

## O AMPARO E O MANDADO DE SEGURANÇA NO CONTEXTO LATINO-AMERICANO

Paulo Roberto de GOUVÊA MEDINA

SUMÁRIO: I. *O tema na perspectiva do direito comparado: a proteção judicial dos direitos do homem.* II. *O juízo de amparo mexicano.* III. *O amparo e ações análogas em alguns países hispano-americanos.* IV. *O mandado de segurança brasileiro.* V. *Convergências e discrepâncias.*

### I. O TEMA NA PERSPECTIVA DO DIREITO COMPARADO: A PROTEÇÃO JUDICIAL DOS DIREITOS DO HOMEM

O tema que nos propomos abordar, visto sob o prisma da extensa bibliografia em torno dele existente, bem comportaria o chiste do maior escritor brasileiro: *é novo como o sol, que também é velho.*<sup>1</sup> Mas, tal como o brilho do sol, sua importância é incontestável. De um lado, porque focaliza dois instrumentos processuais que transcendem os lindes do ordenamento jurídico nacional, alçando-se ao plano da proteção internacional dos direitos do homem. Sob um segundo aspecto, porque tais instrumentos correspondem, nas suas origens, às criações mais genuínas do direito de dois países do continente americano o México e o Brasil. E —*last, but not least*— porque o estudo que, assim, se desenvolverá insere-se em vo-

\* Professor aposentado e ex diretor da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora; professor dos cursos de pós-graduação em direito processual civil do Centro de Extensão Universitária (CEU), São Paulo e do Centro Universitário de João Pessoa (UNIPÊ); conselheiro federal da Ordem dos Advogados do Brasil, pelo Estado de Minas Gerais.

<sup>1</sup> Machado de Assis, “Memorial de aires”, *Obra completa*, Rio de Janeiro, Nova Aguilar, vol. I, 1985, p. 1187.

lume destinado a homenagear o eminente prof. Héctor Fix-Zamudio, que, no dizer autorizado de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, é o “más brillante amparista mexicano”.<sup>2</sup>

Lembra Néstor P. Sagüés que uma “calificada doctrina habla ya de un «amparo internacional» emergente del artículo 25 del Pacto de San José de Costa Rica”,<sup>3</sup> que se acha assim concebido:

Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando la violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.<sup>4</sup>

Como veremos, ao longo desta exposição, o amparo, de origem mexicana, e o mandado de segurança brasileiro, se amoldam, *quantum satis*, ao preceito transcrito. E, ainda que inexistentes semelhantes ações, a norma do Pacto de São José da Costa Rica, por si só, serviria de fanal para conduzir os tribunais à solução por ela preconizada, mediante criação pretoriana que desse às garantias fundamentais prescritas nas Constituições meios de realizarem-se efetivamente. Aliás, na Argentina, antes que a Lei núm. 16.896, de 18 de outubro de 1966, regulasse o amparo, no plano federal, a Corte Suprema, ao julgar o famoso caso Siri,<sup>5</sup> partiu do princípio de que “las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar consagradas por la Constitución e independientemente de las leyes reglamentarias”.<sup>6</sup> Em face da citada dispo-

<sup>2</sup> Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, “El mandato de seguridad brasileño, visto por un extranjero, *Estudios de teoría general e historia del proceso*, Mexico, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1974, t. II, p. 638.

<sup>3</sup> “Dimensiones normativa y sociológica en el amparo contra resoluciones judiciales”, Machado Pelloni, Fernando M. (coord.), *Derecho procesal constitucional*, Buenos Aires, Ad hoc, 2003, p. 110. Entre os nomes que defendem essa qualificação, o autor aponta o de Carlos Ayala Corao (*cf.* p. 104).

<sup>4</sup> Convención Americana sobre Derechos Humanos, denominada Pacto de San José de Costa Rica, del 22 de noviembre de 1969, artículo 25, núm. 1. *Cfr.* texto inserido em *Normas Básicas de Derecho Público*, publicação do Centro de Estudios Superiores de Derecho Público, 9ª ed., San José, Costa Rica, 2004, pp. 33-47.

<sup>5</sup> Alusivo ao nome do proprietário do jornal Mercedes, Angel Siri, que impetrou amparo contra o ato de interdição daquele diário.

<sup>6</sup> *Cfr.* Morillo, Augusto M. e Vallefin, Carlos A., *El amparo*, 5a. ed., La Plata, 2004, p. 3. No mesmo sentido da decisão citada, assevera Adolfo A. Rivas: “toda garantía sus-

sição do Pacto de São José da Costa Rica, obviamente, a solução que se adotou no referido caso Siri estaria por demais facilitada.

Vem a propósito recordar a lição de Luis Recaséns Siches quanto ao processo de criação do Direito:

El derecho positivo no es lo que está contenido en la Constitución, las reglas legislativas, los reglamentos, como algo ya preconfigurado, concluso, listo para ser “aplicado”. El proceso de creación o producción del derecho va desde el acto constituyente, a través de la Constitución, de las leyes, de los reglamentos, de los contratos y demás negocios jurídicos, hasta la norma individualizada en la sentencia judicial o en la decisión administrativa, sin solución de continuidad.<sup>7</sup>

Eis a razão por que a regra do Pacto de São José, tomada como princípio interpretativo, será útil tanto à aplicação dos procedimentos correspondentes ao amparo tradicional, quanto ao emprego de remédios análogos, no sentido de torná-los mais ágeis e eficazes na proteção dos direitos fundamentais. À luz da citada regra, ganharão, por certo, dimensão maior institutos como o *recurso de protección* chileno ou a *acción de tutela* da Constituição da Colômbia, assim como o *mandado de segurança* brasileiro, já referido. E tenderão a uniformizar-se, na prática, sob o mesmo espírito que informa aquele preceito matriz, as legislações dos países da América Latina que instituem a *acción de amparo* – ou seja, as da Argentina, Bolívia, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, Venezuela, Uruguai, citadas por Fix-Zamudio em precisa resenha,<sup>8</sup> que complementaríamos acrescentando, hoje, a Constituição do Equador. Sobre algumas dessas legislações teceremos comentários mais detidos no item 3, *infra*. Por ora, à guisa de introdução, desejamos, apenas, pôr em relevo a circunstância de destinarem-se as mencionadas ações ao objetivo comum de atender ao disposto

tancial conlleva la existencia de la respectiva adjetiva —por lo menos genérica— para posibilitar su defensa efectiva. Con respecto a las adjetivas específicas, la ausencia de consagración expresa para ciertos supuestos, no puede significar su inaplicabilidad cuando constituya la mejor manera de defender lo sustancial” (“Hacia un nuevo modelo de amparo”, *Derecho procesal constitucional, cit.*, nota 3, p. 90, núm. 4).

<sup>7</sup> *Introducción al estudio del derecho*, 11a. ed., México, Porrúa, 1996, pp. 253 y 254.

<sup>8</sup> “La justicia constitucional latinoamericana, en Soberanes Fernández, José Luis (comp.), *Tendencias actuales del derecho*, 2a. ed., México, UNAM-Fondo de Cultura Económica, 2001, pp. 282-297.

no artigo 25, núm. 1, do Pacto de São José da Costa Rica, devendo, por isso, ser capazes de assegurar a toda pessoa, um processo simples e rápido que a ampare contra atos suscetíveis de violar seus direitos fundamentais, qualquer que seja o responsável pela violação.

## II. O JUICIO DE AMPARO MEXICANO

Segundo ensina Fix-Zamudio, a fonte normativa original do amparo mexicano foi a Constituição de 1857 (artigos 101 e 102), cujos antecedentes mais próximos estariam na Carta do Estado de Yucatán, de 1841, e no documento intitulado “Acta de Reformas”, referente à Constituição Federal de 1824.<sup>9</sup>

Domingo García Belaunde, pesquisando as fontes históricas do instituto, com o propósito de apontar-lhe os antecedentes cronológicos, reporta-se a um livro de Andrés Lira —El amparo colonial e el juicio de amparo—, cuja tese é a de que, nesse “instrumento, casi de carácter interdital, que contenía la vieja legislación española que se remonta a la época de Las Partidas” —o amparo colonial— estaria o embrião do atual *juicio de amparo*. Indo além, o ilustre professor peruano, alude aos *reales amparos*, que, segundo José Barragán Barragán, provêm dos interditos possessórios de Castilla y Aragón.<sup>10</sup>

A menção a tais antecedentes do amparo mexicano ganha interesse especial no contexto deste trabalho porque também o mandado de segurança brasileiro lança raízes nos interditos possessórios. Foi por meio do uso destes que se tentou, inicialmente, no Brasil obter a tutela adequada para os direitos hoje protegidos pelo mandado de segurança. Ainda que frustrada essa tentativa, dos estudos e debates que ela motivou resultaram trabalhos importantíssimos da lavra de Rui Barbosa —o patrono dos advogados brasileiros—, alguns dos quais foram reunidos em livro sob o título *Posse de Direitos Pessoais*.<sup>11</sup>

<sup>9</sup> Ensaio e *op. cit.*, p. 285.

<sup>10</sup> *Derecho procesal constitucional*, Bogotá, Temis, 2001, pp. 82 y 83.

<sup>11</sup> Barbosa, Rui, *Obras completas*, 1896, vol. XXIII, t. III. Os mesmos trabalhos acham-se publicados no vol. 6 da coleção *Clássicos do direito brasileiro*, sob o título *Posse dos direitos pessoais*, incluindo o volume também o ensaio *Teoria simplificada da posse*, de Rudolf von Ihering, São Paulo, Editora Saraiva, 1986.

Pode-se dizer, portanto, que entre o amparo mexicano e o mandado de segurança brasileiro há uma afinidade de origem. Mais do que isso: foi considerável a influência exercida pelo *juicio de amparo* na concepção do mandado de segurança, até mesmo no nome que se pretendia atribuir-lhe, originariamente, que seria o de *mandado de proteção*.<sup>12</sup>

De resto, o México, na história do amparo, é visto por toda a América Latina, como “el país cuna de esta institución”.<sup>13</sup>

Do ponto de vista do cabimento e da finalidade, distanciam-se, hoje, porém, do *juicio de amparo* mexicano tanto o mandado de segurança, quanto os amparos regulados na legislação dos países hispano-americanos. É que o *juicio de amparo*, por ter maior abrangência, apresenta natureza jurídica bastante complexa, sendo um instituto de muitas faces, enquanto os outros remédios processuais referidos caracterizam-se, em geral, pela sua especificidade.

O amparo, segundo a Constituição Política dos Estados Unidos Mexicanos e a Lei que o regulamenta (Lei de 10.01.1936, c/ o texto de 24.04.2006, que incorpora as alterações nela introduzidas), apresenta as seguintes variantes: a *a)* do *amparo administrativo*, cabível contra atos de autoridade que violem garantias individuais (Constituição, artigo 103, I, c/c Lei Regulamentar, artigo 1o., I), causando dano não reparável mediante algum recurso ou meio de defesa (Constituição, artigo 107, IV); *b)* a do *amparo de inconstitucionalidade*, cabível tanto na hipótese do inciso I do artigo 103 da Constituição, quanto em relação a leis ou atos de autoridade federal que restrinjam a autonomia dos Estados ou a leis ou atos de autoridade estadual que invadam a esfera de autoridade federal (Constituição, artigo 103, II e III, c/c Lei Regulamentar, artigo 1o., II e III); *c)* a do *amparo em matéria agrária*, para a proteção da propriedade, da posse ou do uso das terras, águas e pastagens, por parte de cam-

<sup>12</sup> “O recurso de amparo, oriundo do direito mexicano, exerceu influência mais direta sobre a criação do nosso mandado de segurança. Tanto assim é que o relatório do Ministro Muniz Barreto no Congresso Jurídico de 1922, como também o Projeto Gudesteu Pires, de 11 de agosto de 1926, que pretendeu instituir no Brasil o mandado de proteção, já se referiam à criação de um recurso idêntico ao recurso de amparo, do México, afirmação que também se encontra no parecer da Comissão de Justiça da Câmara de 9 de julho de 1927, que examinou o projeto do mencionado deputado” (Wald, Arnoldo, *Do mandado de segurança na prática judiciária*, 4a. ed., Rio de Janeiro, Editora Forense, 2003, pp. 65 y 66).

<sup>13</sup> Gozáini, Oswaldo A., *El derecho de amparo*, Buenos Aires, Depalma, 1995, p. 8.

pesinos (Constituição, artigo 107, II); *d*) a do *amparo judicial*, contra sentenças definitivas que não comportem recurso ordinário, contra atos de execução de que possam decorrer danos irreparáveis e contra atos processuais que afetem direitos de terceiros estranhos ao processo (Constituição, artigo 107, III); *e*) a do *amparo judicial direto*, que tem o caráter de uma advocatória para a Suprema Corte de Justiça, determinada de ofício ou a pedido, seja de um tribunal inferior, seja do Procurador Geral da República, quando a questão, por seu interesse e transcendência, assim o admita (Constituição, artigo 107, V, D, segunda parte); *f*) a do *amparo judicial de revisão*, cabível na mesma hipótese e segundo a mesma forma de iniciativa da hipótese anterior (Constituição, artigo 107, VIII); *g*) a do *amparo em matéria penal*, que corresponde ao *habeas corpus* de origem anglo-saxônica (Constituição, artigo 107, XII); *h*) a do *amparo em que se deduza pretensão decorrente da ocorrência de um crime, na esfera civil ou criminal* (Lei Regulamentar, artigo 10).

Já se vê que o amparo tanto pode revestir a forma de ação, quanto a de recurso. Nesta última versão, assume, aliás, o caráter de recurso de casação, como já assinalavam, em antigos trabalhos, Héctor Fix-Zamudio<sup>14</sup> e Niceto Alcalá-Zamora y Castillo.<sup>15</sup>

Diversamente, o amparo dos países hispano-americanos e o mandado de segurança têm por finalidade precípua proteger o autor da ação contra ameaças ou lesões aos seus direitos individuais ou, conforme o caso, coletivos. São, pois, *ações especiais de garantia*, não se lhes atribuindo outros fins processuais. Fix-Zamudio observa, a esse respeito: “En la mayoría de los ordenamientos latinoamericanos la acción, recurso ou juicio de amparo está dirigido a la tutela de los derechos fundamentales individuales y sociales establecidos en las cartas constitucionales, con exclusión de la libertad de movimiento, objeto del habeas corpus o exhibición personal”.<sup>16</sup>

<sup>14</sup> *Mandato de seguridad y juicio de amparo*, México, Porrúa, 1964, pp. 305 y 367. Comunicação apresentada ao Congresso Internacional de Direito Processual, realizado em São Paulo, del 10 a 15 de setembro de 1962.

<sup>15</sup> *El mandato de seguridad brasileño visto por un extranjero*, cit., nota 2. Trata-se de *ponencia* sobre o tema Mandado de Segurança, apresentada no mesmo Congresso Internacional mencionado na nota anterior.

<sup>16</sup> *La justicia constitucional latinoamericana*, op. cit., nota 8, p. 286.

### III. O AMPARO E AÇÕES ANÁLOGAS EM ALGUNS PAÍSES HISPANO-AMERICANOS

Na esteira do amparo mexicano, a maioria dos países hispano-americanos adota o amparo como ação destinada à proteção dos direitos fundamentais. Aliás, a própria Espanha incorpora esse instituto ao seu ordenamento jurídico. Dispõe a Constituição espanhola no artigo 53, núm. 2 que qualquer cidadão poderá receber a tutela desses direitos “a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional”.

A Constituição da Costa Rica, de 7 de novembro de 1949, segundo o texto da Reforma Constitucional núm. 7.128, de 18 de agosto de 1989, institui o “recurso de amparo”, que terá por fim “mantener o restabelecer el goce de los otros derechos consagrados” naquela Carta Política, além daqueles que dizem respeito à liberdade e à integridade pessoais, “así como de los de carácter fundamental establecidos en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, aplicables en la República”. A competência para apreciar o recurso de amparo é de uma Sala especializada (em matéria de Direito Público) da Corte Suprema de Justiça.<sup>17</sup> O instituto do amparo é regulado na Lei da Jurisdição Constitucional (Lei núm. 7.135, de 11.10.1989, título III). Não constitui o amparo costarricense (ou, conforme se diz naquele país, costarricense) medida adequada para a impugnação de atos de natureza jurisdicional (*cf.* artigo 30, “b”, da citada Lei). Singularidade que deve ser destacada é a de que, a exemplo do que, em geral, sucede com relação ao habeas corpus, “Cualquier persona podrá interponer el recurso de amparo” (artigo 33 da citada Lei).<sup>18</sup>

Outra disposição relevante da citada Lei da Costa Rica é a do artigo 57, que torna o amparo cabível contra atos de particulares. É do seguinte teor a primeira parte do referido artigo:

<sup>17</sup> Véase artigo 10 da Constituição da Costa Rica.

<sup>18</sup> O autor deste estudo pode dar testemunho da importância do amparo na vida jurídica da Costa Rica, pois, em visita à Sala Constitucional da Corte Suprema daquele país, teve oportunidade de examinar autos de processos relativos à referida ação, verificando que as petições são, às vezes, manuscritas, de acordo com a simplicidade característica do procedimento e que a tramitação desse é, segundo informações obtidas, bastante rápida. Há um importante trabalho de divulgação do instituto junto à cidadania, por meio de cartazes que explicam o cabimento e a tramitação dessa ação especial, de forma a facilitar-lhe o uso, como instrumento protetor dos direitos individuais.

El recurso de amparo también se concederá contra las acciones u omisiones de sujetos de derecho privado, cuando éstos actúen o deban actuar en ejercicio de funciones o potestades públicas, o se encuentren, de derecho o de hecho, en una posición de poder frente a la cual los remedios jurisdiccionales comunes resulten claramente insuficientes o tardíos para garantizar los derechos o libertades fundamentales a que se refiere el artículo 2o., inciso a, de esta Ley.

Rubén Hernández Valle, chamando a atenção para o fato, assinalado por sociólogos e politicólogos, de que, “por encima y por debajo de la soberanía del Estado existen grupos, poderes y relaciones que, en estos momentos, inciden en la libertad individual con una fuerza que no está al alcance de las autoridades públicas”, conclui que “Hoy día es un imperativo jurídico y social que se le reconozca eficacia a los derechos fundamentales frente a los particulares, de manera que deben existir remedios procesales idóneos, como el recurso de amparo, para tutelar y reparar esas eventuales violaciones”. O autor dá como exemplo de amparo cabível contra atos de particulares o caso de “una pequeña empresa que recurre en esta vía contra una poderosa competidora que, con tal de sacarla del mercado, rebaja sus precios por debajo de los costes de producción”. Mas, ressalva que “la jurisprudencia de la Sala ha sido muy restrictiva en la materia, pues ha considerado que el amparo contra sujetos de derecho privado es excepcional”. Num ponto, contudo, a jurisprudência da Sala Constitucional revela-se ampliativa: é no sentido de admitir “que por medio del amparo contra sujetos de derecho privado se protegen los derechos y libertades fundamentales en general, es decir, tanto las que se garantizan en la vía del hábeas corpus como del amparo”, contemplando, assim, “la protección a la libertad personal y de tránsito”.<sup>19</sup>

Na América do Sul, consagram o amparo à proteção dos direitos fundamentais a Argentina, a Bolívia, o Equador, o Paraguai, o Peru, a Venezuela e o Uruguai. O Brasil, o Chile e a Colômbia adotam ações análogas.

A Constituição da Nação Argentina instituiu o amparo por meio da reforma de 1994, que deu novo texto ao seu artigo 43. Operou-se, assim, na verdade, a constitucionalização desse instituto, porquanto ele fora in-

<sup>19</sup> Hernández Valle, Rubén, *Derecho procesal constitucional*, 2a. ed., San José, Editorial Juricentro, 2001, pp. 275-278, *passim*.



roduzido no ordenamento jurídico argentino pela Lei federal núm. 16.986, de 1966 e, anteriormente, já existia na legislação de várias províncias.<sup>20</sup> Acrescente-se, a esse propósito, que, como já foi dito, o amparo, na Argentina, surgiu, no âmbito federal, em decorrência de criação pretoriana da Suprema Corte.

Dispõe o citado artigo 43 da Constituição da Argentina, na sua primeira parte:

Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley.

Consubstancia-se nessa primeira parte do referido artigo o amparo tradicional, que, ressalvadas algumas diferenças (como a do cabimento contra atos de particulares), assemelha-se ao mandado de segurança, enquanto na segunda e na terceira partes do mesmo dispositivo a Constituição argentina trata de formas especiais de amparo, que correspondem, respectivamente, à ação civil pública e ao habeas data do direito brasileiro.

Dois questões ressaltam da disciplina conferida ao amparo pela legislação argentina, merecendo exame mais detido: *a*) a do caráter subsidiário do amparo em relação às ações comuns; *b*) a da subsistência, ou não, em face do citado artigo 43 da Constituição, de restrições ao cabimento do amparo, estabelecidas na Lei núm. 16.986/1966.

Quanto ao primeiro ponto, a interpretação tende a ser ampla —e não rigorosa—, de forma a não frustrar os objetivos do remédio constitucional. Oswaldo Alfredo Gozaíni assim resume a orientação sobre o tema:

no sería la existencia de otra vía la que cerraría indefectiblemente el paso hacia al amparo, sino la ineptitud de ella la que lo habilita; de modo tal que, la aptitud o ineptitud de las vías paralelas como manera de juzgar da viabilidad del amparo, dependerá del caso concreto ante el cual habrá de analizar si situaciones de urgente necesidad en obtener la protección buscada o la inminencia del daño, tornan ilusoria la protección significada por aquellos caminos.<sup>21</sup>

<sup>20</sup> Para visão mais ampla —e completa— do assunto, consulte-se o tratado de Sagüés, Néstor Pedro, *Acción de amparo*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1988.

<sup>21</sup> *Op. cit.*, nota 13, p. 14, núm. 4.2.

As restrições ao cabimento do amparo estabelecidas na Lei que rege esse instituto, excluída a que já resulta do seu caráter subsidiário e a que decorre do prazo para a sua impetração,<sup>22</sup> referem-se aos atos jurisdicionais; às hipóteses que digam respeito à continuidade dos serviços públicos ou o desenvolvimento de atividades essenciais do Estado, que a intervenção judicial não poderá comprometer; às questões que exijam maior amplitude de debate ou de prova ou que envolvam a declaração de inconstitucionalidade de normas jurídicas. Sustenta Adolfo A. Rivas que, Al consagrarse un amparo “expedito”, el artículo 43 de la Constitución Nacional generó una vía protectora sin los condicionamientos del artículo 2o. de la Ley 16.986”.<sup>23</sup> Por seu turno, Néstor P. Sagüés, em face do citado dispositivo constitucional, observa que:

un amparo para cuestionar veredictos judiciales puede ser concebido como un instrumento subsidiario o supletorio, en el sentido de que únicamente debe ser admisible si el interesado no dispone de otros recursos idóneos para tutelar el derecho en juego. E acrescenta: Esto lo reservaría como un medio excepcional o heroico, destinado a operar si el recorrido de las instancias y trámites recursivos existentes ocasiona, atendiendo las peculiaridades del caso concreto, un agravio irreparable.<sup>24</sup>

Portanto, segundo se vê da lição do jurista argentino citado, deixou de ser absoluta a restrição ao cabimento do amparo contra atos de natureza jurisdicional.

A Constituição da Bolívia, de 1995, institui o amparo no seu artigo 19, estendendo-lhe o cabimento aos atos ilegais emanados de particulares. Peculiaridade merecedora de destaque é a de que “El Ministerio Público podrá también interponer de oficio este recurso cuando no lo hiciera o no pudiere hacerlo la persona afectada” (artigo *cit.*, II).

Segundo a Constituição do Equador, de 1996 (artigo 95), será também cabível o amparo “si el acto o la omisión hubieren sido realizados por personas que presten servicios públicos o actúen por delegación o concesión de una autoridad pública”. Todavia, “No serán susceptibles de ac-

<sup>22</sup> O referido prazo é de “quince días hábiles a partir de la fecha en que el acto fue ejecutado o debió producirse” (Lei *cit.*, artigo 2o., “e”).

<sup>23</sup> *Derecho procesal constitucional, cit.*, nota 6, p. 99, núm. 12.

<sup>24</sup> *Ibidem*, p. 107, núm. 4.

ción de amparo las decisiones judiciales adoptadas en un proceso” (artigo *cit.*).

À semelhança das Constituições da Argentina e da Bolívia, o amparo é admitido, amplamente, não só em relação a atos dos Poderes Públicos, mas, por igual, quanto aos que se originem de particulares, pela Constituição do Paraguai, de 1992 (artigo 134). Como no Equador, não é cabível, porém, contra atos jurisdicionais, vedando-se ainda sua impetração no que diz respeito ao “proceso de formación, sanción y promulgación de las leyes” (artigo *cit.*).

Do mesmo modo, a Constituição do Peru, de 1993, declara que o amparo é cabível também em relação a atos praticados por particulares que vulnerarem ou ameacem os direitos nela reconhecidos, não procedendo, entretanto, “contra normas legales ni contra resoluciones judiciales emanadas de procedimiento regular” (artigo 200, núm. 2). Como ressalva Domingo García Belaunde, “pero la jurisprudencia ha interpretado que, en ciertos casos, cuando no se dan las mínimas condiciones del debido proceso legal (*due process of law*) cabe un amparo, mas solo en situaciones excepcionales”.<sup>25</sup>

De acordo com o que estabelece a Constituição da Venezuela, de 1999, “El procedimiento de la acción de amparo constitucional será oral, público, breve, gratuito y no sujeto a formalidad” (artigo 27).

No Uruguai, o amparo foi instituído por lei ordinária, a Lei núm. 16.011, de 7 de dezembro de 1988. A exemplo do amparo argentino, trata-se de uma ação de cabimento subsidiário, isto é, “sólo procederá cuando no existan otros medios judiciales o administrativos que permitan obtener el mismo resultado previsto en el literal B) del artículo 9o.<sup>26</sup> o cuando, si existieren fueren por las circunstancias claramente ineficaces para la protección del derecho” (artigo 2o.). Como em outros países já referidos, o amparo uruguaio cabe contra atos de particulares, tanto quanto em relação aos atos emanados dos Poderes Públicos, destes excluídos, porém, “los actos jurisdiccionales, cualquiera sea sua naturaleza y el órgano del que emanen” (artigo 1o., *caput* e letra A).

<sup>25</sup> *Op. cit.*, p. 122, núm. 4.

<sup>26</sup> Artículo 9o. La sentencia que haga lugar al amparo deberá contener: B) La determinación precisa de lo que deba o no deba hacerse y el plazo por el cual dicha resolución regirá, si es que correspondiere fijario.

O Chile adota instrumento análogo ao amparo, nascido, aliás, sob a inspiração desse. O projeto apresentado ao Congresso Nacional, em 1972, para a criação de medida destinada à tutela de direitos fundamentais, adotava, exatamente, o *nomen iuris amparo*. A Acta Constitucional núm. 3, promulgada pelo Decreto-Lei núm. 1.552, de 1976, atribuiu-lhe, porém, a denominação de *recurso de protección*.<sup>27</sup> Acha-se, hoje, o instituto definido no artigo 20 da Constituição, segundo o qual:

El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías ... (ou) ... en lo relativo a la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación ... podrá ocurrir por si o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes.

Acrescenta o citado artigo, em sua segunda parte, que procederá também o recurso “cuando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sea afectado por un acto arbitrario e ilegal imputable a una autoridad o persona determinada”. Como se vê do dispositivo transcrito (primeira parte) e bem anota José Quezada Melendez, “El afectado por sí, o cualquiera persona a su nombre, puede ocurrir a la Corte de Apelaciones respectiva”,<sup>28</sup> o que indica a atribuição de ius postulandi ao próprio titular do direito para a ação em referência. O procedimento do recurso de protección é disciplinado por normas estabelecidas pela Corte Suprema do Chile, em 29 de março de 1977.

Escrevendo sobre o “Campo de Aplicación del Juicio de Protección”, diz o professor chileno Enrique Paillas:

En nuestro derecho la competencia de la Corte es amplia en el sentido de que el recurso de protección puede interponerse en contra de actos u omisiones arbitrarios de la autoridad o funcionarios que de ella dependen o de algún particular. En este sentido esta acción se asemeja al référé europeo,

<sup>27</sup> Paillas, Enrique, *El recurso de protección ante el derecho comparado*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1990, p. 73, núm. 46.

<sup>28</sup> *Introducción al derecho procesal*, Santiago, Editorial Fallos del Mes, 1983, p. 103.

que también da una competencia amplia, como igualmente se parece al amparo argentino que, si bien por ciertas normas citadas sólo puede atacar actos de funcionarios públicos, por otros preceptos puede dirigirse en contra de actos de personas privadas.

Pero se aparta del amparo mexicano y del mandado de segurança, que proceden únicamente cuando hay un acto arbitrario de autoridad o funcionario público.

El tribunal de protección es competente aun cuando exista un árbitro designado para conocer del asunto.<sup>29</sup>

Adverte Enrique Paillas para um dos pressupostos do recurso de protección, que é o da urgência da medida judicial postulada: “No basta que existan actos u omisiones arbitrarios o ilegales... Es preciso también que haya urgencia, porque, de otro modo, no habría razón para seguir un procedimiento tan breve y privar al demandado de medios de defensa que pudiera hacer valer en un juicio de lato conocimiento.”<sup>30</sup>

No que se refere, ainda, ao cabimento, observa o autor citado: “Hay ciertamente en la jurisprudencia una tendencia favorable de ampliar el alcance de la norma y dar protección a todos los derechos sin exclusión ninguna, siempre que esta vía procesal sea utilizable según los factores de competencia”.<sup>31</sup> O recurso de protección não é meio hábil, entretanto, para impugnar decisões judiciais.

Na Colômbia, a via processual correspondente ao amparo é a *acción de tutela*. A Constituição daquele país (de 1991) a institui no artigo 86, cuja primeira parte é do seguinte teor:

Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

Tem a ação de tutela caráter subsidiário, como os amparos argentino e uruguaio, porquanto, segundo acrescenta o citado artigo em sua terceira

<sup>29</sup> *Op. cit.*, p. 80, núm. 50.

<sup>30</sup> *Op. cit.*, p. 85, núm. 53.

<sup>31</sup> *Op. cit.*, p. 88, núm. 54.

parte, “sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable” Em relação a atos de particulares, a ação cabe nos casos estabelecidos em lei, se aqueles estiverem “encargados de la prestación de un servicio público” ou, ainda, quando a sua “conducta afecte grave y directamente el interés coletivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión” (art. cit., parte final).

Da regulamentação desse instrumento especial de proteção dos direitos fundamentais cuidam os Decretos núms. 2.591, de 1991 e 306, de 1992. O primeiro enuncia os casos em que procede a ação de tutela contra particulares, no artigo 42. Entre esses, prevê-se o cabimento da ação contra os que estejam encarregados, por delegação, da prestação de qualquer serviço público ou que atuem no exercício de funções públicas; contra os que violem ou ameacem violar a proibição de escravatura, servidão ou tráfico de mulheres; contra a entidade privada em relação à qual se tenha frustrado o pedido de habeas data; contra órgãos que atuem como meios de comunicação, com o fim de retificar informações inexatas ou errôneas.<sup>32</sup>

As sentenças e decisões judiciais, segundo jurisprudência da Corte Constitucional da Colômbia, seriam passíveis de impugnação por meio da ação de tutela, apenas em caráter excepcional, ou quando “de manera manifiesta y arbitraria violasen derechos fundamentales y lo hiciesen de manera tan grossera que, salvo la forma judicial, en lo demás constituyesen una verdadera via de hecho” É o que observa o Ministro Eduardo Cifuentes Muñoz, em trabalho sobre o tema, já citado em nota de rodapé.<sup>33</sup>

Sem prejuízo do direito que assiste aos interessados, a Constituição confere legitimação ativa para a ação de tutela ao Defensor do Povo (artigo 282, 3).

Caracteriza-se o procedimento da ação de tutela pela simplicidade da forma. Segundo o autor antes citado, “La presentación escrita de la demanda no precisa de ninguna formalidad; la verbal, se autoriza cuando el

<sup>32</sup> Veja-se o rol desses casos no sumário que faz o eminente ministro da Corte Constitucional da Colômbia, Cifuentes Muñoz, Eduardo, “La acción de tutela en Colombia, *Ius et Praxis*, Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Talca, núm. 1, pp. 165-174, 68-169.

<sup>33</sup> *Ibidem*, p. 167.

solicitante no sepa escribir, sea menor de edad o en caso de urgencia”.<sup>34</sup> Além disso, “La acción de tutela puede ser interpuesta directamente por la persona afectada, sin necesidad de que un abogado asuma la personería del agraviado”.<sup>35</sup>

#### IV. O MANDADO DE SEGURANÇA BRASILEIRO

O mandado de segurança foi instituído, no Brasil, pela segunda Constituição republicana, a Constituição de 1934 (artigo 113, § 33). Sob a vigência da Constituição anterior, de 1891, já se esboçara na jurisprudência o desenvolvimento de medidas análogas, visando a atribuir proteção aos direitos individuais violados por atos do Poder Público. Como, antes, observamos, a primeira solução forjada com esse objetivo verificou-se por meio dos interditos possessórios. Frustrada essa tentativa, ante o entendimento de que os interditos não seriam instrumentos adequados à posse de direitos pessoais, procurou-se alcançar o mesmo resultado mediante o emprego extensivo do habeas corpus, que a Constituição então em vigor não adstringia à tutela da liberdade de locomoção.<sup>36</sup> A tese, sustentada por Rui Barbosa, especialmente, perante o Supremo Tribunal Federal, acabou vitoriosa, com os temperamentos que lhe atribuiu, naquela Corte, o Ministro Pedro Lessa. Segundo os votos por este proferidos na matéria, o habeas corpus, sendo um “remédio aplicado somente às pessoas e nunca às coisas”, seria admissível, extensivamente, à proteção de outros direitos, além do concernente à liberdade de locomoção, se, “para prevenir, ou remover a coação, que se traduz não em prisão ou detenção, mas na impossibilidade de exercer um direito qualquer, de praticar um ato legal”, fosse necessário invocar o direito de locomoção e o juiz verificasse “que o direito que o paciente quer exercer é incontestável, líquido, não é objeto de controvérsia, não está sujeito a um litígio”.<sup>37</sup> Era essa a tese do *direito-escopo*, que contribuiu, significativamente, para a for-

<sup>34</sup> *Ibidem*, pp. 171 y 172.

<sup>35</sup> *Ibidem*, p. 171.

<sup>36</sup> Constituição de 1891, artigo 72, § 22.

<sup>37</sup> *Do Poder Judiciário*, Rio de Janeiro, Livraria Francisco Alves, 1915, pp. 286, 288 e 289, *passim*.

mação da chamada *doutrina brasileira do habeas corpus*.<sup>38</sup> Teve a referida doutrina aplicação até a Emenda Constitucional de 1926, que, expressamente, restringiu o cabimento do habeas corpus às hipóteses relacionadas com a liberdade de locomoção.

O mandado de segurança está, hoje, definido no texto da Constituição de 1988, como uma das garantias fundamentais, achando-se contemplado nos incisos LIX e LXX do artigo 5o. O primeiro inciso contém a definição, propriamente, do instituto: “conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público”.

O segundo inciso trata do *mandado de segurança coletivo*, conferindo legitimação ativa para a sua impetração a “partido político com representação no Congresso Nacional” (alínea “a”), bem como a “organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados” (alínea “b”).

A Lei núm. 1.533, de 31 de dezembro de 1951, estabelece normas processuais relativas ao mandado de segurança. Disposições complementares a essa Lei foram adotadas por Leis subseqüentes.<sup>39</sup>

O objeto do mandado de segurança consiste, simplesmente, na expedição de uma ordem judicial que proteja o impetrante contra a efetivação da ameaça que paira sobre o seu direito (hipótese de mandado de segurança preventivo) ou afaste a coação já consumada, de forma que, resti-

<sup>38</sup> Sobre o tema e para uma visão geral do mandado de segurança, véase nosso *Direito processual constitucional*, 3a. ed., 2a. tiragem, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2006, pp. 155-184.

<sup>39</sup> Devem ser referidas as seguintes Leis: Lei núm. 2.770, de 4 de maio de 1956 (“Suprime a concessão de medidas liminares nas ações e procedimentos judiciais de qualquer natureza que visem à liberação de bens, mercadorias ou coisas de procedência estrangeira e dá outras providências”); Lei núm. 4.348, de 26 de junho de 1964 (“Estabelece normas processuais relativas ao mandado de segurança”, no que concerne ao deferimento de liminares, especialmente, vedando-o quando o mandado de segurança tiver em vista a reclassificação ou equiparação de servidores públicos ou a concessão de aumento ou extensão de vantagens); Lei núm. 5.021, de 9 de junho de 1966 (“Dispõe sobre o pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias asseguradas em sentença concessiva de mandado de segurança, a servidor público civil”, de forma a assegurá-lo desde logo quanto às prestações que se vencerem a contar da data do ajuizamento da petição inicial).



tuídas as coisas *in statu quo ante*, o impetrante possa continuar usufruindo o seu direito, exercendo a sua função, desfrutando de sua prerrogativa ou desempenhando sua atividade, livre do constrangimento que o cerceava ou isento da exigência ilegal que sobre ele pesava (hipótese de mandado de segurança corretivo). Não tem o mandado de segurança por finalidade a reparação de danos ou a concessão de vantagens pecuniárias, relativamente a período pretérito.

Trata-se, portanto, de uma ação especial. Assim como o seu objeto é simples e direto, o pressuposto de sua impetração também se mostra bastante singelo. Nem todo direito poderá ser protegido por meio de mandado de segurança. Somente o *direito líquido e certo* o será. A expressão correspondente a esse pressuposto básico do mandado de segurança não prima pela exatidão técnica, mas já está consagrada, existindo a seu respeito conceito doutrinário preciso. Como *direito líquido e certo* se entende aquele que resulta de uma relação jurídica de direito público em que o fato gerador do direito subjetivo é, em si mesmo, certo e incontroverso. Dessa forma, o fato há de ser suscetível de comprovação mediante prova exclusivamente documental. Esta deverá instruir a petição inicial, não se abrindo, no curso do procedimento, oportunidade para a produção de outros tipos de prova. O que caracteriza o procedimento do mandado de segurança é, exatamente, a circunstância de nele não existir a chamada *dilação probatória*, isto é, um momento processual em que se colham provas de qualquer natureza, inclusive provas orais. Se, porventura, o fato, pelas suas características, exigir a produção de provas orais ou a realização de perícias e diligências, então não será o caso de mandado de segurança. Verificando o juiz, desde logo, ao despachar a petição inicial, que essa é a situação do caso concreto, cumpre-lhe, nos termos do artigo 80., *caput*, da Lei núm. 1.533/1951, indeferi-la, liminarmente.

Como já se viu, destina-se o mandado de segurança à proteção, apenas, de *direitos públicos subjetivos*, ou seja, de direitos que devam ser invocados em face do Estado ou de quem exerça funções delegadas do Poder Público. O particular, quer se trate de pessoa física, quer se trate de pessoa jurídica, salvo quando estiver na condição referida, não poderá ser sujeito passivo na ação de mandado de segurança. Podem ser impugnados, por meio do mandado de segurança, os atos do diretor de uma instituição de ensino superior privada, porque o ensino é facultado, em regime de delegação, a particulares, pelo Estado, ao qual incumbe, em

primeiro plano, prestá-lo. Mas é incabível a impetração de mandado de segurança contra empresa particular, que atue no campo da iniciativa estritamente privada, qualquer que seja o seu fundamento.

Com relação aos atos dos poderes públicos, seja qual for o órgão de que emanem, serão suscetíveis de impugnação por via do mandado de segurança. Nem mesmo os atos de caráter jurisdicional, consistentes em decisões do Poder Judiciário, se eximem totalmente do controle peculiar a essa ação. É certo que a Lei núm. 1.533/1951 exclui do cabimento do mandado de segurança *despacho ou decisão judicial*, “quando haja recurso previsto nas leis processuais ou possa ser modificado por via de correição” (artigo 5o., II). Mas, em caráter excepcional, notadamente nos casos de extrema urgência, em face de decisões que não comportem recurso com efeito suspensivo ou com relação às quais o recurso cabível não seja recebido com esse efeito, não se poderá negar a admissão do mandado de segurança.

O mandado de segurança, como ação especial, está sujeito a prazo para a sua impetração, prazo esse que é de 120 (cento e vinte dias), contado “da ciência, pelo interessado, do ato impugnado” (Lei núm. 1.533/1951, artigo 18). Decorrido esse prazo, sem que o interessado utilize a via do mandado de segurança, somente por meio das ações ordinárias poderá pleitear a proteção do seu direito.

O procedimento do mandado de segurança é também singelo, embora sujeito a determinadas formalidades processuais e não dispensando a exigência de representação do impetrante por advogado —salvo se ele próprio o for, atendendo, assim, ao requisito do *ius postulando*—. Trata-se de procedimento escrito e de natureza sumaríssima. Impetrado o mandado de segurança, a autoridade responsável pela prática do ato impugnado —a *autoridade coatora*— será notificada para prestar informações, no prazo de dez dias —o que deverá fazer pessoalmente, por meio de ofício, podendo este ser acompanhado de razões jurídicas subscritas por advogado. Em seguida, abre-se vista dos autos ao representante do Ministério Público, para emitir parecer, no prazo de cinco dias, indo, depois, os autos conclusos ao juiz para proferir a sentença, em igual prazo. Na prática, as manifestações do representante do *parquet* e do juiz costumam extrapolar esses prazos, a despeito da regra que atribui ao processo do mandado de segurança prioridade sobre todos os demais, exceção feita ao habeas corpus (Lei núm. 1.533/1951, artigo 17, *caput*).

A bibliografia existente em torno do mandado de segurança é das mais ricas da literatura processual brasileira.<sup>40</sup>

## V. CONVERGÊNCIAS E DISCREPÂNCIAS

O que se expôs nos itens precedentes há de ter revelado que, entre as ações destinadas à tutela de direitos fundamentais ali referidas, existem pontos de convergência e outros de acentuada discrepância. Na essência, todos esses instrumentos processuais correspondem à diretriz traçada pelo artigo 25 do Pacto de São José da Costa Rica ou a ela se amoldam, satisfatoriamente. Com efeito.

a) Tanto o juízo de amparo mexicano (na versão do *amparo administrativo*), quanto os amparos dos países da América Central e da América do Sul e as ações análogas adotadas no Brasil, no Chile e na Colômbia, são ações especiais, de procedimentos simples e rápidos, capazes de proteger qualquer pessoa contra atos que violem

<sup>40</sup> Devem ser referidas, especialmente, as seguintes obras: Castro Nunes, *Do mandado de segurança*, 9a. ed., atualizada por José de Aguiar Dias, Rio de Janeiro, Forense, 1987; Agrícola Barbi, Celso, *Do mandado de segurança*, 7a. ed., Rio, Forense, 1993; Lopes Meirelles, Hely, *Mandado de segurança* (e outras ações constitucionais), 29a. ed., atualizada por Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes, São Paulo, Malheiros Editores, 2006; Wald, Arnaldo, *Do mandado de segurança na prática judiciária*, 4a. ed., Rio, Forense, 2003; Buzaid, Alfredo, *Do mandado de segurança*, vol. I, São Paulo, Saraiva, 1989; Buzaid, Alfredo, *Considerações sobre o mandado de segurança coletivo*, São Paulo, Saraiva, 1992; Flaks, Milton, *Mandado de segurança—pressupostos da impetração*, Rio, Forense, 1980; Ferraz, Sérgio, *Mandado de segurança*, São Paulo, Malheiros, 2006; Menezes Direito, Carlos Alberto, *Manual do mandado de segurança*, 4a. ed., Rio, Renovar, 2003; Valle Figueiredo, Lúcia, *Mandado de segurança*, 4a. ed., São Paulo, Malheiros, 2002; Scarpinella Bueno, Cassio, *Mandado de segurança*, São Paulo, Saraiva, 2002; Fagundes, Seabra, *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*, 7a. ed., atualizada por Gustavo Binenbojm, Rio, Forense, 2005; Othon Sidou, J. M., *As garantias ativas dos direitos coletivos*, 5a. ed., Rio, Forense, 1998; José da Silva Pacheco, *O mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas*, 3a. ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1998; Brito Machado, Hugo de, *Mandado de segurança em matéria tributária*, 6a. ed., São Paulo, Dialética, 2006; Cretella Júnior, José, *Comentários à Lei do Mandado de Segurança*, 9a. ed., Rio, Forense, 1998; Oliveira, Francisco Antonio de, *Mandado de segurança e controle jurisdicional*, 3a. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001; Plínio Gonçalves, Aroldo (coord.), *Mandado de Segurança*, Del Rey, Belo Horizonte, 1996; Figueiredo Teixeira, Sálvio de (coord.), *Mandados de segurança e de injunção*, São Paulo, Saraiva, 1990.

seus direitos fundamentais, ainda —ou especialmente— quando tal violação seja cometida por quem atue no exercício de funções oficiais — isto é, funções públicas.

b) Todas essas ações constituem instrumentos de fácil acesso ao Poder Judiciário, algumas delas, como o amparo da Costa Rica, o recurso de protección do Chile e a ação de tutela da Colômbia, atribuindo o *ius postulandi* diretamente ao interessado.

c) Por serem ações especiais, esses instrumentos de tutela apresentam algumas peculiaridades quanto ao seu cabimento e a escolha da via correspondente pelo interessado: assim, em alguns países, como a Argentina, o Uruguai e a Colômbia, tais ações só devem ser ajuizadas subsidiariamente, isto é, quando não houver ação específica que atenda ao mesmo fim; no Chile, a ação de protección caracteriza-se pela urgência da tutela judicial por meio dela invocada; em outros países, como no Brasil, as vias ordinárias, continuam abertas ao interessado que deixou transcorrer o prazo respectivo, não impetrando mandado de segurança contra o ato de violação do seu directo.

d) A fixação de prazo para que possam ser exercitadas é, aliás, outro traço característico da singularidade dessas ações, devendo lembrar-se que esse prazo, no Brasil, é de cento e vinte dias; na Costa Rica é de dois meses, que, entretanto, só começam a correr, em relação aos atos de violação, ameaça, perturbação ou restrição do direito, “después de que hayan cesado totalmente sus efectos directos respecto del perjudicado”;<sup>41</sup> no Uruguai, é de trinta dias;<sup>42</sup> no México é, em regra, de quinze dias;<sup>43</sup> na Argentina e no Chile, é também de quinze dias.<sup>44</sup>

e) o caráter especial dessas ações justifica, ainda, a exclusão de seu cabimento, regra geral, em relação a atos jurisdicionais, ressalvadas situações de urgência, de ofensa ao princípio do devido processo le-

<sup>41</sup> Lei núm. 7.135/1989, artigo 35.

<sup>42</sup> Lei núm. 16.011/1988, artigo 4o.

<sup>43</sup> Lei Regulamentar do Amparo, artigo 21, com as exceções previstas no artigo 22.

<sup>44</sup> Quanto à legislação argentina, véase nota núm. 24. No Chile, o referido prazo é estabelecido pelo *Auto Acordado de la Corte Suprema sobre tramitación del recurso de protección de garantías constitucionales*, item 1.

gal ou da necessidade de não permitir que continuem a produzir efeitos decisões eivadas de erros grosseiros.

Já os pontos que separam várias das ações em exame, revelando significativas discrepâncias entre elas, podem ser assim resumidos:

a) O procedimento, no juízo de amparo mexicano, no amparo dos demais países e nas ações análogas do Chile e da Colômbia, admite ampla produção de provas, com a inevitável realização de audiência, enquanto no mandado de segurança inexistente dilação probatória, uma vez que a ação tem como pressuposto a existência de um direito líquido e certo, devendo o fato de que se origina evidenciar-se em documentos, isto é, em prova pré-constituída.

b) O cabimento do amparo e o das ações congêneres é mais amplo nos países hispano-americanos do que no Brasil, alcançando, em geral, também os atos de violação de direitos originários de particulares. Em maior ou menor extensão, é o que sucede na Costa Rica, no Chile, na Argentina, no Paraguai, no Peru, na Bolívia, no Equador, no Uruguai e na Colômbia. Já no Brasil, o mandado de segurança somente é cabível em relação a atos dos Poderes Públicos ou de quem exerça funções públicas delegadas. Não seria fácil, realmente, estender a tutela do mandado de segurança a atos de particulares, em vista do pressuposto básico de sua impetração, que é o da existência de um direito líquido e certo. A solução para tal haveria de ser encontrada na criação, por lei ordinária, de ação dotada de procedimento sumário e cabimento circunscrito a determinadas hipóteses.<sup>45</sup>

Um estudo comparativo entre o juízo de amparo mexicano e o mandado de segurança brasileiro poria em destaque, certamente, outros pon-

<sup>45</sup> Mostrando que o direito brasileiro está hoje, sob esse aspecto, em situação de desvantagem em face das ações do mesmo gênero existentes nos países hispano-americanos e preconizando, por isso, a criação de ação própria, sujeita a procedimento sumário, que sirva de instrumento de tutela a algumas hipóteses em que graves violações de direitos fundamentais podem ser cometidas por empresas particulares, escrevemos, há tempos, trabalho sobre o assunto, sob o título “Ação especial para tutela de direitos fundamentais em face de particulares”, publicado na *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, núm. 20/1997, pp. 125-132.

tos de discrepância.<sup>46</sup> O maior deles já foi por nós indicado: é o que resulta da circunstância de o juízo de amparo possuir objeto múltiplo, enquanto o mandado de segurança apresenta como traço característico a especificidade de objeto. Aliás, trata-se, no caso, mais do que um ponto de discrepância, de um verdadeiro fosso que se abre entre os dois institutos, situando-os em margens distintas. Não será exagero dizer-se, na linha dessa imagem topográfica, que os amparos dos países hispano-americanos e as ações análogas do Chile e da Colômbia, localizam-se, hoje, na margem ocupada pelo mandado de segurança, guardando, por isso, mais afinidades com esse do que com o modelo original, do juízo de amparo.

Os pontos de aproximação entre o instituto mexicano e a ação brasileira são, todavia, bastante significativos, notadamente quando se considera o *amparo administrativo*, que, como bem acentuou Fix-Zamudio, “es el que tiene una conexión más estrecha y un parentesco más íntimo con el mandato de seguridad brasileño”.<sup>47</sup> Ambos os institutos se juntam nas raízes históricas que lhes são comuns. Cresceram, é certo, em terrenos distintos, ao influxo de exigências peculiares ao direito de suas respectivas Nações. E, embora animados pelo mesmo espírito, que lhes dá vida, ostentam concepções diversas em sua estrutura e em seu procedimento. Por isso, cada um deles permite que se orgulhe de sua própria história. Calamandrei, ao visitar o México, em fevereiro de 1952, aí proferindo uma série de conferências depois enfeitadas em livro sob o título *Proceso y democracia*, referiu-se ao amparo, dizendo que dele “están orgullosos con justicia los jueces mexicanos”.<sup>48</sup> Alcalá-Zamora, em exposição feita na cidade de São Paulo, em setembro de 1962, aludiu ao mandado de segurança como “un tema ciento por ciento brasileño, acaso, entre los de índole jurídic , el más brasileño de todos”.<sup>49</sup>

São esses, sem dúvida, dois institutos do Direito Processual Constitucional que expressam os sentimentos de dois povos sempre ciosos da proteção jurídica conferida aos direitos fundamentais do homem. Daí a riqueza que ostentam. Daí a variedade de aspectos que, na prática proces-

<sup>46</sup> Sobre esse aspecto, não se pode deixar de mencionar o trabalho do prof. Buzaid, Alfredo, “Juicio de amparo e mandado de segurança: contrastes e confrontos”, *Revista de Direito Processual Civil*, São Paulo, Editora Saraiva, 5o. vol., pp. 30 e ss.

<sup>47</sup> *Mandato de seguridad y juicio de amparo*, op. cit., nota 14, pp. 325 y 326.

<sup>48</sup> *Proceso y democracia*, tradução de Héctor Fix-Zamudio, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1960, p. 23.

<sup>49</sup> *Op. e tomo cit.*, pp. 637 y 638.

sual, estão, permanentemente, a revelar. A eles correspondem dois antigos instrumentos processuais, sempre em evolução na doutrina e na jurisprudência de seus países. Como se seguissem o exemplo do sol, a que se referia Machado de Assis, que, sendo velho, torna-se novo ao nascer a cada manhã...