

MANDADO DE SEGURANÇA

Adriana Pereira Campos

Kátia Toríbio Laghi Laranja

A HISTÓRIA DO MANDADO DE SEGURANÇA

Com o fim da ditadura militar em 1985, a construção da democracia ganhou força. No auge do processo de redemocratização, promulgou-se nova Constituição em 1988, trazendo importantes garantias para o cidadão em face do poder estatal, dentre as quais se destaca o mandado de segurança, utilizado como instrumento de cidadania na sociedade brasileira. Pretende-se demonstrar, a seguir, como esse instituto constitucional está posto a serviço de qualquer cidadão para o efetivo alcance das garantias constitucionais conferidas pelo legislador a cada um.

O mandado de segurança é um instituto processual de raiz constitucional para proteger direito líquido e certo, quando o responsável pela ilegalidade ou pelo abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público. Nesse sentido, necessário se faz tecer algumas considerações sobre a formação do direito constitucional moderno, a fim de que se possa inserir nesse contexto a figura do mandado de segurança como instrumento de garantia constitucional do cidadão.

Na História do Direito existiram diferentes constitucionalismos ao longo do tempo. O constitucionalismo¹ moderno, segundo Canotilho (1997:52), designa o movimento político, social e histórico, a partir do século XVIII, que colocou em questão os tradicionais domínios políticos. Esse movimento desenhou-se como oposição ao constitucionalismo antigo², que se baseava na existência de direitos estamentais perante o monarca. Mesmo no período medieval, o rei como soberano submetia-se às tradições e aos direitos de cada estamento de sua sociedade³. Os súditos pertenciam a uma ordem jurídica estamental que deveria ser respeitada mesmo pelos reis mais poderosos.

Com as mudanças ocorridas nos séculos XVI, XVII e, sobretudo com as rupturas revolucionárias ocorridas no século XVIII, cujo maior exemplo foi a Revolução Francesa⁴, buscou-se romper de vez com a estrutura hierarquizada de poder real, edificando uma nova

ordem com base nos direitos naturais do indivíduo. Esse movimento individualista repercutiu significativamente na formação do constitucionalismo moderno.

Após a Revolução Francesa e com o advento do Estado Liberal⁵, operou-se um movimento nas sociedades contemporâneas, principalmente no Ocidente, de ordenação do poder político estatal, assim como de reconhecimento e garantia dos direitos e liberdades dos indivíduos. Nesse contexto, o constitucionalismo surgiu como “uma teoria normativa do governo limitado e das garantias individuais” (Canotilho, 1997:55). Tratava-se, na verdade, de um esforço político na busca de uma técnica específica de limitação de poder do Estado com o objetivo de garantir a segurança do cidadão frente ao poder dos organismos políticos.

Segundo T. H. Marshall (1988:31), na Inglaterra surgiram os primeiros direitos modernos como garantia do cidadão contra os desmandos do Estado. Na verdade, a centralização do Estado gerara nos ingleses uma forte reação que, ao longo da história daquele País, traduziu-se em importantes documentos de garantias individuais tais como a Magna Carta e o *Bill of Rights*⁶. Bobbio (1992:28/29) considera, inclusive, esse processo como a primeira geração dos direitos, embora, em nossa opinião, a evolução dos direitos não tenha se realizado da mesma forma em todos os lugares.

Entretanto, importa notar que as garantias individuais inauguraram na história ocidental o primeiro esforço de limitação do poder dos Estados.

Ao lado da declaração dos direitos, a limitação da ação governativa implementou-se também mediante a separação de poderes⁷, determinando as funções legislativas, executivas e judiciárias como órgãos distintos. A idéia de existência de três espécies de poder em cada Estado foi sustentada por Montesquieu, na sua obra o *Espírito das Leis*.

O Poder Legislativo era aquele em que o príncipe ou magistrado criava as leis para um tempo determinado ou para sempre, podendo corrigir ou ab-rogar as que já estavam feitas. O “poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes” ou simplesmente “poder executivo do Estado”, determinava a paz ou a guerra, estabelecendo a segurança e prevenindo as invasões. Por fim, o “poder executivo das coisas que dependem do direito civil” também denominado poder de julgar, responsável por punir os crimes e julgar as questões relativas aos indivíduos (Montesquieu, 2002:165).

Montesquieu (2002:166-167) afirmava, ainda, que quando em um só corpo reunir o Legislativo e o Executivo, inexistirá liberdade, tendo em vista a hipótese de serem criadas leis tirânicas para serem executadas tiranicamente. Da mesma forma, não haverá liberdade se o ato de julgar não estiver separado do legislativo, pois o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, já que o juiz seria árbitro e legislador ao mesmo tempo. Desse modo, os príncipes despóticos concentravam em sua própria pessoa todos os poderes, chamando para si todos os cargos do Estado.

A teoria da repartição dos poderes do Estado permitiu que, após a Revolução Francesa, o rei perdesse o poder de legislar sozinho, passando-o aos Estados Gerais proclamados pela Assembléia Constituinte desde junho de 1789. Desde então, um crescente número de países passou a adotar a concepção segundo a qual os poderes emanam da nação e, sobretudo, do Poder Legislativo.

Nesse contexto, em 1791, foi redigida a primeira constituição francesa que serviu como marco para que vários países da Europa e da América também organizassem os poderes do Estado e as liberdades públicas num ato legislativo escrito chamado Constituição. Assim, no século XIX e XX quase todos os países já haviam adotado uma constituição escrita, na qual estão descritas a organização e o funcionamento dos principais órgãos do Estado, sobretudo dos três poderes: o Legislativo, o Executivo e o Judiciário (Gilissen, 2001:419-420).

Muito influenciada pelas idéias da Revolução Francesa de criação de normas constitucionais pelo Poder Legislativo, durante a expansão napoleônica, ocorrida na França no final do século XVIII, disseminaram-se também na Itália os princípios de uma sociedade política fundada sobre o contrato social, em que a ordem jurídica se sustentaria na razão humana. Ao norte da Península italiana, criou-se o termo *diritto costituzionale*, criação direta das teorias anti-absolutistas.

Embora surgido de ideais da Revolução Francesa, o Direito Constitucional passou à França somente em 1830, quando ali se institucionalizou em definitivo a ordem revolucionária da sociedade burguesa. Contudo, somente quatro anos depois, Guizot, Ministro da Instrução Pública da França, determinou a instalação da primeira cadeira de Direito Constitucional na Faculdade de Direito de Paris. Um ano após sua iniciativa, o Direito Constitucional difundiu-

se por vários países e tornou-se de uso corrente no vocabulário político e jurídico dos últimos cem anos, período em que passou a designar o estudo sistemático das regras constitucionais (Canotilho, 1997:52.).

Enquanto um campo de conhecimento autônomo surgiu a partir do século XIX, o Direito Constitucional aspirava fornecer os elementos conceituais necessários à organização do Estado segundo as correntes do pensamento jurídico individualista e liberal. Sustentava-se que, do ponto de vista doutrinário, Direito Constitucional e Constituição eram distintos, dado o fato de existirem Estados sem Constituição ou com apenas uma Constituição de Fato⁸, o que impossibilitaria a existência de um genuíno Direito Constitucional. As noções liberais da Europa continental preconizavam que países com Constituição de Fato formavam o conjunto de nações sem Direito Constitucional (Canotilho, 1997:53-54).

De acordo com o pensamento liberal-burguês, distinguiram-se dois tipos de constituições. O primeiro tipo determinava a existência de uma constituição verdadeira, legítima e jurídica, que definia o Estado Constitucional como aquele que possuía um constitucionalismo legítimo. O segundo tipo definia a existência de um constitucionalismo meramente sociológico ou fático, caracterizando os Estados Absolutistas ou de Força. A corrente jurídica a respeito do constitucionalismo legítimo serviu como dogma durante o século XIX para edificação e manutenção de sistemas políticos em que se observavam prioritariamente a liberdade individual e os limites ao poder do Estado, constituindo o chamado Estado de Direito.

Em razão do passado Absolutista dos Estados Modernos europeus⁹ e a prevalência do poder político da burguesia na cena política do século XIX, a limitação dos poderes do Estado por meio de uma constituição constituía-se numa regra tão amplamente aceita que ao lavrarem o primeiro documento constitucional após a Revolução Francesa, inseriu-se no artigo 16 a seguinte disposição: “toda a sociedade na qual não esteja assegurada a garantia dos direitos nem determinada a separação de poderes não possui Constituição”.

O Direito Constitucional consubstanciava-se no direito dos povos livres e no conjunto de instituições regidas por forma representativa, inspirados no liberalismo e na restrição dos poderes do Estado. Pode-se afirmar que o constitucionalismo moderno legitimou o aparecimento da chamada constituição moderna (Canotilho, 1997:52).

O termo constituição vem sendo utilizado desde a Antiguidade, mas com sentido diferenciado do que o adquirido nos finais do século XVIII. No baixo Império Romano, *constitutio* era o termo usual para designar qualquer lei de autoria do Imperador; na Idade Média e na época moderna, o sentido geral de lei foi mantido. Já no século XVIII, constituição foi o termo utilizado geralmente “para indicar o conjunto de estruturas duma sociedade política, sobretudo os seus órgãos legislativos e executivos, aquilo que também se chama direito público” (Canotilho, 1997:52).

Na verdade, o ato de se manterem escritas regras relativas ao exercício do poder remonta do século XII, no período medieval, com a *Magna Charta* inglesa, datada de 1215, a *Bula Aurea* húngara, de 1222 e a *Joyeuse Entrée* dos duques de Brabante, em 1356. Em 1689, na época moderna, o *Bill of Rights* marca o processo de afirmação do constitucionalismo moderno e das garantias de direitos dos súditos do rei, que proibiu a este suspender as leis ou dispensar a sua execução sem o consentimento do Parlamento inglês. De fato, o soberano deixa de exercer, a partir do século XVIII, o direito de veto, ratificando todos os pedidos propostos pelo parlamento, razão pela se diz que o Poder Legislativo passa a pertencer conjuntamente ao rei e ao parlamento (Gilissen, 2001:420).

As constituições modernas, portanto, foram interpretadas pelo atual direito constitucional como “a ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um documento escrito no qual se declaram as liberdades e os direitos e se fixam os limites do poder político” (Canotilho, 1997:52). Na verdade, as dimensões fundamentais que o novo conceito de constituição incorpora pode ser classificado como: a) ordenação jurídico-política plasmada num documento escrito; b) declaração, nessa carta escrita, de um conjunto de direitos fundamentais e do respectivo modo de garantia; c) organização do poder político, segundo esquemas tendentes a torná-lo um poder limitado e moderado (Canotilho, 1997:52).

Enfim, as Constituições modernas radicaram duas idéias básicas, quais sejam: ordenar, fundar e limitar o poder político e reconhecer e garantir os direitos e liberdades do indivíduo. Desta forma, passam a ser temas centrais do constitucionalismo: a fundação e a legitimação do poder político e a constitucionalização das liberdades. Esse processo histórico fundado na consagração do Direito Constitucional como elemento central da política dos Estados contemporâneos legou à sociedade a tradição de legislar instrumentos jurídicos de garantia dos indivíduos frente ao Estado, dentre os quais enfoca-se o mandado de segurança.

Nesse contexto de constitucionalização das liberdades e o acesso à Justiça como um processo global de cidadania, destaca-se o mandado de segurança como instrumento de ação do cidadão e garantia constitucional contra o Estado. Quando o Estado não se obrigava e nem se inseria em assuntos privados na Europa medieval, “a forma dominante de organização política na Europa ocidental era o reino germânico, que nalguns aspectos, representava a perfeita antítese daquilo que é um estado moderno” (Strayer, 1969:18).

A superação do mundo medieval trouxe consigo um Estado que se obrigou a prestar jurisdição sobre os negócios privados. Se antes a segurança provinha “da família, da vizinhança e do senhor, não do rei” (Strayer, 1969:19), o Estado Moderno constituiu governantes com amplos e poderosos poderes.¹⁰

Na medida em que o Estado Moderno conseguiu se impor aos particulares, interferindo na esfera das liberdades, surgiu a necessidade de se ditar as soluções dos conflitos. A essa atividade em que os juízes estatais examinam as pretensões e resolvem os conflitos deu-se o nome de jurisdição. Na verdade, os juízes agem em substituição às partes, que provocam o exercício da função jurisdicional, pelo fato de não poder agir com as próprias forças (Grinover, 2004:23).

É por meio da Justiça, portanto, que a população também participa efetivamente das decisões de um País, o que caracteriza o sistema democrático de direito. O acesso à Justiça se dá por meio do processo por intermédio do qual pessoas buscam os seus direitos. A teoria do processo, cujo instituto fundamental é a jurisdição, marca-se pela noção de Estado própria de um determinado momento histórico. A jurisdição, por ser instituto fundamental do processo, também retira seus fundamentos da noção de Estado.

Ademais, são as normas constitucionais que traçam as linhas mestras do processo. A jurisdição realiza os fins do Estado por meio de um processo que garante a participação efetiva e adequada das partes em contraditório. Por outro lado, o direito à tutela jurisdicional adequada e à efetividade da defesa é postulado proveniente da Constituição da República.

A temática do acesso à Justiça trabalha a teoria do processo a partir da idéia de Democracia Social. Na verdade, o acesso à Justiça é uma denominação que se dá à teoria processual

preocupada com a questão da justiça social posta pela Democracia Social. A democracia é conceito mais amplo do que o de Estado de Direito¹¹. Pensavam os doutrinadores liberais que o Estado de Direito fosse “capaz de salvar, em parte, a liberdade ilimitada que o homem desfrutava na sociedade pré-estatal ou dar a essa liberdade função preponderante, fazendo do Estado o acanhado servo do indivíduo” (Bonavides, 1972).

A crise do Estado Liberal, oriunda da insuficiência de seus próprios fundamentos, fez emergir a questão da justiça social. O Estado passou a preocupar-se não só com a liberdade dos indivíduos, mas, também, com o bem-estar social. Os objetivos do Estado voltam-se para a realização dos direitos sociais (Marshall, 1988:32).

O método normal de se assegurar direitos sociais é o exercício do poder político, pois pressupõe um direito absoluto a um determinado padrão de civilização que depende apenas do cumprimento das obrigações gerais da cidadania. Nesse sentido, os direitos sociais passaram, portanto, a ser incorporados ao status da cidadania, objetivando a redução das diferenças de classe, remodelando a estrutura hierárquica. (Marshall, 1988:30-32).

Houve valorização do papel do Estado, que passou a obrigar os parceiros a aceitarem os objetivos sensatos, a zelar pelo respeito dos compromissos, enfim, a conduzir as formas de equilíbrio organizadas de modo cada vez melhor. Esse Estado Social, no desempenho pleno de suas atribuições, é denominado social-democrata (Castel, 2001:498). E acrescenta o autor:

Sem dúvida, todo Estado moderno é mais ou menos obrigado a “fazer social” para mitigar algumas disfunções gritantes, assegurar o mínimo de coesão entre os grupos sociais etc. Mas é através do ideal social-democrata que o Estado social surge como princípio de governo da sociedade, a força motriz que deve assumir a responsabilidade pela melhoria progressiva da condição de todos.

Esse Estado Moderno, ou seja, que surgiu após a Revolução Francesa, necessita, portanto, de um sistema representativo. Todavia, o exercício da cidadania não se resume à possibilidade dos cidadãos se manifestarem, de tempos em tempos, por meio de eleições para o Legislativo e o Executivo. “Vivemos, hoje, um momento em que se procura somar a técnica necessária da democracia representativa com as vantagens oferecidas pela democracia direta” (Cléve, 1998:83), ou seja, devemos intensificar a otimização das participações dos homens no processo de decisão. Na Constituição brasileira encontra-se participação por via representativa

e por via direta. O Estado que visa à justiça social necessita da participação direta do cidadão no processo político.

De acordo com os artigos 1º e 3º da Constituição da República de 1988, a democracia no Estado Democrático de Direito há de ser um processo de convivência social numa sociedade livre, justa e solidária, em que o poder emana do povo e deve ser exercido em seu proveito diretamente ou por representante eleitos.

Além disso, a democracia deve ser participativa, vez que se dirige ao povo no processo decisório e na formação de atos de governo; pluralista, porque respeita a multiplicidade de idéias, culturas e etnias e pressupõe o diálogo entre opiniões e pensamentos divergentes e a possibilidade de convivência de formas de organização e interesses diferentes da sociedade; um processo de liberação da pessoa humana das formas de opressão que não depende apenas do reconhecimento formal de certos direitos individuais, políticos e sociais, mas especialmente da vigência de condições econômicas suscetíveis de favorecer seu pleno exercício (Silva, 2002:106).

O Direito Constitucional contemporâneo concebe o Estado Democrático de Direito como a realização da democracia participativa, pois possui em seu conteúdo princípios da justiça social e do pluralismo. A Constituição brasileira, em obediência a essa concepção, prevê várias formas de participação, entre elas a ação popular, as ações coletivas e a ação de inconstitucionalidade.

O direito de acesso à Justiça também consubstancia outros direitos, haja vista que por meio do Judiciário as pessoas conseguem, ou pelo menos deveriam, garantir seus direitos. A Justiça converte-se num importante instrumento a ser utilizado pelos indivíduos na formação da democracia. Assim afirma Boaventura de Souza Santos (1996:125):

Uma vez destituídos de mecanismos que fizessem impor o seu respeito, os novos direitos sociais e econômicos passariam a meras declarações políticas, de conteúdo e função mistificadores. Daí a constatação de que a organização da justiça civil e em particular a tramitação processual não podiam ser reduzidas à sua dimensão técnica, socialmente neutra, como era comum serem concebidas pela teoria processualista, devendo investigar-se as funções sociais por elas desempenhadas e em particular o modo como as opções técnicas no seu seio veiculavam opções a favor ou contra interesses sociais divergentes ou mesmo antagonísticos (interesses de patrões ou de operários, de senhorios ou de inquilinos, de rendeiros ou de proprietários fundiários,

de consumidores ou de produtores, de homens ou de mulheres, de pais ou de filhos, de camponeses ou de cidadãos, etc.).

Nos Estados liberais burgueses do século XVIII e XIX, o direito à jurisdição significava apenas o direito formal de propor ou contestar uma ação. Somente poderia estar em juízo quem pudesse arcar com os ônus processuais. O Estado não se preocupava com a desigualdade social. Com o surgimento do Estado social, as democracias passaram a se preocupar com a realidade, esquecendo o amor pelo simples reconhecimento das liberdades políticas dos cidadãos.

Trata-se do período do surgimento dos direitos sociais, quando os desiguais passaram a ser tratados desigualmente. Os direitos sociais aparecem pela primeira vez quando as sociedades começam a formar uma consciência de que as liberdades públicas estavam tornando-se cada dia mais privilégios apenas dos burgueses, classe econômica dominante. Tais direitos surgem para salvaguardar a liberdade do cidadão não mais da opressão política, mas sim da opressão econômica. (Marshall, 1988:31-32)

Nos dias de hoje, o direito à igualdade significa direito de igualdade de oportunidades, mais apropriadamente o direito de acesso à Justiça. O acesso à ordem jurídica justa é, antes de tudo, uma questão de cidadania. Nesse aspecto, Clémerson Merlin Clève (1998:83) afirma que a participação na gestão do bem comum através do processo cria

[...] o paradigma da cidadania responsável. Responsável pela sua história, a do país, a da coletividade. Nascido de uma necessidade que trouxe à consciência da modernidade o sentido democrático do discurso, ou seja, o desejo instituinte de tomar a palavra, e ser escutado.

É necessário, portanto, que também a jurisdição seja pensada em várias dimensões, possibilitando surgir do processo como instrumento de realização do poder que tem vários fins.

A Justiça, por meio do processo, torna-se um importante instrumento de efetiva participação popular na formação da democracia social e na construção do Estado Social Democrático de Direito. A efetiva participação acontece na medida em que, com o processo, consegue-se que os direitos sociais e econômicos surgidos no Estado Constitucional sejam concretizados e entregues aos cidadãos. O mandado de segurança, por sua vez, é um instrumento processual,

constante do ordenamento jurídico do Estado Democrático de Direito, que foi proposto pelo parlamentar com a finalidade de proteger direitos líquidos e certos das pessoas físicas e jurídicas.

A origem histórica do mandado de segurança envolve os primeiros instrumentos que cumpriram o seu papel no passado até o seu surgimento. É normal remeter-se ao direito anglo-saxão, à origem do *habeas corpus* e do mandado de segurança, os remédios constitucionais garantidores da liberdade mais importantes do ordenamento jurídico. Não bastasse, aponta-se também o Direito mexicano como fonte direta de inspiração, em especial, o *juicio de amparo*¹².

Acima de tudo, deve-se destacar que o *habeas corpus* e o mandado de segurança encontraram terreno fértil em uma tradição de processo interdital (Talamini, 2002:288), o que será visto adiante.

O procedimento interdital surgiu no direito romano progressivamente, na medida em que os *apparitores* e *exsecutores*, agentes públicos auxiliares do magistrado, incumbiam-se de penhorar bens no valor suficiente para garantir a execução. Neste momento, começava uma nova fase, em que o modelo que utilizava mecanismos psicológicos para o próprio devedor cumprir suas obrigações estava sendo substituído por medidas de sub-rogação¹³.

Muito embora ainda não houvesse no Direito romano pós-clássico, execução específica de obrigação de fazer e não fazer, nem tampouco mecanismos de coerção processual que as amparassem, criaram-se os interditos, que eram o meio de tutela específica para determinados direitos absolutos. Os interditos decorriam de instrumento alheio à *iurisdictio*, pois se originavam do chamado *imperium*, que, por sua vez, era o poder concedido unicamente aos cônsules e aos pretores que os autorizava a proteger determinadas situações não alcançadas pelas normas do *ius civile*¹⁴.

Por meio do interdito, o pretor expedia ordem a pedido de um particular para que outro fizesse (interdito restitutivo e exhibitório) ou deixasse de fazer algo (interdito proibitório). A medida justificava-se por ser utilizada na manutenção da ordem pública, pois remediava conflitos na sociedade. Para a sua concessão, partia-se do pressuposto de que as alegações de fato

formuladas pelo requerente eram reais, o que era aferido por meio da verossimilhança das alegações.

O procedimento era sumário e, por isso, não tinha cunho definitivo. Caso o interdito não fosse cumprido por falta de preenchimento dos pressupostos de fato em que havia se baseado o pretor para conceder a medida, remetia-se o procedimento às vias ordinárias, daí se dizer que possuía caráter condicional, onde teria uma cognição mais exaustiva, possibilitando ao seu requerente a produção de mais provas (Talamini, 2002:289). No entanto, o processo interdital veio a ser suprimido na fase de *cognitio extraordinaria*, alargando-se o conceito de obrigação de modo a abranger todo e qualquer dever de prestação.

No processo interdital do Brasil, não é difícil constatar que no terreno da tutela relativa a deveres de fazer e de não fazer, o Direito luso-brasileiro ficou muito próximo do Direito Comum¹⁵. O processo civil brasileiro, enquanto vigorou o “preceito cominatório”¹⁶ fiel à linha dos interditos, esteve, até certo ponto, alheio à tendência de rejeição ao emprego de meios coercitivos para imposição de deveres de fazer e não fazer. As Ordenações Afonsinas¹⁷ (1456), entre diversos dispositivos prevendo formas de interditos, veiculavam, no título atinente às “apelações extrajudiciais” (livro III, tít. 80), a seguinte regra a respeito dos atos ainda não começados, mas que ameaçavam ocorrer (Talamini, 2002:294):

§ 8. E em tal apelaçam ou protestaçam assy feita deve ser inserta, e declarada a causa verisimil e resoada, por que assy apelou, ou protestou, como dito he nas outras apelaçoens. Pode-se poer exemplo: Eu me temo de alguum, que me queira ofender na pessoa, ou me queira sem rezam ocupar, e tomar minhas cousas; se eu quero, posso requerer ao Juiz, que segure mim, e minhas cousas delle, a qual segurança me deve dar; e se depois della eu receber ofença do que fuy seguro, o Juiz deve hy tornar, e restituir todo o que for cometido, e atentado depois da dita segurança dada, e mais proceder contra aquelle que a quebrantou, e menos presou seu poderio” (grafia original;).

O exemplo transcrito evidencia a existência de atributos essenciais aos remédios interditais e à tutela específica. Diante disso, vê-se que a tutela tinha caráter preventivo; desenvolvia-se em cognição sumária; o juiz emitia verdadeira ordem (“mandado”, “segurança”). Impunha-se comportamento específico; assegurava-se, em caso de transgressão, a própria restituição ao *status quo ante*, e não a simples compensação por equivalente pecuniário.

A transgressão posterior à concessão da tutela era qualificada como afronta à autoridade judicial, e, por isso, contra o transgressor haveria de se proceder a restituição para a parte. Algumas das características mencionadas fazem com que o instituto jurídico pretérito aproxime-se bastante do mandado de segurança vigente no Brasil (Talamini, 2002:297).

O temor de ofensa às coisas ou à pessoa serviu, respectivamente, de base para a criação de duas tutelas distintas: o interdito proibitório, de caráter possessório, e outra, de caráter pessoal, destinada a impor a prestação de fatos positivos e negativos. A princípio, ambas tutelas possuíam caráter interdital e desenvolviam-se em cognição sumária, ou seja, o juiz apreciava a pretensão do autor e, entendendo-a verossímil e razoada, determinava a expedição de mandado com cláusula justificativa¹⁸ contra o réu, acompanhado de cominação de pena.

O réu poderia opor-se ao preceito, caso isso ocorresse instaurar-se-ia processo de cognição mais ampla. Neste particular, o demandado, se quisesse, compareceria à audiência e nela oporia embargos, chamados de embargos à primeira. Com a apresentação dos embargos, o preceito contido do mandado seria suspenso e convertido em simples citação. Entretanto, se o réu não comparecesse à audiência, ou, comparecendo, mas não se opondo ao preceito, imediatamente a seguir confirmava-o por sentença.

O *habeas corpus*, construído na experiência do *common law*¹⁹ é um instrumento de garantia das liberdades com características do procedimento interdital. O próprio processo do *common law* (sistema de direito dos ingleses) é tributário da tradição interdital romana (Canotilho, 1997:56). A influência dos interditos é perceptível em determinados institutos jurídicos²⁰ como medidas de segurança sumárias, passíveis de concessão liminar.

O *habeas corpus* inglês originou-se do mecanismo romano de proteção da liberdade denominado *interditum de homine liberum exhibendo*. Por meio desse interdito ordenava-se a exibição *in iure* de um homem livre para permitir-lhe a *vindicatio in libertatem* (Talamini, 2002:302).

Consagrado o direito à liberdade de locomoção, impuseram-se instrumentos destinados a sua proteção. Contudo, nem todas as espécies de *habeas corpus* criados funcionavam como protetores do direito de ir e vir. Existiam *habeas corpus* para transferir de um lugar para outro um preso; para levá-lo para testemunhar. O *habeas corpus* destinado a tutelar a liberdade era o

ab subiiciendum, que permitia que o detento fosse levado ao tribunal para que os seus membros apurassem se a constrição da liberdade era ou não devida.

Em 1679, o Parlamento inglês aprovou o *Habeas Corpus Act*, inclusive estabelecendo multa pecuniária para quem o descumprisse, uma forma de garantir sua efetividade. Até então tal medida somente poderia ser usada contra atos estatais. Todavia, em 1816, editou-se novo *Habeas Corpus Act* estendendo o seu cabimento a atos ofensivos praticados por particulares (Talamini, 2002:302).

O *habeas corpus* no Direito brasileiro, embora grandemente influenciado pelo Common Law, inspirou-se não apenas no modelo anglo-saxônico. Esse instituto vingou no Brasil precisamente por encontrar suporte na “apelação extrajudicial” e em outros mecanismos de tutela interdital previstos nas Ordenações do Reino, conhecidas como “seguranças reais” e as “cartas de seguro” ou de “segurança”. As Ordenações Filipinas²¹ continham dispositivos a respeito das Seguranças Reais (Talamini, 2002:303):

Segurança Real geralmente se chama a que pede as Justiças a pessoa, que se teme de outra por alguma razão. E se a Justiça da terra, a quem fôr pedida, fôr informada, que a pessoa que pede esta segurança, tem razão justa de se temer, mandará vir perante si aquelle, de eu pede segurança, ou irá a elle, ou mandará lá o Alcaide, segundo a qualidade da pessoa que fôr, e requerer-lhe-há da nossa parte, que segure aquelle, que delle pede segurança; e se o segurar, mandar-lhe-há dar disso hum instrumento publico, ou Carta testemunhavel, segundo fôr o Julgador. E não o querendo segurar, o Julgador o segurar da nossa parte de dito, feito e conselho, e além disso castigará o que per seu mandado não quizer dar a dita segurança, polo desprezo, que lhe assi fez, e a pena será segundo a qualidade da pessoa, e a razão, que tiver e disser, porque não fez seu mandado. E se fôr pessoa de stado, e não allegar justa razão, pôr-lhe-a pena de dinheiro, ou o emprazará, que a certo dia appareça perante Nós pessoalmente se escusar, por que não cumprio o mandado da Justiça. E se fôr outra pessoa, degradal-alha da Cidade, ou Villa, ou o mandará prender, até que dê a dita segurança.

Diante do texto acima transcrito observa-se a presença dos atributos interditaes, haja vista que a medida tinha o mesmo caráter preventivo, pois era utilizada por uma pessoa que temia a ação de uma outra. Desenvolvia-se por meio de cognição sumária, e rapidamente implicava em emissão de ordem: “mandará vir perante si; segurar, mandado”. O descumprimento da ordem emitida constituía afronta à autoridade coatora e implicava na incidência de sanções específicas, pena de dinheiro, prisão até que a dita segurança fosse efetivada. Candido Mendes de Almeida (apud Eduardo Talamini, 2002:304) complementa:

As 'seguranças reais' remontavam sua origem aos 'tempos das vinganças particulares'. Aquele que receava a vingança 'acolhia-se à protecção do Senhor Feudal , ou do Rey; os quaes lhe davão Carta de Seguro, pela qual mostrava, que se achava debaixo da protecção daquelle que lh'a havia concedido'. Com o desaparecimento da vingança privada, as 'cartas de seguro' passaram a servir para 'evitar ou relaxar a prisão' promovida pelas autoridades públicas. Daí a dupla previsão, nas Ordenações, de 'segurança reais' e 'cartas de seguro'.

No sexto volume, do seu *Tratado das ações*, Pontes de Miranda afirma: “O que, depois, por influência da terminologia inglesa chamamos de *habeas corpus*, e o que se denomina ‘mandado de segurança’, lá estavam em conjunto”. (apud Eduardo Talamini, 2002:304) Idêntico caráter interdital da origem inglesa do *habeas corpus* fez-se presente na ordem processual brasileira em 1832, quando o Código de Processo Criminal expressamente o previu no ordenamento pátrio. O remédio heróico das liberdades tomou tamanha amplitude no Brasil, que era inegável a influência dos interditos em nossa tradição processual.

Segundo Castro Nunes (1994:57-59),

A Espanha é um caso à parte. O amparo da Constituição republicana de 1931 tem raízes profundas no velho direito aragonês. Não é instrumento do contencioso administrativo; vai além, é o *habeas corpus* ibérico, transportado para o México e para o Salvador, onde se aclimou, e de onde voltou à pátria de origem. E, em nota de rodapé, frisava que o amparo mexicano ‘tem suas raízes históricas no fuero de manifestación, misto de interdito e *habeas corpus*, que visa principalmente à ação exorbitante dos juízes e dos particulares, nos atentados à pessoa e aos bens . Com esse caráter passou para o México e outras repúblicas de origem ibérica.

Observa-se que o estabelecimento do amparo como instrumento de jurisdição constitucional das liberdades deveu-se em muito aos resíduos de tutela interdital do Direito Comum e não apenas às influências do Direito Constitucional norte-americano sobre as nações latino-americanas. Novamente Pontes de Miranda, no que se refere ao *habeas corpus* brasileiro, afirmava que “não o bebemos nos Estados Unidos, mas, diretamente, na Inglaterra”.

No Brasil Império, o *habeas corpus* foi usado também no campo civil e um dos exemplos marcantes foram acórdãos, decisões proferidas pelo tribunal, que asseguraram a liberdade de alguns escravos que tinham cartas de alforria duvidosas. No entanto, somente sob a égide da Constituição de 1891, o remédio constitucional comentado anteriormente desempenhou papel

mais amplo de tutela específica referente a deveres de fazer ou de não fazer, ganhando status de garantia constitucional.

Assim preconizava o § 22, do artigo 72: “Dar-se-á *habeas corpus* sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência ou coação por ilegalidade ou abuso de poder”. Nota-se não haver qualquer restrição à utilização do referido instituto jurídico somente em casos de liberdade de locomoção. O alcance do *habeas corpus* é dilatado.

Diante do largo alcance conferido ao *habeas corpus* pela Constituição de 1891, surgiram três correntes acerca de tal assunto. A primeira, encabeçada por Ruy Barbosa, que ficou conhecida como “teoria brasileira do *habeas corpus*”, entendia que o *habeas corpus* era um remédio geral, que poderia ser utilizado na defesa de qualquer direito ameaçado ou afrontado por ilegalidade ou abuso de poder, e não apenas no caso de liberdade de locomoção.

Esta era uma interpretação estritamente constitucional do instituto jurídico, pois a Carta Magna não estabelecera nenhuma limitação. Sem ser taxativo, apenas como exemplos, tem-se a utilização de *habeas corpus* para combater indevidos cancelamentos de matrículas em escola, assegurar a realização de comícios eleitorais, possibilitar o livre exercício da profissão e fazer circular jornal.

A segunda corrente apegava-se somente à origem histórica do *habeas corpus* e, portanto, restringia sua utilização exclusivamente na defesa da liberdade de locomoção. Por fim, a terceira vertente sustentada pelo Ministro Pedro Lessa, do Supremo Tribunal Federal, entendia que o *habeas corpus* poderia ser usado em todos os casos em que a ofensa à liberdade de locomoção fosse meio de afronta a outro direito. Exemplificando tal situação, o Ministro Pedro Lessa, afirmava que a restrição à liberdade religiosa efetivada mediante proibição de ingresso no templo seria atacável por *habeas corpus*. Contudo, o remédio constitucional não poderia ser utilizado para combater afronta à mesma liberdade de religião que se concretizasse pela destruição de objetos do culto, já que nessa segunda hipótese não se cogitaria de violação de direito de ir, vir ou ficar.

A reforma constitucional de 1926 encerrou os debates e de uma vez por todas limitou a abrangência do *habeas corpus* à proteção da liberdade de locomoção em si mesma. Desta

forma, diversos direitos ficaram desamparados de instrumento de tutela célere e eficaz, que só veio a ser suprimido com a criação do mandado de segurança, alguns anos depois.

Como forma de se suprir a lacuna deixada pelo *habeas corpus*, procurou-se viabilizar a utilização das ações possessórias, em razão de seu caráter interdital muito mais eficiente do que a via ordinária, para situações alheias à posse de coisas corpóreas. Adotou-se a idéia de que os direitos pessoais são passíveis de posse e, portanto, tuteláveis pelos interditos.

O uso das ações possessórias deveu-se à teoria da posse dos direitos pessoais, desenvolvida por Ruy Barbosa. Essa tese ia além da simples afirmação do cabimento do preceito cominatório aos deveres de fazer e não fazer alheios ao campo tradicional da posse; mais que isso, pretendia defender o emprego do interdito na plenitude de sua eficácia, ou seja, como ordem a ser executada imediatamente à sua concessão.

Assim, como resultado de todas as discussões travadas no campo do *habeas corpus* e das ações possessórias concebeu-se o mandado de segurança, cujo surgimento será detalhado a seguir.

2.2 O MANDADO DE SEGURANÇA NO BRASIL

Por volta de 1926, como produto dos debates travados na seara do *habeas corpus* e das ações possessórias e com a revisão constitucional que sepultou as construções destinadas a dar alcance mais amplo ao *habeas corpus* surgiram as primeiras idéias do que seria o mandado de segurança.

Entre 1930 e 16 de julho de 1934, data da promulgação da segunda Constituição republicana, o Brasil viveu quatro anos de interregno ditatorial, sob o comando de um Governo Provisório, que, em 1932, foi contestado pela Revolução Constitucionalista²².

Essa Revolução ocorreu quando Getúlio Vargas deu um golpe de morte na política dos governadores e nas oligarquias dominantes, preparando um sistema eleitoral que retirou a atribuição de proclamar os eleitos das assembleias políticas. A derrota dos revoltosos pelo ditador não obistou que fosse mantido o decreto de convocação das eleições, organizando-se a Constituinte que daria ao País nova Constituição republicana (Silva, 2002:83).

A Constituição de 1934 apontada como um produto híbrido, de diferentes tendências políticas, oscilava entre as aspirações do liberalismo, com tendências democratizantes, e as novas formas nacionalistas, com tendências corporativistas. Esse estatuto político rompeu com a tradição até então existente, porque, sepultando a velha democracia liberal, instituiu a democracia social.

Do ponto de vista histórico, a Constituição de 1934 não apresenta relevância porque apenas refletiu os antagonismos, as aspirações e os conflitos da sociedade da época, haja vista ter sido um ano marcado por reivindicações operárias e pela fermentação em áreas de classe média. Foi um documento de compromisso entre o liberalismo e o intervencionismo.

Na elaboração dessa Constituição, lembra Celso Agrícola Barbi (2000:32.) apresentou-se a sugestão por João Mangabeira à comissão elaboradora do Anteprojeto Constitucional de criação de um processo sumaríssimo para a proteção de direito incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente ilegal do Poder Executivo.

Ao final de discussões na Câmara, a Constituição de 1934 instituiu, de fato, o mandado de segurança²³, em título inerente às garantias de direitos, mais exatamente no § 33, do artigo 113, com a seguinte redação:

Dar-se-á mandado de segurança para a defesa do direito, certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade. O processo será o mesmo do *habeas-corpus*, devendo ser ouvida a pessoa do direito público interessada. O mandado não prejudica as ações petitórias competentes.

Ressalte-se que, em sua primeira versão, o mandado de segurança somente poderia ser utilizado em face de atos praticados por autoridade, ficando, ainda, sem a devida proteção os atos oriundos de particulares.

Esse texto constitucional guarda a marca das variadas correntes de opinião que influenciaram em sua elaboração, como a referência a direito certo e incontestável e o rito processual idêntico ao do *habeas corpus*.

Esse instituto foi, então, criado para a proteção de direito incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente ilegal do Poder Executivo. Se o juiz julgasse procedente o pedido

mandaria expedir ‘mandado de segurança’, a fim de proibir a Administração a praticar o ato ou determinar que a situação anterior fosse restabelecida. O mandado teria caráter provisório, pois só vigoraria até que o Poder Judiciário resolvesse a questão definitivamente.

Não é preciso dizer como foram os primeiros tempos de aplicação do *remedium*. A doutrina e jurisprudência titubeavam ante a correta aplicação do *writ*²⁴, a extensão de seu campo de incidência e os direitos que visavam a proteger, já que, para muitos, o mandado de segurança era uma espécie de *habeas corpus* civil²⁵.

Outro ponto que deve ser observado é a inegável ligação do mandado de segurança apresentado na Constituição de 1934 com os interditos possessórios²⁶. Essa ligação restou bastante evidente com a parte final do dispositivo que fez ressalva quanto às ações petitórias²⁷ tradicionalmente empregadas para as ações possessórias. Além disso, o seu nome remete às antigas “cartas de segurança” e às “seguranças reais”. O parentesco com os interditos foi de suma importância para o pronto reconhecimento pela doutrina do caráter proibitório ou compulsório da ordem judicial contida no mandado de segurança.

Quase dois anos após a Constituição de 1934, ocorreu a regulamentação do instituto do mandado de segurança por meio da Lei Ordinária nº 191 de 16 de janeiro de 1936, que serviu de modelo à atual Lei 1.533 de 31 de dezembro de 1951. Nessa lei infraconstitucional mantiveram-se as características de sumariedade²⁸, de mandamentalidade²⁹ e da produção da tutela específica³⁰.

Essa lei n.º 191/36 trazia vantagens indiscutíveis, tais como: a auto-executoriedade do texto, a garantia do caráter sumaríssimo peculiar ao *habeas corpus*, a neutralização do ato gravoso em caráter liminar. A cautela prevalecia considerando-se o processo no todo, já que não podia concluir-se sem a notificação da autoridade interessada, porém não invalidava a discricionariedade do juízo para resguardar o objetivo da sentença (Sidou, 1983:207).

Houve, entretanto, uma perda do *status* constitucional com a nova Carta de 1937. A Constituição de 1934 é sucedida pela Constituição de 10 de novembro de 1937, inspirada no modelo fascista e, em consequência, de cunho eminentemente autoritário. Nessa Constituição desmoronaram as vigas mínimas que sustentam o Estado Democrático e o Estado de Direito.

Nesse dia, as tropas da Polícia Militar cercaram o Congresso e impediram a entrada dos congressistas. Getúlio Vargas anunciou uma nova fase política e a entrada em vigor da Constituição. Esse novo regime foi implantado no estilo autoritário, sem grandes mobilizações. O movimento popular não pôde reagir, mas a classe dominante aceitava o golpe como coisa inevitável. A partir do Estado Novo, desapareceu a representação via Congresso, reforçando-se a que se fazia nos órgãos técnicos no interior do aparelho estatal (Fausto, 2002:200).

Nessa Constituição de 1937, não houve inclusão do mandado de segurança como garantia constitucional, omitindo-se de seu texto a possibilidade de defesa, por intermédio do *writ*, dos direitos por ele amparáveis. Essa Carta Ditatorial, embora tenha excluído o mandado de segurança do rol de garantias constitucionais, mesmo durante o Estado Novo³¹, continuou a vigiar como remédio infraconstitucional.

Referindo-se à ausência de previsão do mandado de segurança na Constituição de 1937, Barbosa Moreira, em palestra proferida no seminário “Mandado de Segurança”, em 7 de junho de 1994, lembra que é difícil a compatibilização entre o instituto do mandado de segurança e, de modo geral, das garantias dos cidadãos, com os regimes autoritários.

A entrada em vigor do Código de Processo Civil, em 18 de setembro de 1939, deu contornos praticamente definitivos ao instituto, restringindo o seu uso em muitos casos, mas foi repudiado pela Constituição de 1946, principalmente na generalização do ajuizamento da medida contra os atos de qualquer autoridade.

O artigo 319, do Código de Processo Civil de 1939, excluía da apreciação judicial, por meio do *mandamus*, os atos do Presidente da República, dos Ministros de Estado, dos Governadores e dos interventores. Excluía, também, os atos de que coubesse recurso administrativo, com efeito, suspensivo, independentemente de caução; e contra ato disciplinar, impostos ou taxas.

A Carta de 1937 não teve aplicação regular. Muitos de seus dispositivos permaneceram letra morta. Houve ditadura, com todo o Poder Executivo e Legislativo concentrado nas mãos do Presidente da República, Getúlio Vargas, que legislava por decretos-leis que ele próprio depois aplicava, como órgão do Executivo. Essa Constituição sofreu vinte e uma emendas,

através de leis constitucionais, que a alteravam ao sabor das necessidades e conveniências do momento (Silva, 2000:83).

Após a queda de Getúlio Vargas, em 1945, os militares e a oposição liberal decidiram entregar o poder transitoriamente ao Presidente do Supremo Tribunal Federal, até as eleições marcadas para dezembro do mesmo ano, quando o general Dutra venceu, tomou posse e começou os trabalhos da Constituinte. Em setembro de 1946, era promulgada a nova Constituição brasileira.

Destaca-se que a transição para o regime democrático representou não uma ruptura com o passado, mas uma mudança de rumos, em meio a muitas continuidades.

A Constituição de 1946, portanto, optou pelo “figurino liberal-democrático” (Fausto, 2002:221). O Brasil foi definido como uma República federativa, com um sistema de governo presidencialista. O Poder Executivo seria exercido pelo Presidente da República, eleito por voto direto e secreto para um período de cinco anos.

Essa Constituição pôs fim ao Estado autoritário que vigia no País sobre diversas modalidades desde 1930. Demonstrava a busca por um Estado democrático, através de medidas que melhor assegurassem os direitos individuais. Propiciou condições para o desenvolvimento do País durante os vinte anos em que o regeu.

Nesse contexto da redemocratização, o mandado de segurança voltou a fazer parte da Constituição, de onde não saiu mais, vindo a fazer parte de todas que a sucederam.

A Carta de 1946 deu tratamento generalizado ao instituto, definindo-o por exclusão do *habeas corpus*, assim propiciado tão-somente nos casos em que a ilegalidade ou o abuso de poder não fossem atacados por esse último. Assegurou-se, assim, no parágrafo 24 do artigo 141, que “para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus*, conceder-se-á mandado de segurança seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder”.

A suavização dos termos constitucionais de “direito certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade” da Constituição de

1934, para "direito líquido e certo" contra a "ilegalidade ou abuso de poder" da Constituição Federal de 1946 veio dar um elastério bastante acentuado ao uso do mandado de segurança, traçando-lhe, através de terminologia branda, um caráter bem mais rotineiro e geral, e amplitude mais coerente com a natureza do interesse que ele pode defender.

Assim, generalizou-se o emprego do mandado de segurança contra as violações de direito individual, praticadas por autoridades. Direito líquido e certo, ao invés de certo e incontestável, passou a significar direito insubstituível, que é assegurado no seu exercício. Na lição de alguns doutrinadores, direito líquido e certo é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração.

A Constituição de 24 de janeiro de 1967³² não modificou a substância do enunciado da constituição anterior, pelo contrário, no artigo 150, parágrafo 21, reproduziu o conceito do mandado de segurança, mas acrescentou-lhe o epíteto "individual", dispondo: "conceder-se-á mandado de segurança, para proteger direito individual líquido e certo, não amparado por *habeas corpus*, seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder".

No entanto, vale ressaltar que na seara jurídico-constitucional o termo direito individual não significa uma só pessoa, mas sim como locução sinônima de direitos fundamentais, direitos de todas as pessoas (Sidou, 1983:210).

O período que antecedeu a Constituição de 1967 foi marcado pelo golpe militar de 64, época em que os militares assumiram o governo no Brasil, em que o princípio básico da democracia foi violado. A ditadura implantada por eles suprimiu direitos constitucionais, perseguiu opositores e reprimiu a todos que eram contra o regime.

Com o endurecimento ainda maior do regime, imposto pela ditadura militar, a tendência era restringir a utilização do mandado de segurança, assim como foi feito com outros direitos constitucionais, razão pela qual foi inserida a expressão "individual" para o direito líquido e certo, delimitando o alcance do instituto processual.

Essa Constituição de 1967 durou pouco, haja vista a expedição do Ato Institucional nº 5, que rompeu com a ordem constitucional, ao qual se seguiram inúmeros atos complementares. O Presidente Costa e Silva é declarado temporariamente impedido do exercício da Presidência,

atribuindo-se o Poder Executivo aos Ministros da Marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica Militar, que completaram o preparo de novo texto constitucional, promulgado em 1969.

A Emenda Constitucional n.º 1, de 17 de outubro de 1969, em seu artigo 153, parágrafo 21, conservou o conceito do mandado de segurança da Constituição de 1967, restaurando-se o enunciado de 1946.

Como se pode observar, portanto, os conceitos das duas últimas Constituições coincidem com o conceito do diploma de 1946. Inverteu-se apenas a ordem da frase, cabendo fazer a ressalva de que a Constituição 1967 inseriu o vocábulo individual, não existente nos outros diplomas constitucionais.

Essa Constituição foi modificada por inúmeras emendas constitucionais, até que a Emenda Constitucional n. 26, convocou a Assembléia Constituinte para elaborar Constituição nova que substituiria a que estava em vigor.

Deve-se reconhecer que a Constituição produzida constitui um “texto razoavelmente avançado” (Silva, 2000:89), com inovações importantes para o constitucionalismo brasileiro. A Constituição de 1988 constitui um documento importante para o constitucionalismo em geral. Foi denominada por Ulisses Guimarães, Presidente da Assembléia Nacional Constituinte, “Constituição Cidadã”, já que teve ampla participação popular em sua elaboração, bem como o exercício da plena realização da cidadania.

Na Constituição de 1988, domina o âmago do constituinte uma vocação política de disciplinar no texto fundamental a categoria de direitos que assinalam o primado da sociedade sobre o Estado e o indivíduo ou que fazem do homem o destinatário da norma constitucional.

O mandado de segurança previsto na Constituição de 1988 consagra as modalidades individual e coletivo, como instrumento utilizado para proteger direito líquido e certo não amparável por *habeas corpus*³⁹ ou *habeas data*⁴⁰, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições públicas.

Instalou-se o Estado Social³³ da democracia, em que prepondera a garantia tutelar dos direitos do homem, na sua feição jurídico-constitucional, ao mesmo tempo em que garante às massas o poder de intervir na formação da vontade estatal, com a participação popular no processo de decisão.

Nesse sentido, a Constituição da República de 1988 se preocupou em estabelecer um processo de convivência que visa a justiça social, em que o poder emana do povo e deve ser exercido em seu proveito diretamente ou por representantes eleitos no processo político. Chega-se ao Estado Democrático de Direito, que a Constituição acolhe no artigo 1º como um conceito do regime adotado.

Um Estado Democrático deve assegurar medidas eficazes contra a atuação do Estado. Entende-se Estado Democrático de Direito como a limitação jurídica do arbítrio do poder político e a estabilidade jurídica das garantias individuais, tendo a Constituição como norma suprema, o que reclama adequação de todo o ordenamento infraconstitucional com as normas constitucionais (Carvalho, 2002:549).

Surgem, assim, os chamados “remédios heróicos”, ou *writs*³⁴ constitucionais, em proteção do particular contra a atuação do Estado. Neste contexto, insere-se a figura do mandado de segurança.

Trata-se, pois, de instituto processual de raiz constitucional em norma de eficácia absoluta e plena, destinado à proteção das prerrogativas do indivíduo ou da coletividade em face do Estado. Possui atuação célere e eficaz, que colima a correção jurídica de abusos do Poder Público iminentes ou que já perpetrados por autoridade coatora.

Mandado é um termo originado do latim *mandatum* ou *mandatus* que significa uma ordem ou determinação; e Segurança, tem o sentido de estado em que se encontra o seu perigo, sem dano ou incerteza, proporcionando uma carência de transtorno ou remoção de suas causas. Como visto, portanto, mandado de segurança é uma ação utilizada adequadamente para corrigir as ilegalidades ou os abusos cometidos pelos órgãos estatais ou àqueles em função do Poder Público.

Segundo Wallace Paiva Martins (2001:102) “O mandado de segurança é um dos mais notáveis

e potentes meios de tutela dos direitos individuais e coletivos”. Destaca-se o instituto em exame, ao lado de outros instrumentos de acesso e recurso ao controle jurisdicional instituídos no ordenamento jurídico de um Estado Democrático de Direito (ação popular, *habeas corpus*, *habeas data*, ação civil pública, etc), pois possui uma estrutura simplificada e especial, sendo um mecanismo expedito e eficiente de salvaguarda de direitos individuais e coletivos, ameaçados ou lesados por ato de autoridade pública. Este último aspecto denota com maior vigor o instituto do mandado de segurança como meio de controle judiciário da Administração Pública e não simplesmente um processo constitucional vocacionado à defesa de direitos individuais e coletivos.

O mandado de segurança, portanto, é um instrumento eficaz no combate de ilegalidades ou abusos de poder no exercício de medidas auto-executórias³⁵ realizadas pelo Estado. É uma modalidade especial de ação de conhecimento, destinado a garantir direitos individuais e coletivos ameaçados ou violados por ato de pessoa que exerça função pública.

Trata-se, de um lado, de poder extraordinário, conferido ao administrador para que ele consiga que o interesse público visado por suas decisões se sobreponha ao interesse dos particulares. Por outro lado, trata-se de poder que não pode decorrer da vontade arbitrária do agente público, devendo necessariamente estar baseado em lei. Logo, os atos administrativos auto-executáveis são aqueles que a lei autoriza a que assim se proceda³⁶.

Além disso, é fundamental, para o mandado de segurança, que o alegado seja comprovado por documentos e que não haja necessidade de produção de outras provas ao longo do procedimento. É assim que, em sendo líquido e certo³⁷, o direito violado se admite a impetração do *mandamus* para a busca da plena proteção jurídica.

Constata-se, desta forma, que o mandado de segurança é instrumento altamente eficaz no combate ao abuso no exercício de medidas auto-executórias, realizadas pela Administração Pública. Caracteriza-se, ainda por ser uma garantia constitucional contra atos ilegais ou abusivos do poder público, servindo para preservar o princípio da legalidade³⁸ administrativa em sua mais ampla concepção.

O termo garantia se explica etimologicamente, segundo Geleotti e Liñares Quintana (apud BONAVIDES, 2001:484.), “pela sua derivação do *garant*, do alemão *gewahren-gewahr-*

leistung, cujo significado, é o de *sichrestellung*, ou seja, de uma posição que firma segurança e põe cobro a incerteza e à fragilidade”.

Rios de tintas foram gastos para diferenciar “garantia” de “direito”, o que significa dizer que não são palavras sinônimas. A garantia é meio de defesa, coloca-se diante do direito, mas com este não se deve confundir. É um instrumento criado em favor do indivíduo para que ele possa fazer valer os seus direitos. Rui Barbosa foi, dos publicistas brasileiros, o mais severo em insurgir-se contra a inadvertência dos juristas afeiçoados a não fazer distinções entre direito e garantia.

Uma das caracterizações conceituais mais expressivas acerca do vocábulo garantia, é assinalada por Carlos Sánchez Viamonte (apud BONAVIDES, 2001:482), quando afirma que somente merece o nome de garantia “*a proteção prática da liberdade levada ao máximo de sua eficácia*”. Esse mesmo autor define como garantia a instituição criada em favor do indivíduo, para que, armado com ela, possa ter ao seu alcance imediato o meio de fazer efetivo qualquer dos direitos individuais que constituem em conjunto a liberdade civil e política.

Consagra-se, portanto, o mandado de segurança como garantia constitucional. Nesse sentido, Arnold Wald (apud BUENO, 2002:64) justifica:

[...] com o decorrer do tempo reconheceu-se que as garantias individuais não podiam ser asseguradas por simples proclamações platônicas, devendo, ao contrário, ser amparadas por adequados remédios jurídicos. Verificou-se, outrossim, que as técnicas tradicionais do direito privado não tinham a necessária eficiência para restabelecer o equilíbrio nos conflitos entre o Estado e o indivíduo.

2.3 CONCLUSÃO

Pretendeu-se demonstrar que o mandado de segurança é uma garantia de sede constitucional, que serve como instrumento da cidadania. Sabe-se que esse instituto processual experimentou, ao longo dos anos, diferentes textos constitucionais, desde seu surgimento na Constituição Federal de 1934, tendo sido editadas várias leis esparsas para discipliná-lo.

Vale destacar, desde logo, que essa compreensão do instituto do mandado de segurança como instrumento da cidadania somente foi possível pelo estudo interdisciplinar, na medida em que a

História fornece os meios de se buscar novos caminhos jurídicos, que propiciem os subsídios para o enfrentamento dos desafios trazidos pela vida em sociedade.

Assim, a necessidade de se abordar histórica e juridicamente o mandado de segurança no Brasil refere-se ao fato de vê-lo como um instrumento de tutela eficaz dos cidadãos contra o Estado. Analisando o processo histórico do *habeas corpus* ou dos interditos possessórios, o que hoje se identifica como “mandado de segurança”, nasceu e se desenvolveu esse mecanismo eficiente para coibir ilegalidades ou abusos de poder.

No contexto do texto constitucional de 1988, que é tido como a “constituição mais liberal e democrática que o País já teve, merecendo por isso o nome de Constituição Cidadã” (Carvalho, 2002:199), o acesso à justiça foi consagrado no artigo 5º, inciso XXXV como direito pético e fundamental da cidadania, razão pela qual no processo de emergência do direito, o mandado de segurança deve ser analisado sob esse prisma.

A inovação da Constituição Federal de 1988, ao inserir a figura do mandado de segurança coletivo, teve a visão de dar aplicação cada vez mais ampla ao instituto, tendo em vista sua característica de “remédio” de excelso alcance, pois, dessa forma, pode concretizar a função de instrumento de acesso à Justiça e de realização da cidadania, nos termos da Carta da República do Brasil.

REFERÊNCIAS

1. BARBI, Celso Agrícola. **Do mandado de segurança**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
2. BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
3. BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 3. ed., Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas. 1972.
4. _____. **Curso de Direito Constitucional**, 11. ed., Editora Malheiros, p.21-27. São Paulo. 2001.
5. BOURGUIGNON, Álvaro Manoel Rosindo. **Embargos de retenção por benfeitorias e outras questões relativas ao exercício judicial do direito de retenção por benfeitorias**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.
6. BUENO, Cássio Scarpinella. **Mandado de segurança**. São Paulo: Saraiva, 2002.

7. CAMPOS, Adriana Pereira. **Nas barras dos tribunais: Direito e escravidão no Espírito Santo do século XIX**. Rio de Janeiro: UFRJ/IFCS, 2003.
8. CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 7ª edição, Editora Almedina, Coimbra, 1997.
9. CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional didático**. Belo Horizonte: Del Rei, 2002.
10. CASTEL, Robert. **As metamorfoses da questão social: uma crônica do salário**. Petrópolis: Editora Vozes, 2001.
11. CLÈVE, Clèmerson Merlin. O cidadão, a administração pública e a nova Constituição, Revista de informação legislativa, n. 106, p. 83.
12. FAUSTO, Boris. **A revolução de 30: historiografia e história**. São Paulo: Brasiliense, 1995
13. _____. **História Concisa do Brasil**. 1. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, Imprensa Oficial do Estado, 2002.
14. GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.
15. GRAMSTRUP, Erik Frederico. Do Mandado de Segurança. In: BUENO, Cássio Scarpinella (Cord.) **Aspectos polêmicos e atuais do Mandado de Segurança 51 anos depois**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 317 a 353
16. GRINOVER, Ada Pellegrini et. al. **Teoria Geral do Processo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.
17. MARSHALL, T.H. **Cidadania e classe social**. Brasília: Fundação Projeto Rondon, 1988.
18. MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. **O mandado de segurança e o Direito Administrativo**. In: Revista do Advogado, n.64, São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, outubro/2001.
19. MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. 1.ed. São Paulo: Editora Martin Claret, 2002.
20. MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2001, p. 125.
21. NÁUFEL, José. **Novo Dicionário Jurídico brasileiro**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000).
22. NUNES, Castro. **Mandado de segurança e outros meios de defesa**. São Paulo: Editora Forense, 1994.

23. SANTOS, Boaventura de Souza. **Pela mão de Alice**. O social e o político na pós-modernidade. São Paulo: Cortez, 1996.
24. SIDOU, J.M. Othon. **Hábeas corpus, mandado de segurança, ação popular**: as garantias ativas dos direitos coletivos. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
25. SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, vol. III e IV.
26. SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo, 5^a edição, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2002.
27. STRAYER, Joseph R. **As origens medievais dos estado modernos**. Lisboa:Gradiva, 1969
28. TALAMINI, Eduardo. As Origens do Mandado de Segurança na Tradição Processual Luso-Brasileira. In: **Aspectos Polêmicos e atuais do Mandado de Segurança 51 anos depois**. São Paulo: Editora RT, 2002, p. 286-312.

NOTAS

¹ “Constitucionalismo é a teoria (ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade. [...] O conceito do constitucionalismo transporta, assim, um claro juízo de valor. É no fundo, uma teoria normativa política, tal como a teoria da democracia ou teoria do liberalismo” (CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003).

² Segundo Canotilho (2003:53) entre o constitucionalismo antigo e o constitucionalismo moderno vão se desenvolver perspectivas políticas, religiosas e jurídico-filosóficas sem o conhecimento das quais não é possível compreender o próprio fenômeno da modernidade constitucional.

³ Na alta Idade Média, a forma dominante de organização política na Europa ocidental foi o reino germânico, que, nalguns aspectos, representava a perfeita antítese daquilo que é um estado moderno. Baseava-se num sistema de lealdade a pessoas, e não a conceito abstratos ou a instituições impessoais. Um reino era constituído por todos aqueles que aceitavam um determinado homem com rei, ou que nas sociedades mais estáveis, reconheciam o direito hereditário de uma determinada família a reinar (STRAYER, Joseph R. **As origens medievais dos estado modernos**. Lisboa:Gradiva, 1969).

⁴ A Revolução Francesa constitui um fato capital na história do direito dos países da Europa Ocidental. As idéias políticas, filosóficas, econômicas e sociais do século XVIII foram centralizadas na legislação revolucionária de 1789. Essa Revolução deu origem a um direito muito individualista: o indivíduo goza do máximo de liberdade, tanto no domínio do direito privado como no domínio do direito público. Os legisladores vão construir o sistema jurídico do mundo contemporâneo sobre um certo número de teorias políticas, como a teoria da soberania nacional, a teoria da separação de poderes, que dominarão o direito dos países da Europa Ocidental e da América, nos séculos XIX e XX (GILISSEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**. 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 413-414).

⁵ O Estado Liberal foi o primeiro Estado jurídico, guardião das liberdades individuais, alcançando sua experimentação histórica na Revolução Francesa. Corresponde à concepção burguesa da ordem política. “A burguesia acordava o povo, que então despertou para a consciência de suas liberdades políticas. Ali estava um direito novo, na teoria política, que mantinha princípios cuja validade indiscutível transpunha quaisquer limitações [...]” (BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 1972, p. 6).

⁶ O Bill of Rights, de 1689, na Inglaterra, proibiu ao rei suspender as leis ou dispensar a sua execução sem o consenso do parlamento. De fato, o rei deixava de exercer, a partir do século XVIII, o direito de veto, ratificando todos os pedidos propostos pelo parlamento. (GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 305).

⁷ O princípio da separação dos poderes foi fixado desde o início da Revolução Francesa, nomeadamente pela Declaração dos Direitos do Homem e pelas constituições de 1791 e de 1795. Por esse princípio, os juízes não podem participar diretamente ou indiretamente nos poderes legislativo ou executivo, nem neles imiscuir-se; os

membros destes dois poderes não podem, em contrapartida, imiscuir-se no exercício do poder judicial (GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 494).

⁸ A Constituição de Fato também é conhecida como Constituição Consuetudinária, ou seja, uma constituição não escrita ou codificação quase desconhecida. É vista no sistema do *common law*, desde o século XII, na Inglaterra, em que o costume permanecia a única fonte do direito: costumes locais anglo-saxônicos, costumes das cidades nascentes, costumes dos mercadores. “O direito inglês moderno é por consequência muito mais histórico que os direitos dos países da Europa Continental; não houve ruptura entre o passado e o presente, como a que a Revolução de 1798 provocou em França e noutros países. No século XIX, os especialistas de direito público do continente europeu afirmavam que a Inglaterra era o único país que não tinha constituição” (GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 207-209).

⁹ Atualmente, há uma historiografia que demonstra a relatividade do absolutismo europeu, demonstrando que existiu somente como teoria na sua forma mais completa. A prática dos reis absolutistas: “[...] Em geral, tem-se chamado atenção sobre a aceitação, sem exame mais apurado, do conceito de Absolutismo como governo livre de intromissão de outras forças [...]. Segundo esses estudiosos, os poderes locais insurgiam-se contra administração absolutista sempre que estavam em causa Direitos provinciais ou locais, e o centralismo não se traduzia numa organização política hierárquica ramificada até os confins do Estado” (CAMPOS, Adriana Pereira. **Nas barras dos tribunais: Direito e escravidão no Espírito Santo do século XIX**. Rio de Janeiro: UFRJ/IFCS 2003, p. 83). Assim, a determinação da burguesia insurgente foi eliminar um Estado que sustentava a sociedade hierárquica herdeira o mundo medievo e não simplesmente um rei autoritário, já que inúmeras vezes na história moderna e contemporânea a burguesia aquiesceu a instalação de regimes autoritários vide o Estado nazista e o Regime militar na América Latina.

¹⁰ Vale ressaltar, desde logo, que nas fases primitivas da civilização dos povos, não existia um Estado suficientemente forte para impor o direito acima da vontade dos particulares. “Por isso, não só inexistia um órgão estatal que, com soberania e autoridade, garantisse o cumprimento do direito, como ainda não havia sequer leis” (GRINOVER, 2004, p. 21). Assim, o indivíduo que pretendesse alguma coisa de outrem, deveria se utilizar de suas próprias forças para conseguir a satisfação de sua pretensão. A esse regime chamou-se autotutela ou autodefesa. Outra solução, também nos sistemas primitivos foi a autocomposição, entretanto, essa forma de composição do litígio ainda pode ser encontrada nos dias atuais, em se tratando de direitos disponíveis. Ada Pellegrini Grinover (2004, p. 30) assim se manifesta: “A autocomposição (a qual, de resto, perdura residualmente no direito moderno) uma das partes em conflito, ou ambas, abrem mão do interesse ou de parte dele. São três formas de autocomposição (as quais, de certa maneira, sobrevivem até hoje com referência aos interesses disponíveis: a) desistência (renúncia à pretensão); b) submissão (renúncia à resistência oferecida à pretensão); c) transação (concessões recíprocas)”.

¹¹ Estado de Direito era um conceito tipicamente liberal, daí falar-se em Estado Liberal de Direito, cujas características básicas foram a submissão ao império da lei, a divisão de poderes e o enunciado e garantia dos direitos individuais. Servira de apoio aos direitos do homem, convertendo os súditos em cidadãos livres. A expressão “Estado de Direito” evoluiu, enriquecendo-se com conteúdo novo. (SILVA, José Afonso de. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 19.ed.São Paulo:Ed. Malheiros, 2001, p. 117-118). A primeira concepção do Estado de Direito nasceu da oposição histórica na Idade Média entre a liberdade do indivíduo e o absolutismo do monarca (BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 1972, p. 4).

¹² O *juicio de amparo*, de tradição mexicana, foi regulamentado pela lei 10.01.1936, com o escopo que reprimir as leis e os atos de autoridade que violassem garantias individuais, os que vulnerassem a soberania dos Estados e as invasões de competência federal. Abrangia também a vida e a liberdade pessoal, caso em que poderia ser promovido por terceiro, na impossibilidade de o prejudicado agir. (GRAMSTRUP, Erik Frederico. **Do Mandado de Segurança**. In: BUENO, Cássio Scarpinella (Cord.) **Aspectos polêmicos e atuais do Mandado de Segurança 51 anos depois**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 317 a 353).

¹³ A sub-rogação é o meio pelo qual o Estado intervém na relação jurídica entre devedor e credor, ou seja, é quando o Estado substitui a posição do credor, fazendo com que o devedor seja compelido a cumprir sua obrigação. O autor Álvaro Bourguignon (1999, p. 149/150) afirma que a sub-rogação “destina-se a realiza no mundo fático a sanção, ou seja, visa produzir, através da atuação do órgão judiciário, um resultado prático equivalente ao que outra pessoa deveria ter produzido em cumprimento de uma obrigação jurídica”.

¹⁴ Comenta Eduardo Talamini, *in* texto publicado na obra *Aspectos Polêmicos e Atuais do Mandado de Segurança*, Ed. RT, p.288. 2002. São Paulo. “Ao contrário da *iurisdictio* – poder específico e determinado, limitado à atividade intelectual de declaração do direito -, o *imperium* consistia em poder genérico e indefinido ou “poder geral da magistratura”. A diferença entre *iurisdictio* e *imperium* se torna mais evidente quando se considera um série de medidas especiais de tutela, entre elas, os interdicta.”

¹⁵ “O *ius commune* era a denominação do Direito Erudito comum para todo o ocidente europeu e criado a partir do Direito Romano, ou Direito Civil, e do Direito Canônico” (Nota 40 in CAMPOS, 2003, p. 83).

¹⁶ O preceito cominatório decorre de um direito, em virtude do qual se possa exigir de outrem a prestação de um fato, ou a abstenção de um ato, sob cominação de uma pena (SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, vol. III e IV, p. 98).

¹⁷ As Ordenações Afonsinas (1500-1514), aparecidas no século XV, atribuídas a João Mendes, Rui Fernandes, Lopo Vasques, Luiz Martins e Fernão Rodrigues, foram elaboradas sob os reinados de João I, D. Duarte e Afonso V. Consagraram-se como fonte do direito nacional e prevalente, tendo por fontes subsidiárias os direitos romanos e canônicos. Compunham-se de cinco livros, compreendendo organização judiciária, competências, relações da Igreja com o Estado, processo civil e comercial

¹⁸ “Em homenagem a valores que modernamente vincularíamos ao contraditório e ao devido processo legal, os praxistas e os doutrinadores afirmavam que, em regra, o preceito cominatório sem cláusula era “proibido”, eis que “contrário à razão natural e à equidade”. (TALAMINI, Eduardo. As Origens do Mandado de Segurança na Tradição Processual Luso-Brasileira. In: **Aspectos Polêmicos e atuais do Mandado de Segurança 51 anos depois**. São Paulo: Editora RT, 2002, p. 286-312).

¹⁹ O sistema do common law nasceu na Inglaterra, sobretudo por ações dos tribunais reais na Baixa Idade Média (séc. XIII a XV). É um direito elaborado pelos juízes, tendo como fonte principal do direito, a jurisprudência, o precedente judiciário. Escapou da influência do direito romano e da ciência jurídica das universidades medievais e modernas. Tornou-se o direito de todos os países que foram dominados ou colonizados pela Inglaterra, como a Irlanda, o Canadá, a Austrália, entre outros (GILLISSEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**. 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 20).

²⁰ Pode-se destacar os state-writs, também chamados de prerogative writs, destinados à proteção dos particulares em face do Poder Público: mandamus (ordem de prática de ato); *prohibition* (ordem de abstenção de conduta); certiorari, cujo objetivo era anular processo ou decisão judicial); *writ quo warranto*, que tinha a finalidade de impedir usurpação de direitos, cargos e privilégios públicos; e o *habeas corpus* (TALAMINI, Eduardo. As Origens do Mandado de Segurança na Tradição Processual Luso-Brasileira. In: **Aspectos Polêmicos e atuais do Mandado de Segurança 51 anos depois**. São Paulo: Editora RT, 2002, p. 286-312).

²¹ As Ordenações Filipinas, juntamente com as leis extravagantes, tiveram vigência no Brasil de 1603 até 1916. Esta compilação data do período do domínio espanhol, sendo devida aos juristas Paulo Afonso, Pedro Barbosa, Jorge de Cabedo, Damião Aguiar, Henrique de Souza, Diogo da Fonseca e Melchior do Amaral. Essas ordenações objetivaram a atualização das inúmeras regras esparsas editadas no período de 1521 a 1600, não produzindo grandes alterações nas fontes subsidiárias exceto transformações de cunho formal.

²² A Revolução Constitucionalista de 1932 foi marcada pela explosão em São Paulo de uma revolta contra o presidente Getúlio Vargas, pois sua política centralizadora desagradava as oligarquias estaduais, especialmente as de São Paulo. As elites políticas desse Estado sentiram-se prejudicadas, e os liberais reivindicavam a realização de eleições e o fim do governo provisório. No dia 23 de maio é realizado um comício reivindicando uma nova constituição para o Brasil; em julho, explode a revolta e as tropas rebeldes se espalham pela cidade de São Paulo e ocupam as ruas; em outubro, após três meses de luta, os paulistas se rendem. Apesar da derrota paulista em sua luta por uma constituição, dois anos depois da revolução, em 1934, uma assembleia é eleita pelo povo, promulgando-se a nova Carta Magna (FAUSTO, Boris. A revolução de 30: historiografia e história. São Paulo: Brasiliense, 1995 e FAUSTO, Boris. História Concisa do Brasil. 1. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, Imprensa Oficial do Estado, 2002). Sobre Revolução Constitucionalista consulte ainda BERCOVICI, Gilberto. “Instabilidade constitucional e direitos sociais na era Vargas”. In: BITTAR, Eduardo C.B. (org.). **História do direito brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2003, p. 222.

²³ No Brasil, o mandado de segurança somente foi instituído na Constituição de 1934. É oportuno lembrar, o cenário histórico em que o Brasil vivia em 1930, ano da Revolução Liberal, para sanear o sistema representativo que privilegiava as oligarquias que se revezavam no poder, já que os tenentes¹ faziam restrições às eleições diretas, ao sufrágio universal, insinuando a crença em uma via autoritária para a reforma do Estado e da sociedade. Esse movimento revolucionário de 1930 não foi feito por representantes de uma suposta nova classe social, fosse ela a classe média ou a burguesia industrial. Os vitoriosos compunham um quadro heterogêneo, tanto do ponto de vista social, como político. Tinham-se unido contra um mesmo adversário, com perspectivas diversas: os oligarcas desejavam um maior atendimento a sua área; o movimento tenentista defendia a centralização do poder e a introdução de algumas reformas sociais; o Partido Democrático pretendia a adoção dos princípios do Estado Liberal. No plano político, as oligarquias dos Estados vitoriosos em 1930 procuravam reconstruir o Estado nos velhos moldes, enquanto os tenentes se opunham a essa perspectiva e apoiavam Getúlio Vargas em seu propósito de reforçar o poder central. Com a vitória da Revolução de 1930, os tenentes passaram a fazer parte do governo e formularam um programa mais claro, propondo maior uniformização no atendimento das necessidades das várias regiões do país e defendendo o prolongamento da ditadura.

²⁴ *Writs* eram as medidas de segurança sumárias do direito anglo-saxão, passíveis até de concessão liminar, inspirados nos *interdictas*. Sofreu influência do direito romano clássico. Como notou Galeno Lacerda as formas latinas utilizadas para os *writs* eram semelhantes às empregadas para os *interditos*. (TALAMINI, Eduardo. As

Origens do Mandado de Segurança na Tradição Processual Luso-Brasileira. In: **Aspectos Polêmicos e atuais do Mandado de Segurança 51 anos depois**. São Paulo: Editora RT, 2002, p. 301).

²⁵ O *habeas corpus*, embora limitado a garantir a liberdade física, foi empregado não apenas no campo do direito criminal, no combate à persecução penal indevida, mas também na esfera civil (TALAMINI, Eduardo. As Origens do Mandado de Segurança na Tradição Processual Luso-Brasileira. In: **Aspectos Polêmicos e atuais do Mandado de Segurança 51 anos depois**. São Paulo: Editora RT, 2002, p. 306).

²⁶ Genericamente, assim se devem entender todas as ações ou medidas judicialmente intentadas ou formuladas para a proteção da posse. Dizem-se, também, ações possessórias. Mas, na qualidade de interditos, somente se mencionam as que vêm defender a posse de ataques ou esbulhos ocorridos dentro de ano e dia. Entre os interditos pode-se incluir: manutenção da posse, reintegração da posse, interdito proibitório, imissão na posse e nunciação de obra nova. (SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 18.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001)

²⁷ Ações petitórias são aquelas que têm por objeto o reconhecimento e reintegração da pessoa, que a intenta, no seu domínio, mantendo-o integral e livre de qualquer importunação. Serão petitórias todas as ações formuladas, desde que pretendam defender o direito de propriedade ou de qualquer outro direito real, que se tenha violado ou pretenda violar. (SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 18.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001)

²⁸ Sumariedade é característica da cognição sumária, na qual o juiz deve analisar a adequação da intensidade do juízo de probabilidade ao momento procedimental da avaliação, a natureza do direito alegado, a espécie dos fatos afirmados, a natureza do provimento a ser concedido e as especificidades do caso concreto (WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 2.ed. Campinas: Bookseller, 2000, p. 128).

²⁹ Mandamentalidade significa que há uma ordem na decisão para que o direito do impetrante, afinal reconhecido pelo julgamento da ação, seja cumprido específica e imediatamente, independente de nova ação, assegurando-lhe sua fruição plena (BUENO, Cássio Scarpinella. **Do mandado de segurança**: comentários às Leis n. 1.533/51, 4.348/64 e 5.021/66 e outros. São Paulo: Saraiva, 2002, p.99).

³⁰ Tutela específica é a proteção jurídica adequada à obrigação específica, quer de fazer, quer de não-fazer, legal ou contratual. (NÁUFEL, José. **Novo Dicionário Jurídico brasileiro**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000). Não comporta a substituição da prestação indevida. O direito é assegurado, no seu exercício, e não pela forma indireta da equivalência econômica, princípio pelo qual se define o ressarcimento da inexecução da obrigação. O ato violador é removido como obstáculo para que se restabeleça a situação jurídica preexistente (BUENO, Cássio Scarpinella. **Do mandado de segurança**: comentários às Leis n. 1.533/51, 4.348/64 e 5.021/66 e outros. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 9).

³¹ “O Estado Novo não representou um corte radical com o passado. Muitas de suas instituições e práticas vinham tomando forma no período 1930-1937. Mas a partir de 1937, elas se integraram e ganharam coerência no âmbito do novo regime. A inclinação centralizadora, revelada desde os primeiros meses após a Revolução de 1930, realizou-se plenamente. Os Estados passaram a ser governados por interventores, nomeados pelo governo central e escolhidos segundo diferentes critérios”. (FAUSTO, Boris. **História Concisa do Brasil**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, Imprensa Oficial do Estado, 2002, p. 201).

³² Essa Constituição sofreu influência da Carta Política de 1937, ao se preocupar com a segurança nacional, ao dar mais poderes à União e ao Presidente da República, ao reformular o sistema tributário nacional e a discriminação de renda, entre outros

³⁹ “Habeas Corpus é uma garantia constitucional individual ao direito de locomoção, consubstanciada em uma ordem dada pelo Juiz ou Tribunal ao coator, fazendo cessar a ameaça ou coação à liberdade de locomoção em sentido amplo – o direito do indivíduo de ir, vir e ficar”. (MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2001, p. 132).

⁴⁰ “Pode-se definir o *habeas data* como o direito que assiste a todas as pessoas de solicitar judicialmente a exibição dos registros públicos ou privados, nos quais estejam incluídos seus dados pessoais, para que deles se tome conhecimento e se necessário for, sejam retificados os dados inexatos ou obsoletos ou que impliquem em discriminação”. (MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2001, p. 146).

³³ “O Estado Social, por sua natureza, é um Estado intervencionista, que requer sempre a presença militante do poder político nas esferas sociais, onde cresceu a dependência do indivíduo, pela impossibilidade em que este se acha, perante fatores alheios a sua vontade, de prover certas necessidades existenciais mínimas” (BONAVIDES, paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 3.ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1972, p. 228).

³⁴ Writ é um instituto similar ao mandado de segurança usado comparativamente ao instituto brasileiro, característico do sistema anglo-saxônico (SIDOU, J.M. Othon. **Habeas corpus, mandado de segurança, ação popular**: as garantias ativas dos direitos coletivos. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983).

³⁵ Entende-se por auto-executoriedade o poder que possui o administrador de compelir materialmente o administrado, sem necessidade da intervenção do Poder Judiciário, a cumprir as obrigações decorrentes de atos administrativos regularmente expedidos. A auto-executoriedade será sempre um poder diretamente decorrente de lei, a ser exercido nos limites que esta estabeleça. Todo e qualquer ato auto-executável que não encontrar amparo legal, será definido como violação direta aos direitos subjetivos daqueles que possam vir a estar ou efetivamente

estejam submetidos à sujeição de tal ato.

³⁶ Afirma Hely Lopes Meirelles que “realmente, não poderia a Administração bem desempenhar sua missão de autodefesa dos interesses sociais se, a todo o momento, encontrando natural resistência do particular, tivesse que recorrer ao Judiciário para remover a oposição individual à atuação pública”. MEIRELLES, Hely Lopes (apud MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2001. p. 125).

³⁷ Por direito líquido e certo deve-se entender aquele direito cuja existência e delimitação são claras e passíveis de demonstração documental. Para Cássio Scarpinella Bueno (2002:13) há direito líquido e certo quando a ilegalidade ou a abusividade forem comprovadas através de demonstração documental, independente de sua complexidade ou densidade.

³⁸ É correto afirmar que o princípio da legalidade coloca-se como um estreito limite para as ações auto-executórias da Administração Pública. Isto porque, no campo da aplicação específica deste princípio no agir da Administração tem-se que o administrador público só pode fazer aquilo que lhe autoriza a lei. (MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 67).