

GARANTIAS CONSTITUCIONAIS PROCESSUAIS

Prof. Celso Agrícola Barbi — Catedrático de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da UFMG.

SUMARIO: 1 — Limitações da exposição. **PRINCIPIOS PROCESSUAIS.** 2 — Princípio da unidade de jurisdição. 3 — Tentativa anterior de introduzir a dualidade de jurisdição. 4 — Proteção dos direitos coletivos. 5 — situação anterior no Brasil. 6 — Nova situação. 7 — Generalização dos juízos preventivos. 8 — Os juízos preventivos no Congresso de Bruxelas. 9 — Procedimento no juízo preventivo. 10 — Princípio do devido processo legal. 11 — Perspectivas de sua aplicação. 12 — Princípio do juiz natural. 13 — Princípio do contraditório e da ampla defesa. 14 — Elevação destes a garantia constitucional. 15 — Princípio da publicidade. 16 — Princípio da licitude na colheita da provas. 17 — Esse princípio em outros países. 18 — Princípio da assistência jurídica aos pobres. 19 — Princípio da fundamentação da sentença. 20 — Princípio político. 21 — Ampliação da legitimação para agir. 22 — Alcance dessa ampliação. 23 — Conceito de autorização das associações. 24 — Ações constitucionais. **MANDADO DE SEGURANÇA.** 25 — Constituição anterior. 26 — Legislação ordinária anterior. 27 — O texto de 1988. 28 — Introdução do mandado de segurança coletivo. 29 — Conceito 30 — A assistência processual. 31 — os interesses difusos e o mandado de segurança coletivo. 32 — Interesse de agir no direito francês. 33 — Caracterização desse interesse. 34 — Interesse de agir na ação popular e na ação civil pública. 35 — Mandado de segurança coletivo e interesse legítimo. 36 — Procedimento no mandado de segurança coletivo. 37 — Assistência nesse mandado de segurança. 38 — Inovações nos recursos em mandado de segurança.

CURSO DE ATUALIZAÇÃO SOBRE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

TEMA - Garantias constitucionais processuais. Mandado de Segurança. Mandado de Segurança coletivo.

1. Dado o enunciado do tema, a exposição limitar-se-á aos princípios gerais inseridos na Constituição, excluindo as ações e procedimentos, salvo quanto ao mandado de segurança. Aquelas outras ações e procedimentos serão objeto de aulas por outros professores.

2. O mais importante princípio é o constante do item 35 do art. 5º. Segundo ele, “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

A norma não é totalmente nova, porque já constava da Constituição de 1946 e da de 1967, se bem que com redação e alcance diferentes. Diziam aquelas Constituições que a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário nenhuma lesão de direito individual.

Nessa redação mais antiga, significava ela a garantia de acesso à Justiça, quando houvesse lesão de direito individual. Significava, também, que o Brasil adotava o sistema de unidade de jurisdição, excluindo, pois, a Justiça Administrativa, tal como existe na França e em outros países europeus.

3. Com a Emenda Constitucional no: 7, de abril de 1977, foi modificado o art. 153, parág. 4º, que regulava o assunto, com o objetivo de introduzir no direito brasileiro o sistema de dualidade de jurisdição, criando um Contencioso Administrativo, para certas causas de entidades públicas, nos moldes aproximados do direito continental europeu. Todavia, a iniciativa não prosperou: a emenda constitucional necessitava de regulamentação, que nunca foi feita, de modo que, apesar do texto constitucional, continuamos no sistema de

unidade de jurisdição, característico de todo nosso período republicano, por influência do direito constitucional norte-americano.

4. É preciso destacar, todavia, que o texto da nova Constituição não se limitou a repetir o texto das Constituições anteriores à Emenda Constitucional nº 7. A análise da atual redação mostra que ela contém duas importantíssimas novidades: a primeira é que não se fala mais em direito individual, mas somente em direito.

É sabido que o sistema judicial brasileiro sempre atuou limitado à proteção de direitos individuais, de direitos subjetivos individuais. Isto constituiu grave atraso em relação aos países europeus, onde, através do mecanismo do Contencioso Administrativo, alcançou-se proteção também dos direitos coletivos, ou interesses difusos, ali chamados, até certa ocasião, interesses legítimos.

Por essa via, os cidadãos puderam fazer efetivo controle da legalidade dos atos da Administração, mesmo quando eles não feriam direitos subjetivos individuais.

5. Enquanto isto, no Brasil, permitia-se apenas a proteção dos direitos subjetivos individuais, o que ensejava à Administração praticar graves ilegalidades, que ficavam livres de efetivo controle, porque a lei não dava aos cidadãos legitimação para impugná-las.

O poder de usar de meios para controle da legalidade dos atos da Administração foi fator importante para o aprimoramento dos costumes políticos e administrativos da Europa. E à falta desse poder no Brasil pode ser atribuído o clima de irresponsabilidade em que agem, com muita freqüência, os detentores do Poder Público em nosso país.

6. A redação do inciso legal em exame permite a conclusão de que o direito, cuja ameaça ou lesão não pode ser subtraída da apreciação do Poder Judiciário, não é mais apenas o direito subjetivo individual, mas também o direito coletivo, nome que é usado, com freqüência, como sinônimo de interesse difuso ou de interesse legítimo.

Desse modo, a Constituição deu um grande passo para o aprimoramento dos costumes na atividade dos órgãos públicos, vedando à lei retirar da apreciação do Poder Judiciário a ameaça ou lesão de direito coletivo, interesse difuso, ou interesse legítimo.

Em outras palavras, a Constituição deu ao Poder Judiciário a atribuição de controlar a legalidade dos atos da Administração, impedindo-a de praticar atos ilegais que firam direito coletivo, interesse difuso ou legítimo, ou tirando os efeitos a esses atos e suas conseqüências.

7. Outra importantíssima novidade trazida pelo dispositivo em exame é que ele, ao mencionar a ameaça a direito, generalizou os chamados juízos preventivos.

Estes não se confundem com as medidas cautelares, as quais se destinam a evitar algum prejuízo que possa ocorrer no curso de uma ação, ou enquanto esta não é proposta.

Os juízos preventivos destinam-se a evitar a violação de um direito, quando exista ameaça de que tal coisa vá ocorrer. Como por exemplo, temos, em nosso direito, o interdito proibitório possessório (art. 932 do CPC) e o mandado de segurança preventivo (Lei 1533/51, art. 1º).

8. A legislação processual brasileira, como a dos demais países, não contemplava um “juízo preventivo geral”, limitando-se a prevê-lo para alguns casos, como os já citados.

Mas os juristas entendem aconselhável a criação desse juízo preventivo geral, e o Congresso Internacional de Direito Comparado, realizado em Bruxelas, no ano de 1958, aprovou, por unanimidade de votos, uma declaração nesse sentido; o texto é o seguinte, que vai reproduzido tendo em vista a pouca difusão do assunto em nosso país:

“É desejável que em todos os países exista a possibilidade de se dirigir aos tribunais, não apenas em caso de violação consumada de um direito ou interesse jurídico, mas

também, com as garantias convenientes, quando se tratar de prevenir tal violação, em caso de ameaça objetiva e atual”.

Essa declaração, que contém mais algumas recomendações, foi publicada na “Rivista di Diritto Processuale” — vol. de 1959, págs. 417 e seguintes. O assunto foi retomado no Brasil por J. C. Barbosa Moreira, sob o título “Tutela sancionatória e tutela preventiva”, inserido nos seus “Temas de Direito Processual” — 2ª série, pág. 21 e seguintes, São Paulo, 1980.

O texto constitucional em exame abrange tanto a ameaça a direito subjetivo individual como a direito coletivo, ou interesse legítimo, tal como sugere a recomendação transcrita.

Cabe, porém, lembrar que os juízos preventivos, apesar do seu grande valor prático, deve ser manejados com bastante cautela, para não se sobrecarregar o foro com demandas desnecessárias, nem entravar o comércio jurídico.

9. Do ponto de vista procedimental, pensamos que essas ações preventivas não dependem da criação de nenhum procedimento, podendo o interessado usar o procedimento ordinário, que é o cabível sempre que a lei não tenha previsto outro especial.

10. Passando a outros princípios, observa-se que o item 54 do art. 5º introduziu a norma segundo a qual

“ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.”

A origem desse dispositivo encontra-se no direito norte-americano, onde o “due process of law” tem importantíssimo papel, como garantia dos litigantes, sendo, no dizer de WILLOUGHBY um “fundamental principle of justice”.

No ensino de ADA PELEGRINI GRINOVER, esse princípio, naquele país, tem evoluído ampliativamente:

“Do conteúdo clássico do “due process of law”, como garantia do réu, passa-se à proteção mais ampla, sem distinção entre “substance” e “procedure”. A Cláusula transforma-se na garantia geral da ordem jurídica: “judicial process” não significa processo judicial, mas aplicação judicial da lei e, por extensão, interpretação judicial da norma. Assim, “due process of law” é, em sentido amplo, a garantia do “processo” legislativo e também a garantia de que a lei é razoável, justa e contida nos limites da Constituição. Ao lado do “procedural due process”, sustenta-se a existência de um “substantive due process”, garantindo o exercício pleno e absoluto dos direitos de liberdade e de propriedade (em sentido amplo). A cláusula não mais se limita à determinação processual de direitos substanciais, mas se estende à garantia de que seu gozo não seja restringido de modo arbitrário ou desarrazoado”. (in “Garantia constitucional do direito de ação” — págs. 35/36 — São Paulo, 1973)

11. Não cabe nos limites desta exposição um exame mais detido do princípio do devido processo legal.

Pode-se prever que haverá grande influência da jurisprudência norte-americana na fixação do seu conceito.

Mas o princípio, apesar de potencialmente rico, como se mostrou nos EE.UU., gerará grandes incertezas, dada sua imprecisão no próprio país de origem. A radical diferença entre as técnicas jurídicas anglo-saxônicas e as brasileiras será outro fator que dificultará um eficaz aproveitamento da novidade introduzida em nossa Constituição.

12. O item 37 do art. 5º dispõe que “não haverá juízo ou tribunal de exceção”. Com isso, garante-se ao cidadão o juiz natural, que é um dos mais importantes princípios do constitucionalismo moderno.

Observa, com acerto, J. FREDERICO MARQUES:

“O princípio do juiz natural não exclui a existência de justiças especiais, mas tão só dos juízos de exceção e extraordinários. Segundo P. ROSSI, deve-se entender por juiz natural “les juges appropriés aux différents matières”; e com a regra de que ninguém pode ser tirado de seu juiz natural, quis-se “proscrever os Juizes extraordinários, qualquer que seja o seu nome, as comissões, cortes especiais ou outras, os juizes constituídos “post factum”, constituídos “ad hoc”, para o julgamento de tal e tal caso” (in “Instituições de Direito Processual Civil”, vol. I, pág. 174 — N. 77 — 1ª edição.

13. No item 55 do art. 5º, dispõe-se:

“aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, serão assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

A legislação processual ordinária já assegura aos litigantes o contraditório e a ampla defesa. Aquele significa que ninguém pode ser julgado sem ser ouvido. Na particularização necessária, a legislação processual dispõe que as partes serão sempre ouvidas sobre as alegações e provas apresentadas pelo adversário.

A ampla defesa é uma decorrência do princípio do contraditório, porque de nada serviria ouvir sempre a parte, se não se lhe desse oportunidade de se defender amplamente. Essa amplitude inclui tanto o poder de discutir como o de provar.

14. A elevação desses princípios a garantia constitucional é de grande importância, porque, com isso, evitar-se-á que sejam feitas ordinárias restringidoras daqueles essenciais direitos, como ocorreu no governo ditatorial da Revolução de 1964, em que os tecnocratas, para desenvolver o mercado de capitais, criaram procedimentos grande-

mente restritivos desses direitos. Como exemplo tem-se a execução extrajudicial de créditos do sistema financeiro da habitação.

15. Já é antigo em nosso direito processual civil o reconhecimento da publicidade dos atos processuais.

Mas o legislador constituinte entendeu conveniente fixar esse princípio na Lei Maior. Assim, o item 60 do art. 5º dispõe:

“a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”.

De igual modo, a parte inicial do art. 93 repete o princípio:

“Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos...”

Observa-se que o item 60 é de conteúdo maior, porque abrange os atos processuais em geral, enquanto o art. 93 refere-se a julgamentos apenas.

16. O item 66 do art. 5º contém importantíssima inovação ao dispor que

“são inadmissíveis no processo as provas obtidas por meios ilícitos”.

Nossa legislação ordinária é omissa a respeito, mas algumas decisões judiciais haviam aceito o princípio, como, v. g., o acórdão do STF publicado na R.T.J., vol. 84/609. Como Juiz do Trib. Regional Eleitoral de Minas Gerais, já tive oportunidade de relatar caso em que se pretendeu utilizar gravação telefônica feita clandestinamente. Votei pela inadmissibilidade da prova, tendo sido acompanhado pelos demais juízes.

17. Em nosso país, a Professora ADA PELEGRINI GRINOVER tem sido incansável batalhadora pela aceitação do princípio ora adotado pela Constituição e que encontra exemplo na Constituição Portuguesa, cujo art. 32 não admite o uso, no processo, civil ou penal, de provas obtidas por meios criminosos. A situação atual do assunto no direito dos países ocidentais encontra-se bem sintetizada no trabalho daquela ilustre processualista "Provas ilícitas", publicado no seu livro "O processo em sua unidade" vol. II, pág. 170, Rio, 1984.

18. O item 74 do art. 5º assegura aos necessitados assistência jurídica integral e gratuita. Essa regra já existia na Constituição anterior e constava também da legislação ordinária a partir da Lei 1060, de 5.2.1950.

O novo texto, todavia, é mais enfático e dispõe que a assistência deve ser integral.

A norma está de acordo com a moderna orientação do direito processual, que procura facilitar o acesso à Justiça de todos os que tenham necessidade disso. A falta de recursos econômicos não deve e não pode ser embaraço a que o cidadão obtenha a prestação jurisdicional a que se julgue com direito.

19. Outra norma antiga do direito processual ordinário que ganhou posição constitucional é a de que a sentença deve ser fundamentada, sob pena de nulidade. É o que está agora no art. 93, item IX:

"Todos os julgamentos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes".

Apesar de que o CPC, no art. 458, item II, considere os fundamentos como requisito essencial da sentença, o STF, no seu

Regimento Interno, ao dispor sobre o julgamento das Arguições de Relevância, determinou que ele seja feito em sessão secreta, publicando-se apenas o resultado, o que faz supor que a fundamentação não fosse indispensável. Pelo menos, nenhuma parte jamais tomou conhecimento dos fundamentos.

Esse sigilo motivou severas críticas de CALMON DOS PASSOS, em artigo muito conhecido, no qual sustentou, com bons argumentos, a inconstitucionalidade dessas decisões não fundamentadas e tomadas secretamente.

Com a nova Constituição, felizmente, não mais é possível julgamento secreto e não fundamentado, o que é uma tranquilidade para o cidadão, que quer saber por que não teve êxito em sua demanda.

20. O item 67 do art. 5º mantém a regra da velha Constituição, que proibia a prisão por dívidas, salvo nos casos de débito por prestação alimentar e em caso de depositário infiel.

Em ambas as hipóteses, porém, o novo texto é mais enfático do que no direito anterior. Diz o item em exame:

“não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentar e a do depositário infiel”.

A importância da prestação alimentar, como essencial à vida do alimentando, justifica a exceção à regra de não haver prisão por dívida.

A outra exceção, apesar de não encontrar justificativa tão importante, é, todavia, tradicional em nosso direito, visando a valorizar o instituto do depósito.

21. Um dos aspectos mais positivos na atual Constituição é a ampliação dada, em várias passagens, ao instituto da legitimação para agir em juízo.

Tradicionalmente, em nosso direito, somente o titular do

direito subjetivo tinha legitimação para discuti-lo em Juízo, salvo disposição legal em contrário.

O princípio era adequado às demandas individuais, mas revelou-se insuficiente, com o advento das ações em assuntos de interesse de grande número de pessoas, como sejam funcionários públicos ou contribuintes. A solução foi a propositura de ações com centenas ou milhares de autores, o que trazia óbvios inconvenientes práticos, além de a sentença só produzir efeitos em relação aos que ingressaram em Juízo.

O item XXI do art. 5º viu solucionar o assunto ao dispor que:

“as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente”.

22. Pensamos que a legitimidade conferida pelo inciso abrange as ações para defesa de direitos subjetivos dos filiados à entidade e também os direitos coletivos, ou interesses difusos, a que nos referimos no início desta exposição.

Ali se mostrou que a atribuição ao Judiciário do poder de conhecer de ameaças e violações de direitos coletivos, ou interesses difusos, representa um grande avanço no controle dos atos ilegais da Administração Pública e contribuirá decisivamente para o aprimoramento do regime democrático.

Mas o efetivo exercício desse poder depende da ampliação da legitimidade para discutir, em juízo, essas ameaças e violações.

A nosso ver, o inciso em exame complementa a regra do item XXV do art. 5º, segundo a qual a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário nenhuma lesão ou ameaça a direito, entendido este como individual ou coletivo.

23. O item XXI em exame refere-se a entidades associativas “quando expressamente autorizadas”.

Pensamos que a autorização mencionada no texto constitucional é a que deve ser dada pelos filiados, e não por alguma lei. A

autorização dos filiados pode ser permanente, constante do estatuto, ou, na falta desta, poderá ser dada para o caso concreto.

A entidade agirá em nome próprio, na defesa do direito de terceiros — os filiados — configurando caso típico de legitimação anômala, ou substituição processual, na linguagem dos processualistas.

24. Terminada esta parte, relativa a princípios gerais, cabe mencionar que a nova Constituição assegura a existência de várias ações judiciais, algumas já existentes na Constituição anterior, como a Ação Popular, a Ação Direta de Inconstitucionalidade, também chamada Representação de Inconstitucionalidade e o Mandado de Segurança; outras são novas, como o Mandado de Injunção, o “Habeas Data” e a Declaração de Inconstitucionalidade por omissão.

25. A maioria dessas ações será objeto de explanação por outros colegas, em suas preleções. Na exposição de hoje está previsto o exame apenas do Mandado de Segurança e do Mandado de Segurança Coletivo, o que passamos a fazer.

25.1. A Constituição que vigorou até o dia 04 de outubro de 1988 previa o mandato de segurança como ação judicial para proteger direito líquido e certo, não amparado por “habeas corpus”, violado por autoridade pública.

Consagrando entendimento generalizado da doutrina e da jurisprudência, o Código de Processo Civil, no art. 6º, dispõe que ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio salvo quando autorizado por lei, vale dizer, em regra só o titular do direito tem legitimação para reclamá-lo em Juízo.

Essa regra prevalecia também no processo do mandato de segurança, e este era entendido como procedimento destinado a proteger direito subjetivo individual líquido e certo, sendo legitimado para requerê-lo apenas o titular desse direito.

26. Em conferência que pronunciamos em 30.08.1962, no Instituto dos Advogados do Brasil, procuramos demonstrar, com base no parág. 1º do art. 6º da Lei 191, de 16.01.1936, cujo princípio foi repetido no parág. 1º do art. 319 do Código de Processo Civil de 1939 e no parág. 2º do art. 1º da Lei 1.533, de 31. 12.1951, que, no “ambito do mandado de segurança, havia lugar para proteção dos chamados interesses legítimos, que integram hoje os chamados “interesses difusos” ou “interesses coletivos” ou “direitos coletivos”, com legitimação dos interessados para requerer a medida judicial. Esse esforço, todavia, não logrou resultados práticos imediatos, tendo continuado a prevalecer a interpretação mais restritiva já apontada.

27. Na Constituição de 5 de outubro de 1988, o art. 5º em seu itens LXIX e LXX dispõe:

“LXIX — conceder-se-á mandado de segurança para proteger 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;

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

a) partido político com representação no Congresso Nacional;

b) organização sindical, entidade de classe ou associação constituída em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados.”

28 — O item LXIX, apesar de ter redação diferente da que consta da Constituição anterior, não trouxe modificação no conteúdo.

Mas o item LXX, ao ampliar a legitimação, ao usar a expressão “mandado de segurança coletivo”, e ao se referir a “interesses de membros e associados, traz inovações importantíssimas e ricas de

conseqüências, cuja extensão somente a prática do dia-a-dia permitirá avaliar.

29. Desde já, porém, é necessário um trabalho interpretativo para tentar fixar alguns pontos essenciais à compreensão das novidades do texto constitucional.

A primeira indagação é acerca do sentido da expressão “mandado de segurança coletivo”. Para entendê-la, é necessário conjugá-la com a alínea b, que dá legitimação a organizações sindicais, entidades de classe e associações, para agirem em defesa dos interesses de seus membros ou associados.

Como o item LXIX menciona direito a ser protegido pelo mandado de segurança, pensamos que o mandado de segurança coletivo é, sob um primeiro aspecto, aquele destinado a reclamar direitos subjetivos individuais dos membros dos sindicatos e dos associados de entidades de classe e associações. São os mesmos direitos que, no sistema constitucional anterior, somente poderiam ser reclamados por seus titulares, mas que, agora, poderão ser reclamados por aquelas entidades, em favor dos seus membros ou associados.

Para esclarecer nosso pensamento, damos o exemplo do ato de uma autoridade que se recusa a pagar a URP a servidores públicos, em obediência a Decreto do Poder Executivo. Cada servidor, que entenda ilegal o Decreto e o ato de recusa ao pagamento, tem legitimação para requerer mandado de segurança a fim de proteger seu direito subjetivo à percepção da URP. Mas agora a organização sindical, a entidade de classe ou associação também têm legitimação para requerer mandado de segurança destinado a pleitear o pagamento da URP aos seus membros ou associados.

Trata-se, portanto, de substituição processual, ou legitimação anômala, criando exceção à já mencionada regra do art. 6º do C.P.C.

Evidentemente, a legitimação dessas entidades não exclui a de cada membro ou associado para postular seu direito separadamente, de acordo com a norma ordinária sobre legitimação, haja ou não mandado de segurança coletivo em andamento.

30. Na hipótese de ser requerido mandado de segurança coletivo, o titular do direito subjetivo reclamado poderá preferir ingressar como assistente da entidade autora, com base no art. 54 do C.P.C., segundo o qual:

“Considera-se litisconsorte da parte principal o assistente toda vez que a sentença houver de influir na relação jurídica entre ele e o adversário do assistido.”

Essa assistência se justifica por legal e doutrinariamente, sendo do tipo qualificada ou litisconsorcial, porque o direito discutido no mandado de segurança é também do assistente.

31. Outra indagação pertinente é acerca de o mandado de segurança coletivo poder ter como objetivo os chamados “interesses difusos”, ou “interesses legítimos”, ou “interesses coletivos”, e não apenas os direitos subjetivos.

Como meio de conter a atividade da Administração Pública nos limites da legalidade, conforme é da essência do moderno Estado de Direito, os países da Europa ocidental continental, desde há muito, criaram o conceito de “interesse legítimo” ou “direito subjetivo enfraquecido”.

Eles seriam interesses com proteção menor do que a concedida, por lei, a outros, os quais, em conseqüência dessa proteção mais forte, são direitos subjetivos.

Tendo em vista a dificuldade para a precisa compreensão desse conceito e sua aplicação aos casos concretos, penso ser adequado dar o seguinte exemplo para esclarecimento: se a lei dispuser que um cargo deve ser provido pela ordem de classificação em concurso, o ato que nomear alguém, preterindo o 1º colocado, viola direito subjetivo deste à nomeação; mas, se a lei dispuser que o provimento deve ser feito dentre os aprovados no concurso (sem obediência necessária à ordem de classificação), o ato que nomear pessoa não aprovada no concurso violará apenas interesse legítimo dos aprovados.

32. A jurisprudência administrativa francesa ampliou bastante o alcance desse interesse e o número dos legitimados a reclamar sua proteção, permitindo, assim, maior controle da legalidade da atuação da Administração por iniciativa dos cidadãos e aperfeiçoando o Estado de Direito.

Nessa orientação, considera-se, v. g., legitimado o contribuinte ou habitante de uma cidade para pedir a anulação de decisões relativas ao funcionamento dos serviços ou à vida da comunidade; os contribuintes municipais são legitimados para impugnar despesas ilegais da administração local (conf. JEAN RIVERO, "Droit Administratif", pág. 240/1, nº 247, 7. ed., Paris, 1975).

33. A economia de massa, que caracteriza os tempos atuais, trouxe novos problemas, como o dos danos causados a milhares de consumidores por pequenos defeitos nos produtos; o da fraude publicitária; o da adulteração de alimentos, o da poluição do ar, das águas, do solo, pelas indústrias; o da destruição de belezas naturais ou de objetos de valor histórico ou artístico pelas indústrias, ou pelo crescimento das cidades.

Esses valores econômicos, históricos ou estéticos passaram a ser considerados como interesses dos cidadãos, merecedores de proteção jurídica especial, através de normas de direito material, constituindo o que a moderna doutrina denomina "interesses difusos", "interesses coletivos", "direitos coletivos", etc.

Sem pretender defini-los — o que seria impossível dada a fase de imprecisão em que ainda se encontram, preferimos seguir a lição de J. C. BARBOSA MOREIRA, que achou melhor caracterizá-los por duas notas essenciais, a primeira relativa aos sujeitos, e a segunda, ao objeto. Assim, eles:

"a) não pertencem a uma pessoa isolada, nem a um grupo nitidamente delimitado de pessoas (ao contrário do que se dá em situações clássicas como a do condomínio ou a pluralidade de credores numa única obrigação), mas a uma série "indeterminada" — e, ao menos para efeitos

práticos, de difícil ou impossível determinação — cujos membros não se ligam necessariamente por vínculo jurídico definido. Pode tratar-se, por exemplo, dos habitantes de determinada região, dos consumidores de certo produto, das pessoas que vivem sob tais ou quais condições sócioeconômicas ou se sujeitem às conseqüências deste ou daquele empreendimento público ou privado.

b) referem-se a um bem (latissimo sensu) “indivisível”, no sentido de insuscetível de divisão (mesmo “ideal”) em “quotas” atribuíveis individualmente a cada um dos interessados. Estes se põem numa espécie de comunhão tipificada pelo fato de que a satisfação de um só implica por força a satisfação de todos, assim como a lesão de um só constitui, “ipso facto”, lesão da inteira coletividade. (A legitimação para a defesa dos “interesses difusos” no direito brasileiro, in Rev. AJURIS, vol. 32, pag. 82)

34. Para atuação desses interesses, nosso processo tradicional, construído para solução de conflitos interindividuais e defesa de direitos subjetivos, revelou-se insuficiente, exigindo a criação de novas formas ou adaptação das anteriores.

A ação popular, prevista no art. 153, parág. 31, da Constituição Federal de 1967, destinava-se, em princípio, à proteção do patrimônio público. Mas, em sua regulamentação, na lei 4717, de 29.06.65, ampliou-se o conceito deste, para abranger bens de valor histórico, artístico ou estético.

Com essa técnica, o legislador protegeu satisfatoriamente uma vasta área de interesses que, até então, estavam à margem da vida jurídica.

A legitimação para agir era apenas do cidadão, excluídas as pessoas jurídicas, segundo a Súmula 365 do S.T.F.

Posteriormente, surgiu a lei 7.347, de 24.07.85, para disciplinar a ação civil pública, de responsabilidade por danos

causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

A Constituição Federal de 1988, no art. 5º, item LXXIII, manteve a ação popular, com legitimação para o cidadão, visando a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural.

35. Essa evolução mostra uma crescente tendência a proteger aqueles interesses e a ampliar a legitimação, a qual, na citada ação civil pública da lei 7.347/85, não era dada ao simples cidadão, mas que o é, quando usada a ação popular.

Dentro dessa perspectiva evolucionista, cabe indagar se o mandado de segurança coletivo, criado na nova Constituição Federal, é adequado para a proteção desses interesses legítimos, difusos, ou coletivos.

O primeiro elemento a considerar nessa indagação é o fato de a Lei Maior dar legitimação a partidos políticos, ao lado da concedida a sindicatos e entidades de classe e associações.

Os sindicatos, as entidades de classe e associações geralmente reúnem pessoas com interesses comuns, que são a causa dessa aproximação. Enquanto isto, os partidos políticos têm como elemento aglutinador a afinidade de idéias políticas, reunindo, portanto, elementos heterogêneos. Logo, seria pouco provável que partidos políticos pudessem agir em defesa de direitos subjetivos de cidadãos, pela via do mandado de segurança coletivo.

Disso extraímos o argumento de que a legitimação dos partidos políticos para requerer mandado de segurança coletivo é indicativa de que este pode ter por objeto interesses legítimos, difusos ou coletivos.

Em favor dessa tese existe também a circunstância de o texto legal referir-se expressamente à “defesa dos interesses” dos membros

ou associados. Se o legislador usasse a expressão direitos, poder-se-ia entender que a proteção seria apenas de direitos subjetivos. Mas como a palavra empregada é interesses, não vemos razão para dar-lhe interpretação restritiva, como se se referisse apenas a direitos subjetivos.

Em conseqüência, entendemos que o mandado de segurança coletivo poder ter por objetivo os direitos subjetivos ou os interesses legítimos, difusos, ou coletivos.

Quando se tratar de organização sindical, entidade de classe ou associação, é necessário que a ameaça ou lesão seja a interesses de seus membros ou associados.

Mas, quando o pedido for de partido político, basta a simples ilegalidade e a lesão de interesse daquele tipo, não sendo caso de estabelecer qualquer vínculo entre o interesse e os membros ou filiados do partido. Este, na realidade, agirá na defesa do interesse da sociedade, como é da natureza da sua atuação.

36. Como já existe legislação ordinária regulando o procedimento do mandado de segurança, ela serve perfeitamente para o ajuizamento do mandado de segurança coletivo, o qual, portanto, pode ser requerido desde a promulgação da Constituição.

A amplitude da legitimação na ação coletiva tem o perigo de permitir que alguém a proponha e conduza mal o processo deliberadamente, de modo a ser vencido e, com isso, criar-se coisa julgada para os outros titulares do direito ou interesse. Esse perigo tem preocupado a doutrina em vários países.

Mas nossa legislação contém fórmula feliz para evitar essa modalidade de fraude: o inciso LXX, já referido, limita a legitimação das entidades de classe e associações às que funcionem há mais de um ano, o que exclui a possibilidade de criar-se uma delas somente para frustrar a proteção legal e os artigos 15 e 16 da Lei 1.533/51 dispõem que não se forma coisa julgada se não houver decisão de mérito, a qual só pode acontecer se os fatos estiverem satisfatoriamente provados, assim, qualquer deficiência da atividade probatória impede a decisão de mérito e a formação da coisa julgada.

37. Pensamos, também, que, no caso do mandado de segurança coletivo requerido em defesa de interesses legítimos, difusos ou coletivos, todo aquele que demonstrar seu interesse na concessão da medida poderá ingressar no processo como assistente simples, com base no art. 50 do C. P. Civil.

38. Outra modificação importante na legislação sobre mandado de segurança está nas normas sobre recurso.

O art. 105, item II, letra b, criou recurso ordinário para o Superior Tribunal de Justiça contra mandado de segurança julgado em única instância pelos Tribunais Regionais Federais, ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando denegatória a decisão. No art. 102, item II, alínea a, cria igual recurso para o Supremo Tribunal Federal, contra mandado de segurança julgado em única instância pelos Tribunais Superiores, quando denegatória a decisão.

Essas novas normas, restabelecem o recurso ordinário do art. 101, item II, alínea "a", da Constituição Federal de 1946, o qual foi revogado pelo Ato Institucional nº 6, de 1.2.1969.

Em nosso livro sobre mandado de segurança defendemos a existência desse recurso ordinário, principalmente tendo em vista a proteção do cidadão contra eventual influência da política partidária no julgamento por Tribunais de Estados com costumes políticos pouco evoluídos.

Cumprе notar, todavia, que o restabelecimento puro e simples do recurso ordinário vai trazer alguns inconvenientes importantes, que não existiam na época da sua extinção. É que o mandado de segurança está sendo usado nos Tribunais estaduais predominantemente para atacar atos judiciais, os quais, em regra, são decisões relativas a questões meramente processuais.

Com isso, é de recear que o recurso ordinário acarrete um grande aumento nas pautas de julgamento do Superior Tribunal de Justiça, com causas em que o objeto sejam questões processuais, e em que não se encontram as mesmas razões políticas que justificam o recurso ordinário em mandados de segurança contra atos de autoridade do Poder Executivo.

* * *