

## MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO DE PARTICULAR

Moacir Lima Magalhães \*

MAGALHÃES, M. L. Mandado de segurança contra ato de particular. Rev. Ciên. Jur. e Soc. da Unipar. Umuarama. v. 9, n. 2, p. 401-418, 2006.

**RESUMO:** Trata-se de analisar as características do mandado de segurança como ação civil autônoma, seu surgimento histórico e seu importante papel na defesa do direito individual líquido e certo, e depois, na defesa dos direitos coletivos, para o fim de verificar a possibilidade de construir-se a legitimidade passiva do particular. O item dois faz um apanhado histórico da defesa do particular contra atos do poder público já no tempo do Império, a seguir passando pela doutrina brasileira do *habeas corpus*, até a criação do mandado de segurança pela Constituição de 1934. O item três trata do conceito do mandado de segurança, legitimidade e direito líquido e certo. O item quatro faz uma abordagem sobre a alta interferência do poder dos grupos privados e empresas transnacionais sobre o poder público e a presença dos direitos coletivos e dos novos conflitos daí decorrentes. Fala também da relação do Estado Democrático de Direito com a sociedade e da incapacidade deste Estado de atender as demandas sociais por justiça e qualidade de vida, e aborda também as reações positivas e negativas da sociedade civil a esta falta de presença do Estado. O item cinco trata da globalização, seus aspectos positivos e negativos, seus reflexos na sociedade e na política brasileiras, com influências sobre o direito e o processo. O item seis, tratando do mandado de segurança contra ato de particular, fala de um componente revolucionário do estado de direito e da diversidade da tutela jurisdicional difusa na principiologia do texto constitucional. O item sete, da conclusão, sugere a revisão de toda a teoria do mandado de segurança.

**PALAVRAS-CHAVE:** poder econômico; processo clássico; processo moderno; direitos fundamentais; direitos coletivos; efetividade processual; prestação jurisdicional.

---

### Introdução

O presente trabalho se propõe analisar as características do mandado de segurança como ação civil autônoma, sua legitimidade e a possibilidade de se estender a legitimidade passiva ao particular, no resguardo dos direitos individuais e coletivos, quer em caráter preventivo, quer repressivo.

O problema que se apresenta é a idéia da construção da legitimidade passiva do particular no mandado de segurança, como corolário do direito de

---

\* O autor é mestrando em Direito Processual Civil e Cidadania pela UNIPAR. E-mail: [silogeu@gmail.com](mailto:silogeu@gmail.com)

ação e da efetividade do processo. É que o direito de ação não se encerra no seu enunciado formal nas regras processuais, mas deve se materializar na viabilidade prática do exercício de direitos e da realização de interesses. O direito de ação não é só o direito à tutela do direito, mas também o direito às prestações normativas processuais aplicadas à tutela do direito. Não basta o direito de ação, é necessária uma norma procedimental propícia à realização do direito material.

Neste sentido, a dogmática processual deve lançar mão de todo o expediente capaz de contribuir para a criação e aperfeiçoamento das técnicas processuais de entrega da prestação jurisdicional.

A relevância do tema, se revela na medida em que cresce a preocupação da doutrina com a efetividade do processo, como pressuposto para revisão de técnicas e institutos processuais, com vistas à obtenção de resultados práticos de ordem material, que permitam melhor sistematizar e resolver as demandas dos novos direitos, decorrentes das relações dos grupos detentores do capital e do patrimônio com as categorias econômicas e com as pessoas, individualmente consideradas.

A atualidade do tema se verifica no cenário da pós-modernidade em que o Estado Democrático de Direito, por um lado, não dá conta de realizar a justiça social, e, por outro, vê o seu Direito ineficaz, incapaz de realizar a distribuição da justiça e servindo mais ao poder econômico do que à população. É de se resgatar o papel da jurisdição constitucional dos direitos fundamentais à medida que se assegura aos indivíduos e às categorias de pessoas o acesso à justiça munido das adequadas técnicas de tutelas para o atendimento da diversidade dos novos direitos que emanam da profusão da vida social, já que o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva é o direito à prestação jurisdicional no sentido genérico.

Utilizando-se o método hipotético-dedutivo e seguindo-se o eixo metodológico da Teoria Crítica do Direito, faz-se um estudo do mandado de segurança sob o aspecto histórico-normativo, de sua positivação para a defesa de direitos; sob o aspecto histórico-ideológico, da concepção liberal do processo clássico, que condicionava e limitava a atuação processual; e sob o aspecto histórico-científico, desde os direitos de primeira geração até o processo moderno. Assim, entrelaçando-se estes três aspectos, desenvolve-se uma análise do mandado de segurança, desde seu surgimento, e do papel que desempenhou no processo clássico, para a seguir, discutir-se a realidade do processo contemporâneo, de par com as grandes questões da sociedade e do Estado, para enfim, poder compreender-se a necessidade de se habilitar o mandado de segurança com novas técnicas processuais para adequá-lo à realidade social, bem como à realidade processual dos novos tempos.

## 1 Histórico

Em 5 de fevereiro de 1842, o governo imperial expediu o regulamento nº 124, contendo o regime provisório do Conselho de Estado, que tinha funções políticas e administrativas, cujo artigo 31 dizia: “em geral serão observadas todas as disposições do processo atual, que, contribuindo para o descobrimento da verdade, sem prejuízo da celeridade indispensável à marcha administrativa, forem admissíveis neste processo, e não se opuserem às determinações do presente regulamento”. Este regulamento continha um contencioso administrativo, com recursos para os ministros de Estado e para o imperador.

Este regulamento era de inspiração francesa e se chocava com a tradição jurídica lusitana, criando no Brasil um sistema semelhante ao sistema francês, com uma justiça ordinária e uma justiça administrativa.

Isso gerou controvérsia entre os juristas nacionais e o governo imperial, até que em 1866 o Conselho de Estado emitiu parecer aprovado pelo imperador, declarando que o contencioso administrativo era excepcional e que “todo o litígio de direitos, mormente individuais ou civis, que por isso mesmo demandam julgamento, pertencem à alçada do Poder Judiciário e do juízo comum” (BARBI, 1976, p. 51).

A partir daí, resolveu-se a controvérsia e a justiça comum passou a deter a competência nas causas do particular contra os atos ilegais do Poder Público. Isso numa época em que as alçadas privada e pública eram estanques, não existindo entre elas a alta interferência que existe na atualidade, em razão da evolução das políticas públicas, das técnicas administrativas, da alta integração entre os grupos econômicos e o capital internacional e do alto desenvolvimento de novas tecnologias.

Com a proclamação da República, foi extinto o contencioso administrativo. Todas as questões contra a administração pública passaram à competência do Poder Judiciário. Mas os procedimentos não eram rápidos e eficazes o suficiente para atender satisfatoriamente à defesa dos direitos das pessoas contra os atos ilegais dos agentes públicos. “O principal defeito de que se ressentiam era a sua incapacidade para atender aos casos em que o direito violado não pudesse ser substituído pela reparação pecuniária” (BARBI, 1976, p. 54).

## 2 A doutrina brasileira do *habeas corpus*

A partir daí, muito e a debalde se tentou, através das possessórias, das anulatórias e de outros procedimentos, assegurar os direitos do indivíduo contra os atos da administração, até o surgimento da doutrina brasileira do *habeas corpus*. Celso Agrícola Barbi (1976, p. 56) noticia que “a força das necessidades obrigou então os advogados a tentar obter por outros meios a adequada proteção

dos direitos violados pela Administração”.

Construiu-se esta doutrina pela ampliação do campo de incidência do *habeas corpus*, fazendo-o alcançar a proteção dos direitos individuais violados pela administração, ainda quando não se tratasse de direitos de liberdade e de locomoção. Esta doutrina não resistiu à reforma constitucional de 1926, mas Celso Agrícola Barbi (1976, p. 57) lembra que em projeto de revisão constitucional, elaborado por Alberto Torres, em 1914, já se sugeria no artigo 73 a criação de um “mandado de garantia”, destinado à proteção de direitos individuais ou coletivos, públicos ou privados, lesados por ato de Poder Público ou de particulares, aplicável quando não houvesse outro remédio especial”.

### 3. A criação do mandado de segurança

Finalmente o mandado de segurança individual foi criado pela Constituição Federal de 1934, no seu artigo 113, nº 33, e regulamentado pela Lei 191/36. Posteriormente, teve seu campo de ação restringido pelas leis do Estado Novo e pelo Código de Processo Civil de 1939, sendo, novamente, elevado à posição de garantia constitucional pela Constituição Federal de 1946. Em 1951, experimentou nova regulamentação, prevalecendo sobre todos os artigos do Código de Processo Civil que o restringiam, pela Lei 1533, que vigora até hoje.

Já a Constituição federal de 1988 veio a instituir o mandado de segurança coletivo, no seu artigo 5º, inciso LXX.

Registre-se que, desde sua criação, sempre se sustentou no primado da celeridade, como tutela diferenciada do procedimento ordinário clássico.

### 4. Do mandado de segurança

#### 4.1 Conceito

Do artigo 5º, incisos LIX e LXX, da Constituição Federal, se extrai o conceito de mandado de segurança como ação própria “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”. O artigo 1º da lei 1533/51 repete o mesmo conceito, sendo apenas mais abrangente com relação às autoridades e mais específico quanto ao mandado de segurança preventivo. Observe-se também que a ilegalidade pode decorrer de ação ou omissão da autoridade pública.

Autoridade é toda pessoa que age como representante do Poder Público, com poder de decisão, dentro da esfera de sua competência. Assim são

os dirigentes das empresas concessionárias e delegadas do Poder Público, na prestação de seus serviços e atividades.

#### **4.2 Natureza jurídica**

O mandado de segurança tem natureza jurídica de ação civil de rito sumário especial, cuja decisão final se veicula por sentença mandamental, no entender de Pontes de Miranda (*apud* BARBI, 1976, p. 246). Há outras opiniões que lhe atribuem a natureza de sentença constitutiva, como também condenatória.

A controvérsia doutrinária acerca da natureza jurídica da sentença, desperta a preocupação de Ricardo Canan (2001, p. 99), por entender que “poderia a medida não atingir os fins a que se propõe, vez que o magistrado poderá ser adepto a uma ou outra corrente doutrinária”.

Ora, essa discussão, bem como a questão da impossibilidade de execução direta da sentença contra o Estado, não constitui óbice à legitimação passiva do particular porque o que se propõe aqui não é a modificação de um aspecto isolado, mas uma revisão de toda a teoria do mandado de segurança, de forma a dotá-lo das características de uma tutela de segurança satisfativa própria do processo moderno, com execução semelhante ao rito dos artigos 461 e 461-A do Código de Processo Civil, do artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor, munido da tutela antecipada do artigo 273 do Código de Processo Civil.

#### **4.3 Legitimidade**

Têm legitimidade ativa e passiva em mandado de segurança não só as pessoas físicas e jurídicas, mas também órgãos públicos despersonalizados, mas dotados de capacidade processual, como são as Chefias dos executivos, as Presidências das Mesas dos Legislativos, os Fundos Financeiros, as Comissões Autônomas, a Superintendências dos Serviços e demais órgãos da Administração centralizada ou descentralizada que tenham prerrogativas ou direitos próprios a defender.

Têm somente legitimidade passiva as autoridades judiciárias, na prática de atos administrativos, bem como em decisões judiciais que lesem direito individual líquido e certo. Têm, ainda, legitimidade somente ativa, as pessoas e entes personificados, bem como as universalidades reconhecidas por lei, como o espólio, a massa falida e o condomínio de apartamentos.

É de se indagar, se até a autoridade judiciária figura como legitimada passiva do mandado de segurança, por que não o particular? Num país como é o Brasil, acaso o particular também não pratica, eventualmente, alguma ilegalidade ou abuso contra os direitos coletivos e individuais? Não terá o direito

positivo brasileiro experimentado evolução que justifique o repensar da teoria do mandado de segurança?

Acontece que história do instituto do mandado de segurança, como a história do processo, está condicionada pela ideologia burguesa que combateu a ideologia liberal e passou o ver o Estado como inimigo público, numa época em que era excessiva a sua intervenção na esfera de liberdades do indivíduo.

Assim, a filosofia individualista do século XVIII, no embate contra o absolutismo monárquico, considerava o Estado um mal necessário, cuja finalidade deveria se limitar a zelar pela ordem interna, pela defesa do território e pelo cumprimento dos pactos. Tal filosofia política enalteceu e exacerbou tanto o valor da liberdade individual, que ocasionou profunda desigualdade social e econômica. Conforme enfatiza Marinoni (2004, p. 57): “Supunha-se que, com a impossibilidade de o Estado agir diante das necessidades sociais, estaria garantido o bem mais supremo do homem, que seria a sua liberdade, pouco importando se ela não pudesse ser usufruída por todos, e assim não fosse entendida como uma liberdade concreta”.

Inicialmente, porém, cada sociedade elaborou os seus mecanismos jurídicos de defesa dos direitos do indivíduo, nas suas relações com a Administração. No Brasil, primeiro foram aquelas regras já vistas do Conselho de Estado e depois se seguiu o embate jurídico da gestação do mandado de segurança. Então o mandado de segurança foi concebido como sendo um instrumento voltado à proteção dos direitos fundamentais de primeira geração, da época do Estado liberal clássico, inimigo público do cidadão. Com o advento do direito das prestações, o Estado já está do lado do cidadão, e é alguém que deve prestações sociais a uma organização social mais justa. Agora, o inimigo público é o poder econômico. Contra o poder econômico, deve-se eleger a tutela adequada e construir-se a técnica processual adequada, de acordo com o direito substancial.

#### **4.4 O direito líquido e certo**

Hely Lopes Meireles (1985, p. 11-12) define o direito líquido e certo como “o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração. É o direito comprovado de plano”. Para tanto, deve o impetrante munir a petição inicial da prova preconstituída que sustenta o seu direito. Também, por essa razão, havendo espaço apenas para a manifestação do Ministério Público e as informações do impetrado.

O direito líquido e certo é elemento que serviu ao mandado de segurança individual na perspectiva do processo clássico. Com as novas gerações de direitos

e com a variedade de técnicas procedimentais de defesa dos novos direitos, é possível, considerada a utilidade do mandado de segurança como forma de asseguramento de direitos, construir-lhe um modelo de procedimento próprio de tutela de segurança, capaz de romper com o paradigma da ordinariade e das tutelas diferenciadas do processo civil clássico. Só assim ter-se-á uma tutela de segurança dotada da efetividade, própria do processo civil moderno, conferindo-lhe dilação probatória para ampliar-lhe o objeto e a legitimidade passiva. É uma decorrência dos direitos fundamentais e das prescrições constitucionais relativas aos direitos coletivos.

A Constituição Federal, no seu artigo 225 declara o meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito das presentes e futuras gerações. No artigo 5º, inciso XXXII, a Constituição Federal declara que “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”.

Ao tratar da ordem econômica e de seus princípios gerais, a Constituição Federal estabelece direitos coletivos de importância tal que recomenda aqui a literal transcrição do artigo 170, caput e de seus incisos V e VI: “A ordem econômica fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: defesa do consumidor; defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação”.

## **5 O público, o privado e o coletivo**

É sabido que quanto mais complexa a sociedade, menor a capacidade de resposta do Estado aos estímulos político-sociais e aos reclames econômicos. Também as relações sociais são mais complexas, quanto maior o número de sujeitos e de interesses. Daí a emergência de novas forças, de novos conflitos, que estão para além do que o processo clássico consegue atender, na concepção limitada de seus institutos, ultrapassada pela alta interferência entre os elementos, público e privado, e particular e coletivo, da era moderna. E então, a importância do princípio da efetividade aproximando o processo dos resultados imediatos pretendidos pelo direito substancial

A época de Hans Kelsen, grande teórico da modernidade, a grande questão do Direito era a validade. Na pós-modernidade a grande questão do Direito é a eficácia. É funcionar, é atender. Não basta ter direitos, é preciso que eles sejam efetivamente atendidos. As pessoas desconhecem grande parcela dos seus direitos, por falta de garantias reais de acesso ao Poder Judiciário. Mas é preciso lembrar que “as normas constitucionais são dotadas de força normativa

e aptas a produzir efeitos concretos independentemente de regramento ulterior” (PASSOS, 2006, p. 66).

Aliás a evolução das ciências sociais, bem como os fenômenos e as transformações ocorridas na própria estrutura orgânica da sociedade, tem mostrado ser falsa a utilização do método exclusivamente jurídico para uma apreciação completa dos fenômenos políticos. Daí a necessária compreensão da realidade total, social e política, em que se processa o fenômeno jurídico para a conseqüente atualização de seus institutos, conceitos e regramentos, de forma a manter a utilidade, para inclusão social, dos institutos jurídicos num novo ambiente político.

Canotilho (1999, p. 11) define o Estado de Direito como a “forma de organização político-estatal cuja atividade é determinada e limitada pelo direito”. Pois bem, o Estado de Direito associado à teoria da Tripartição dos Poderes e pela teoria do Estado do Bem Estar Social revelou-se insuficiente para promover uma democracia de raiz, que possibilitasse superar-se a exclusão das massas da qualidade de vida e do acesso à cultura. Ou seja, não logrou ser o Estado Democrático, movendo-se principalmente sob o leme de Estado de Direito. Razão porque o Estado sofre hoje um desmonte duplo. Um desmonte que, de um lado, vem pela força da violência, do crime organizado, da corrupção, do nepotismo; e, de outro, um desmonte positivo do Estado, que é a sensação de que a sociedade civil está retomando as rédeas da regência de si mesma.

## **7 O Estado Democrático de Direito e os direitos da sociedade**

A mais alta expressão da democracia liberal foi o seu conceito de Estado Democrático de Direito, definido por Canotilho (2003, p. 93) como aquele que “procura estabelecer uma conexão interna entre democracia e Estado de Direito”.

Seria, então o Estado constituído na forma da lei, elaborada pelo parlamento, para agir sempre de conformidade com ela. Essa concepção jurídica do Estado culminou com a formulação, por George Jellinek (*apud* Ráo, 1999, p. 907) de um novo paradigma, o do “direito subjetivo público”, que representa a máxima independência do indivíduo perante a Administração Pública, em relação à qual passa a contrapor livre e garantidamente seus interesses e pretensões. “A validade ou positividade de um direito precisa ser garantida de algum modo, ou seja, preciso é que existam poderes cuja constituição e ação autorizem as pessoas a esperar que as normas jurídicas se possam transformar de exigências abstratas dirigidas à vontade humana, em ações concretas” (*apud* Ráo, 1999, p. 907). Trata-se de uma conquista definitiva da cidadania, configurando uma “invariante axiológica”, na expressão de Miguel Reale (1996, p. 95).



Por força da alta ingerência do poder econômico sobre o Poder Político, o Estado vai tomando posição interveniente cada vez maior no comando da sociedade nacional. De outra parte, na esfera internacional, vai aceitando a progressiva interferência da Comunidade das Nações, num mundo que se torna cada vez mais próximo e, portanto, solidário, mas sempre marcado por uma relação comercial baseada na presença das grandes empresas transnacionais.

É certo, também, que, na esfera nacional, tal peso e força do Estado moderno encontre, dia-a-dia, maior reação, já que o indivíduo, sem prejuízo dos valores sociais que se lhe impõem, não perde a convicção da sua própria personalidade e dos direitos que a preservam e realizam. Todo este processo supera o conceito de atuação processual voltada exclusivamente, para a legitimação passiva do ente público, porque vai gerando ora relações, ora conflitos entre os interesses dos grandes grupos econômicos e os direitos e interesses das categorias de pessoas.

Esses direitos são, essencialmente, os das liberdade substanciais e instrumentais dos cidadãos, sem cujo respeito e salvaguarda o bem comum deixaria de ter sentido, pois que, sendo um bem de todos, não pode deixar de ser o bem de cada um, no compromisso do Estado entre a tutela de uma esfera de expressão pessoal e a correspondência a imperativos de pendor social. Por isso, “a jurisdição deve passar a ser vista por outro prisma, apresentando novas nuances que trazem o conteúdo político-econômico que tanto influencia o direito, buscando uma visão realista ou crítica deste mesmo direito, no sentido de trazer à baila a concretude necessária para a efetivação do direito material” (PAULA, 2000, p. 32).

Na experiência jurídica brasileira, os instrumentos da modernidade jurídica estão em franca decadência e sofrem uma crise de eficácia, o que prejudica a aplicação do próprio Direito, criando déficits de justiça para a sociedade. A idéia geral é que só o Estado é o gerenciador último de todas as necessidades e utilidades sociais. Mas a tripartição dos poderes na fórmula de Montesquieu é estanque e já não basta. Igualmente assim, a representatividade da democracia padece de deficiências e o Estado do bem-estar social, um Estado que tudo provê, tudo observa, que adivinha mesmo as necessidades da população, não consegue sequer dar conta de suas próprias estruturas. “Enquanto o Estado Liberal procurava eliminar os projetos e valores divergentes pela imposição dos projetos e valores da maioria e o Estado Social procurava impor um projeto alternativo e arbitrário à dominação, o Estado Democrático de Direito precisa reconhecer a todos os projetos de vida, inclusive os minoritários, como igualmente valiosos para a formação da auto-identidade da sociedade” (BITTAR; SOARES, 2004, p. 232).

Neste contexto, é de se resgatar o conceito de direito subjetivo público onde se localiza a tutela de segurança, como garantia contra a violação do direito substancial e como dever do Estado para com o indivíduo. Ora, o mandado de segurança é espécie do gênero tutela de segurança. Esta tutela de segurança está presente no artigo 798 do Código de Processo Civil, podendo ali ser de caráter, não só cautelar, mas também satisfativa. Exatamente aqui, a teoria crítica do direito pretende entregar sua contribuição, na revisão da teoria do mandado de segurança, bem como na revisão dos postulados da ciência processual, a começar pelo conceito de processo que, para Jônatas Luiz Moreira de Paula (1999, p. 104) é uma “relação jurídico-social, envolvendo pessoas de diferentes classes sociais e origens, cuja função é promover a circulação e distribuição de rendas e bens de consumo”.

### **8. A reação da sociedade civil**

As pessoas perceberam que não podem mais esperar do Estado a tutela para o acesso a direitos fundamentais e, por meio do terceiro setor, passaram a dedicar-se a atividades que têm finalidade pública, interesse coletivo, desenvolvidas com o próprio esforço. Não ficam mais aguardando pura e simplesmente a proteção do Estado.

Esse é um movimento de resposta positiva que a sociedade está dando. Mas há também a resposta negativa, como o crime organizado, a violência, a desordem social, a rebeldia. Cada vez mais as pessoas percebem que pagam uma quantia enorme de tributos e recebem muito pouco em troca. Neste estado de coisas o Direito deve estar em sintonia com esta reação da sociedade civil porque “a ciência do direito deve veicular um discurso aberto, centrado na realidade, na certeza de que o direito deve ser instrumento de realização da justiça social. não pode o jurista ser insensível ao clamor de seu povo e surdo às lições da história” (AZEVEDO, 1999, p. 74).

A organização das minorias é outro movimento típico de reação da sociedade. Trata-se das pressões que a sociedade passa a demonstrar. Se a modernidade cria uma igualdade abstrata, indiferente, o que as pessoas passam a exigir é uma mudança que venha a satisfazer as necessidades específicas de cada grupo. Já não basta pensar em direitos universais, o que se quer agora são direitos de grupos. Cada vez mais se define a tendência a uma particularização dos direitos universais, e todos eles são desdobramentos naturais da idéia de direitos humanos. No embate entre os particulares, via de regra o mais poderoso economicamente subjuga o hipossuficiente e este necessita de mecanismos processuais ágeis e eficazes para fazer valer o seu direito fundamental, constitucionalmente assegurado.

O Estado trata tão igualmente a todos, que não vai olhar como as pessoas se desiguam na prática. E aí é que surge o problema. Os mecanismos que estão sendo criados para a afirmação de violação de direitos no passado são uma clara resposta da pressão das minorias sobre a indiferença da igualdade neoliberal. Dessa forma, surge a necessidade de se criarem mecanismos de compensação, como por exemplo o programa de cotas para os negros na universidade e outros programas governamentais de socorro aos necessitados, que a filosofia política identifica como políticas de ações afirmativas ou mecanismos de tolerância ativa. “Um direito tolerante não é um direito neutro. O que se exige de um direito tolerante é que possa perceber que a igualdade exigida para a constituição da sociedade e do Estado está longe de ser alcançada, e que, portanto, é sua tarefa levar em conta a diferença constitutiva das sociedades modernas, tratando desigualmente os que são materialmente desiguais” (BITTAR; SOARES, 2004, p. 234).

No modelo neoliberal, os atores do mercado agem livremente. Neste agir livremente, uns dominam os outros, uns têm mais do que os outros e o Estado não é capaz de compensar as diferenças. Daí a necessidade de se criar mecanismos, agora institucionalizados, para compensar a diferença que surge a partir da interação entre os grandes grupos econômicos e os indivíduos. Nesse contexto, a reflexão deve sugerir uma atuação complementar da sociedade civil, do terceiro setor, com fiscalização, responsabilidade social e ética, de modo a que essas necessidades fundamentais e esses valores que têm sua tutela jurídica na Constituição Federal possam ser implementados na prática. Por isso “a moderna ciência processual deve orientar-se pelo instrumentalismo substancial, revendo os institutos, ou criando novos, sempre com a preocupação de fazer com que o processo tenha plena e total aderência à realidade sócio-jurídica a que se destina, cumprindo sua primordial vocação que é a de servir de instrumento à efetiva realização de direitos” (WATANABE, *apud* BEDAQUE, 1995, p. 129/130).

## **9 A globalização e o novo contexto mundial**

O Brasil, quando começa a retomar a marcha da democracia, quando começa a empreender a construção de um Estado Democrático de Direito, a partir da Constituição de 1988, é colhido por um processo de globalização. O seu ponto positivo é a difusão de conhecimentos pelo mundo inteiro, culminando com o que Miguel Reale (1999, p. 74) chama de “mundialização dos meios e processos técnicos capazes de assegurar melhores condições de vida a todos os povos da terra”.

Mas, por outro lado, a globalização acentua a crise do Estado-nação e da política, na hora em que a segunda revolução industrial, a mundialização da

economia e as mudanças tecnológicas subvertem tudo, e onde se multiplica, em razão de fusões, o número de empresas gigantes, cujo peso suplanta às vezes o peso dos Estados, o que leva Miguel Reale (1999, p. 75) a falar na “perda das identidades nacionais” .

As desigualdades tornaram-se a característica estrutural do nosso tempo. Os dirigentes das maiores empresas do mundo, assim como os dos grandes grupos financeiros e de telecomunicações detêm a realidade do poder e, por força dos seus poderosos lobbies, definem com todo o seu peso as decisões políticas. Em sua vantagem, confiscam a democracia. “A globalização e o neoliberalismo indicam a existência de uma forma de convivência que não respeita a diferença” (BITTAR; SOARES, 2044, p. 233).

Mais necessários que nunca, os contra-poderes tradicionais (partidos políticos, sindicatos, imprensa livre) agem menos. E os cidadãos perguntam-se quais as iniciativas audaciosas que restabelecerão, para o novo século, o contrato social contra o contrato privado. Neste contexto, Miguel Reale (1999, p. 51) fala em “social-liberalismo”, uma espécie de síntese do liberalismo com a social-democracia, em que o Estado desempenha o papel de “agente normativo e regulador da atividade econômica”, nos termos do Art. 174 da Constituição Federal.

## **10 O mandado de segurança contra ato de particular**

De posse da realidade acerca da globalização e de seus reflexos na vida nacional, deitando influências na elaboração do direito, na efetividade do processo e na distribuição da Justiça, é de se recordar o conceito de Estado Democrático de Direito, agora na lição de José Afonso da Silva, para quem o Estado Democrático de Direito “consiste na criação de um conceito novo, que leva em conta Estado de Direito e Democracia, mas os supera na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do “status quo” em que o elemento “democrático” qualifica o Estado, o que irradia os valores da democracia sobre todos os elementos constitutivos do Estado e, pois, também sobre a ordem jurídica” (Curso de direito constitucional positivo, 2001, p. 123).

Neste sentido, a idéia do mandado de segurança contra ato de particular é uma decorrência desse componente revolucionário de transformação do “status quo” e se situa naquela esfera de reação da sociedade civil na defesa dos direitos fundamentais e contra aquele que na atualidade tornou-se o “inimigo público”, o poder econômico. “Os direitos do homem precisam ser protegidos do poder econômico. E o mandado de segurança concretiza o instrumento constitucional hábil para amparar esses direitos” (MARINONI, 1994, p. 69).

O direito à prestação jurisdicional decorre do artigo 5º, inciso XXXV,

da Constituição Federal. A tutela do direito material específico decorre de uma situação juridicamente protegida. Não existe direito que não esteja abrangido pelas disposições constitucionais do artigo 1º, inciso III, “a dignidade da pessoa humana”, do artigo 3º, inciso I, “construir uma sociedade livre, justa e solidária”, do artigo 4º, inciso II, “prevalência dos direitos humanos” e dos direitos e garantias fundamentais do artigo 5º, cuja principiologia impregna todo o texto constitucional.

A real proteção jurisdicional pressupõe três coisas: a norma de direito material; a norma de direito processual ou procedimental, voltada à proteção do direito; e a norma concreta elaborada pelo juiz. O juiz é obrigado a trabalhar com uma técnica processual adequada ao caso concreto, ainda que ela não esteja prevista na lei. Então pode criar o procedimento. Assim no conhecimento como na execução, “O princípio que agora vige é o da concentração dos poderes de execução do juiz, não sendo mais possível falar, como acontecia antes da reforma introduzida no Código de Processo Civil no final do ano de 1994, em princípio da tipicidade dos meios de execução” (MARINONI, 2000, p. 125).

O legislador elabora a norma processual aberta e a norma de conceitos jurídicos indeterminados, que possibilitam ao advogado construir a ação conforme as peculiaridades do caso concreto, bem como ao juiz, determinar a modalidade de execução e adequar a sentença às peculiaridades do caso concreto. Tem-se como exemplo os artigos 83 e 84 do Código de Defesa do Consumidor, que se aplicam não só a este Código, mas a todo o regramento dos direitos coletivos e individuais homogêneos. Da mesma forma, os artigos 461 e 461-A do Código de Processo Civil se aplicam a todos os direitos da personalidade e aos direitos difusos e não apenas às obrigações de que tratam. “Na verdade, o legislador, ao desenhar as referidas normas, criou apenas técnicas processuais voltadas a permitir a efetividade de determinadas tutelas, que decorrem naturalmente do direito material” (MARINONI, 2000, p. 71).

O direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva é o direito à prestação jurisdicional no sentido genérico. Direito de ação é aquele capaz de promover a efetiva e adequada tutela do direito material no caso concreto. Não basta a proteção legal ao direito, mas é necessário o direito às prestações normativas processuais aplicadas à tutela do direito. Não basta o direito de ação, é necessária uma norma procedimental propícia à realização do direito. O direito de ação já não é completamente abstrato em relação ao direito material. Já não é completamente autônomo. Com o excesso de autonomia, a teoria clássica desvinculou o direito de ação do direito material. A doutrina moderna se esforça pela integração entre o direito processual e o direito material. “O direito de acesso à justiça, que na verdade garante a realização concreta de todos os demais direitos, exige que sejam

preordenados procedimentos destinados a conferir ao jurisdicionado o direito à tutela adequada, tempestiva e efetiva. Nesse sentido, por direito de acesso à justiça entende-se o direito à preordenação de procedimentos realmente capazes de prestar tutela adequada, tempestiva e efetiva” (MARINONI; ARENHART, 2006, p. 65).

Daí a importância do estudo da tutela de segurança no plano do direito substancial. O processo civil clássico revelou-se inadequado para a construção da tutela de segurança porque sempre teve uma preocupação maior com as técnicas processuais de tutela como meios para a obtenção de resultados do que com os próprios resultados a serem obtidos no plano do direito substancial mediante o mandado de segurança. Isso alimentou a cultura do mandado de segurança como ação especial, obstruindo o desenvolvimento da teoria da tutela de segurança genérica.

O que se pretende hodiernamente, é libertar o mandado de segurança dos pressupostos teóricos do processo civil clássico e da natureza de ação especial para propiciar-lhe o acompanhamento da evolução da tutela de segurança. Para tanto é necessário o rompimento com o paradigma da ordinariedade e a compreensão dos pressupostos de abertura do processo civil ao direito substancial, bem como uma compreensão do princípio da fungibilidade, traduzido na atuação do princípio da plenitude e da flexibilização de tutelas e de instrumentos processuais.

## **Conclusão**

O mandado de segurança contra atos ilegais do Poder Público foi concebido para atuar numa época de liberalismo, em que o Poder Público detinha a exclusividade na administração dos bens de domínio público. O mandado de segurança contra ato de particular deve ser concebido para atuar numa época pós-modernidade, em que o particular exerce interferência, na maioria das vezes, nefasta sobre os bens de domínio público, especialmente os de uso comum, e não se trata de concessões, permissões e terceirização, mas da ação expansiva dos grandes grupos econômicos em confronto com os interesses e direitos coletivos, representados por suas respectivas entidades de defesa.

Se o mandado de segurança foi concebido num ambiente em que se relutava em seguir a doutrina do *habeas corpus*, é o caso de se pensar agora, em construir-se sob novas concepções a doutrina do mandado de segurança, dotando-o de novas técnicas processuais para adequá-lo à realidade dos novos tempos e do processo moderno. Com base nisso, este trabalho cultuou a idéia de que na tutela dos direitos, ao contrário das teorias da ação, o que mais interessa é a questão da efetividade, o que aproxima o direito processual do direito substancial.

As novas técnicas de tutelas introduzidas no ordenamento processual

pelos artigos 461 e 461-A do Código de Processo Civil, bem como o artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor e os seus reflexos sobre os processos de interesse coletivo em geral, propiciam a recepção da doutrina do mandado de segurança por ser ele uma ação de natureza mandamental e espécie do gênero das tutelas de segurança, podendo ser deferido no contexto do artigo 798 do Código de Processo Civil, em caráter cautelar, como também satisfativo.

Também neste momento em que o processo civil moderno e as novas modificações no Código de Processo Civil já criaram técnicas de defesa dos novos direitos, é o caso de se ampliar o objeto do mandado de segurança para alcançar, não apenas as causas da Administração Pública, mas também aquelas referentes aos direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos.

Defendeu-se aqui também a ampliação da legitimidade do mandado de segurança para alcançar os atos de particular, abolindo-se o prazo para impetração, e dotá-lo de instrumentos adequados para uma dilação probatória reduzida. Assim, construir-lhe um procedimento próprio de tutela de segurança, capaz de romper com o paradigma da ordinariade e das tutelas diferenciadas do processo civil clássico, dotado agora da efetividade, própria do processo civil moderno, com execução semelhante a dos artigos 461 e 461-A do Código de Processo Civil, do artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor, munido da tutela antecipada do artigo 273 do Código de Processo Civil.

Ter-se-á, assim, um eficaz instrumento de garantia, não apenas do direito de liberdade, mas dos direitos das quatro gerações, à luz dos direitos fundamentais, consagrados na Constituição Federal.

## Referências

AZEVEDO, P. F. de. **Direito, justiça social e neoliberalismo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BARBI, C. A. **Do mandado de segurança**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

BEDAQUE, J. R. **Direito e processo**: influência do direito material sobre o processo. São Paulo: Malheiros, 1995.

BITTAR, E. C. B.; SOARES, F. de M. **Temas de filosofia do direito**: velhas questões, novos cenários. Barueri: Manole, 2004.

CANAN, R. Tutela inibitória: mandado de segurança contra ato de particular. **Revista de Ciências Jurídicas e Sociais da Unipar**, Toledo, v. 4, n. 2, p. 85-108, jul./dez. 2001.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

\_\_\_\_\_. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C. **Manual do processo de conhecimento**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

\_\_\_\_\_. **Efetividade do processo e tutela de urgência**. Porto Alegre: Fabris, 1994.

\_\_\_\_\_. **Tutela específica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

\_\_\_\_\_. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MEIRELES, H. L. **Mandado de segurança e ação popular**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

PASSOS, P. C. A efetivação dos direitos fundamentais e a interpretação judicial. **Revista Ciências Jurídicas e Sociais da Unipar**, Toledo, v. 9, n. 1, p. 59-71, jan./jun. 2006.

PAULA, J. L. M. de. **Uma visão crítica da jurisdição civil**. Leme: LED, 1999.

\_\_\_\_\_. **Estudos de direito contemporâneo e cidadania**. Leme: LED, 2000.

RÁO, V. **O direito e a vida dos direitos**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

REALE, M. **Paradigmas da cultura contemporânea**. São Paulo: Saraiva, 1996.

\_\_\_\_\_. **O estado democrático de direito e o conflito das ideologias**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

SILVA, J. A. da. **Curso de direito constitucional positivo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

## INJUNCTION AGAINST THE PRIVATE ACT

**ABSTRACT:** It concerns analyzing the characteristics of injunction as an autonomous civil act, its historic appearance and its important function regarding the defense of the clear and individual right, and afterwards, in the defense of the collective rights in order to verify the possibility of constructing the private person's passive legitimacy. The second topic brings a historic collection concerning the defense of the private person against acts of the public power at the Empire age, then it goes over the *habeas corpus* Brazilian doctrine, and finally the creation of injunction by the 1934 Constitution. The third brings the concept of injunction, legitimacy, and clear right. The fourth brings an approach upon the high interference of the power of both private groups and transnational company regarding the public power and the presence of collective rights and new conflicts originate there. It also mentions the relation of the Democratic State of Right and the society, and their incapacity of fulfill the social urge for justice and quality of life, it also approaches both positive and negative reactions of civil society towards this lack of presence of the State. The fifth deals of globalization, its positive and negative aspects, its reflex upon Brazilian society and politics, with influence over right and process. The sixth, by dealing of the



injunction against the private person's act, speaks of a revolutionary component of the State of Right, and the diversity of the spreading jurisdictional tutelage in the principiology of the constitutional text. The last topic, the conclusion, suggests a revision of all doctrine concerning injunction.

**KEYWORDS:** Economic power. Classic process. Modern process. Fundamental rights. Collective rights. Process effectiveness. Jurisdictional recovery.

Artigo recebido para publicação: 17/09/2006  
Received for publication on September 17 2006

Artigo aceito para publicação: 18/10/2006  
Accepted for publication on October 18 2006