individuais”, conduziria às mais absurdas consequências. Com efeito. Ao abrir o elenco dos direitos aí instituídos, diz o art. 150 que a Constituição os assegura “aos brasileiros e estrangeiros residentes no País”. Entendido literalmente o texto, as pessoas jurídicas ficariam fora da sua proteção. Sim, porque a palavra *brasileiros* é naturalmente relacionada, até por fôrça de conexão com outros dispositivos da Constituição (arts. 30, parágrafo único, n.º I, 73, § 3.º, 75, n.º I, 93, 113, § 1.º, 121, § 1.º, 140, 141, 142, 161, § 1.º, 165, parágrafo único, e 166), com as pessoas físicas, o mesmo sucedendo com a locução *estrangeiros residentes no País*, pois as pessoas jurídicas têm *sede* ou *filial*, e não *residência*. Ora, essa inteligência, como ressaltou Rui Barbosa, a propósito de igual texto da Constituição de 1891, levaria à extravagância, entre outras, de privar a pessoa física da proteção constitucional para os seus direitos patrimoniais, quando se associasse a terceiros, comprometendo-os para uma finalidade comum (*Comentários à Constituição Federal Brasileira*, coligidos e ordenados por Homero Pires, vol. V, págs. 197-203).

Problema de interpretação constitucional, semelhante a êsse, apresentou-se nos Estados Unidos, em tórno do alcance da palavra *citizen* (*cidadão*). Estando previsto na Constituição (como, entre nós, sob as Constituições de 1891 e 1934), que os pleitos entre cidadãos de Estados diferentes seriam ajuizados na Justiça Federal, durante alguns anos, por apêgo ao sentido literal do texto, não se admitiu que uma pessoa jurídica (*corporation*) acionasse perante os juizes da União, ou perante êles viesse a ser demandada, quando a outra parte fôsse pessoa do-

miciliada em Estado diferente daquele no qual tinha ela sede. A pouco e pouco, porém, a jurisprudência foi reagindo aos inconvenientes e ao ilogismo dêsse apêgo à literalidade, acabando a Suprema Côrte por desprezar o sentido estrito das palavras. A evolução se processou, na fase de Hugh Evander Wills, pela prevalência do poder da razão sôbre o poder da forma (“*the power of reason has prevailed over power of ritual*”) (*Constitutional Law of the United States*, Indiana, ed. Principia Press, pág. 849). Em caso no qual todos os acionistas de uma sociedade eram cidadãos do Estado onde a mesma se constituira e a outra parte era cidadão de Estado diferente, considerou o tribunal seu dever levar em conta que, por trás da sociedade, como ser fictício (“*artificial unit*”), estavam as pessoas dos sócios. E admitiu a jurisdição federal. Numa outra demanda foi mais longe. Tratava-se de litígio entre cidadão de um Estado e sociedade constituída em outro, mas contando com acionistas da mesma naturalidade da outra parte. A Côrte Suprema admitiu a jurisdição federal porque, para os fins da cidadania de que falava a Constituição, todos os sócios se deviam haver como cidadãos do Estado onde tinha domicílio a sociedade. Hoje se considera, sem discrepância, que o ente moral, “para os fins da diversidade de cidadania”, é cidadão do Estado onde se constituiu (Wills, obr. cit., págs. 848-856; W. W. Willoughby, *Constitutional Law*, ed. Baker, Voochis & Company, vol. II, págs. 882-884, 984-986; Bromage State, *Government and Administration in the United States*, ed. Harper & Brothers, pág. 321).

Há de entender-se, portanto, à luz dos diferentes elementos e critérios ao alcance do intérprete, que a palavra *individual*, acrescida à expressão *direito líquido e certo*, não restringe o elenco dos direitos ajuizáveis pelo mandado de segurança.