UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO
CENTRO DE CIÊNCIAS HUMANAS E NATURAIS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM HISTÓRIA SOCIAL DAS RELAÇÕES POLÍTICAS

KÁTIA TORÍBIO LAGHI LARANJA

HISTÓRIA E CIDADANIA: DO ACESSO À JUSTIÇA AO MANDADO DE SEGURANÇA

VITÓRIA
2005

KÁTIA TORÍBIO LAGHI LARANJA

HISTÓRIA E CIDADANIA: DO ACESSO À JUSTIÇA AO MANDADO DE SEGURANÇA

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em História Social do Centro de Ciências Humanas e Naturais da Universidade Federal do Espírito Santo, como requisito parcial para obtenção do Grau de Mestre em História Social, na área de História Social das Relações Políticas.

Orientadora: Professora Doutora Adriana Pereira Campos

VITÓRIA

2005

KÁTIA TORÍBIO LAGHI LARANJA

HISTÓRIA E CIDADANIA: DO ACESSO À JUSTIÇA AO MANDADO DE SEGURANÇA

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em História Social do Centro de Ciências Humanas e Naturais da Universidade Federal do Espírito Santo, como requisito parcial para obtenção do Grau de Mestre em História Social, na área de História Social das Relações Políticas.

Aprovada em de de 2005.

BANCA EXAMINADORA

_____

PROFª DOUTORA ADRIANA PEREIRA CAMPOS
ORIENTADORA

_____

PROF. DOUTOR SEBASTIÃO PIMENTEL FRANCO

_____

PROF. DOUTOR FRANCISCO VIEIRA LIMA NETO

_____

PROFª DOUTORA GIZLENE NEDER

Ficha catalográfica elaborada pelo Sistema de Bibliotecas da Faesa

---

L318h Laranja, Kátia Toríbio Laghi

História e cidadania: do acesso à justiça ao mandado de segurança / Kátia Toríbio Laghi Laranja. – Vitória, ES, 2005.

XXX f.; 30 cm.

Orientador: Adriana Pereira Campos

Dissertação (Mestrado) Universidade Federal do Espírito Santo, 2005

Inclui bibliografia e anexos

1. Mandado de segurança 2. Cidadania I. Campos, Adriana Pereira II. Universidade Federal do Espírito Santo III. Título

CDD: 341.2741

Aos quatro homens da minha vida, Anselmo, Cláudio, Pedro e André, por me fazerem sentir a felicidade de ser mulher.

AGRADECIMENTO

A elaboração de uma pesquisa a princípio pode parecer um trabalho de esforço e fôlego individual do pesquisador. Essa pesquisa, no entanto, é coletiva, escrita a uma dezena de mãos. Sua concretização teria sido inviável ou seriam maiores as lacunas sem o apoio e a disponibilidade de diversas pessoas e instituições. Enumerar todos os que, direta ou indiretamente, me permitiram esta chegada seria tarefa infindável. Imaginei que um bom meio de não esquecer ninguém nesse momento seria anotar, passo a passo, todas as pessoas que, por generosidade, deram colaborações preciosas no decorrer do trabalho. É nesse sentido que a seguir nominarei as pessoas e instituições que contribuíram para a realização deste trabalho, mesmo correndo o risco de omitir ou deixar alguém fora da lista, em razão das peças que a memória nos prega. Antes, entretanto, agradeço a Deus por tê-las colocado em meu caminho e pela proteção com que sempre me amparou.

Primeiramente agradeço à Professora Doutora Adriana Pereira Campos, orientadora criteriosa e zelosa. Agradeço pela oportunidade de desfrutar de seus ensinamentos, por toda a paciência, confiança e estímulo intelectual, imprescindíveis para a realização deste trabalho. A professora Adriana é aquela orientadora que sugere, indica, lê, participa, enfim, conjuga todos os verbos que levam seus orientandos a se sentirem no caminho certo ou a reformular os rumos sempre que necessário. Agradeço, por fim, pela disponibilidade no decorrer da pesquisa e pelas sugestões dadas ao aprimoramento e por me fazer acreditar que seria possível, mesmo diante de tantos obstáculos.

Ao Professor Doutor Gilvan Ventura da Silva, sempre tão generoso em repartir conosco o melhor de seus amplos conhecimentos. Agradeço-lhe penhoradamente pelo seu incentivo constante.

Ao Professor Doutor Francisco Vieira Lima Neto, pelas suas observações na banca de qualificação que foram de fundamental importância para a escolha de novos rumos da pesquisa. Agradeço-lhe a cordialidade e riqueza das argüições, estabelecendo um ambiente de troca intelectual de idéias, bem distante do clima da inquisição do Santo Ofício, em que algumas vezes degenera o ritual na concessão de um título acadêmico.

Desnecessário (mas conveniente) citar que este não é responsável pelos equívocos que eu possa ter aqui cometido.

Ao Professor Doutor Sebastião Pimentel Franco, por tudo que tem significado nesses últimos dois anos. Mestre e amigo, participou na banca de qualificação, tornando-se, assim, partícipe deste trabalho. Agradeço, ainda, ao carinho que recebi de toda sua família, sua esposa Vitória e seus filhos Luiz Felipe, João Vitor e Ana Carolina. Por inúmeras vezes pude usufruir da companhia dessas pessoas maravilhosas que nos fazem acreditar na grandeza do ser humano e tornam a nossa vida mais feliz.

Aos meus companheiros e companheiras de mestrado, que me proporcionaram um ambiente de trocas difícil de encontrar em outros lugares. Agradeço àqueles que me ofereceram valiosas observações e puseram seus conhecimentos à minha disposição de forma generosa. Em especial a Catarina e José Cândido, amigos sempre presentes e com os quais pude contar incondicionalmente. Essas pessoas tiveram e têm uma importância que não pode ser avaliada por um agradecimento nesta hora. Ainda assim vou fazê-lo.

Ao Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, ao qual estou vinculada como Magistrada, nas pessoas dos Presidentes Desembargadores Alemer Ferraz Moulin e Adauto Dias Tristão, por terem oportunizado minha participação nas aulas durante a realização do mestrado.

Merecem agradecimento idêntico o conjunto de professores do Programa de Pós-Graduação em História Social das Relações Políticas da Universidade Federal do Espírito Santo, pelo profissionalismo e dedicação no ofício de ensinar. Com eles aprendi lições de vida e de história.

A Roberta, Fernanda e Lourenço, cuja ajuda viabilizou a pesquisa e a manutenção de minhas atividades cotidianas. Vocês são muito importantes.

A Fernanda e Sayonara, colegas de profissão, que muito me incentivaram para a realização deste trabalho.

A Néia e Rô, pelo carinho e zelo com que cuidaram do André e do Pedro, disponibilizando tempo para que pudesse dedicar-me à pesquisa.

Aos meus pais, Mariano e Maria Luíza, que são os responsáveis pela minha formação. Em especial à minha mãe, que após criar suas duas filhas, continua nessa incansável missão de criação, ajudando-me a educar e criar Cláudio, Pedro e André. Todos os dias, dedica-se aos meus filhos como se seus fossem, sem jamais demonstrar cansaço ou exaustão. À minha irmã Karla, por tudo que representa como exemplo de profissional e mãe, conciliando as tarefas do lar e os compromissos profissionais de forma brilhante.

À minha sogra Terezinha e ao meu sogro Dailson, pela ajuda com que sempre pude contar, proporcionando-me "tempo disponível" pelos cuidados dispensados a meus filhos, pelo carinho de me receberem como se sua filha fosse, por todos os momentos compartilhados, pelo estímulo e por acreditarem em mim para dar continuidade à família Laranja. Às minhas cunhadas, Loredana e Suzany, por todo incentivo.

Aos meus filhos Cláudio e Carol, André e Pedro, por serem a minha esperança em construção. Uma boa parte do texto dessa pesquisa foi escrita na expectativa da chegada de Pedro e do André, outro tanto foi surgindo na tela enquanto estes engatinhavam, depois andavam, logo corriam, e então escalavam mesas e pilhas de papel, sempre ao redor do computador, ameaçando desligá-lo. Com certeza, vocês foram um constante estímulo para a concretização deste trabalho.

Deixo o melhor para o final e para sempre. Assim agradeço ao meu companheiro Anselmo que suportou meus surtos mansos e furiosos, e ainda assim continua comigo. Tenho, cada vez mais, a certeza de que os sentimentos que ele tem por mim são bons e sei o quanto isso faz de mim uma mulher privilegiada. Sem ele, sua alegria e seu entusiasmo, pouca animação teria havido nesses dois anos e meio de realização da pes-

quisa. Que posso fazer para demonstrar minha felicidade por encontrá-lo? Além de muitas outras coisas, dedicar-lhe este trabalho.

Creio no direito, porque é a organização da vida social, a garantia das atividades individuais, necessidade da coexistência. Fora das suas normas não se compreende a vida em sociedade.

Rui Barbosa

RESUMO

Com o fim da ditadura militar em 1985, a construção da democracia ganhou força. No auge do processo de redemocratização foi promulgada a Constituição de 1988, o novo texto constitucional trouxe algumas garantias para o cidadão em face do poder estatal, sendo o mandado de segurança uma dessas garantias. Trata-se de estudo acerca da utilização do mandado de segurança como instrumento de cidadania na sociedade

brasileira pós-Constituição de 1988. Pretende-se demonstrar que o mandado de segurança é uma ação civil constitucional posta a serviço do cidadão para o efetivo alcance das garantias constitucionais conferidas pelo legislador a cada um. Analisa-se, portanto, as ações mandamentais impetradas na 1ª Vara da Fazenda Pública Estadual de Vitória, buscando extrair os fatos sociais geradores dos conflitos de interesses para compreender como o Poder Judiciário passou a intervir nas relações sociais, mostrando-se como grande instituição a serviço da democracia. Mesmo considerando o mandado de segurança pertencente a uma área jurídica específica, houve necessidade de se analisar o Direito não apenas no seio do processo social, mas como um processo histórico-social, fazendo uma reflexão interdisciplinar, para compreender melhor como o objeto estudado pode se relacionar com outras questões, como o acesso à justiça e as dimensões da cidadania, compreendidas em direitos civis, sociais e políticos.

ABSTRACT

LISTA DE SIGLAS

ESCELSA – Centrais Elétricas do Espírito Santo S.A.
CBMES – Corpo de Bombeiros Militar do Espírito Santo
DETRAN – ES – Departamento de Trânsito Estadual
EUA – Estados Unidos da América
IPAJM – Instituto de Previdência e Assistência Jerônimo Monteiro
LDB – Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional

OAB – Ordem dos Advogados do Brasil
OEO – Office of Economic Opportunity
PMDB – Partido do Movimento Democrático Brasileiro
PND – Planos Nacionais de Desenvolvimento

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO

1. DIREITO E HISTÓRIA: EM BUSCA DA INTERDISCIPLINARIDADE
1.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS
1.2 O PAPEL DO HISTORIADOR A PARTIR DA “NOVA HISTÓRIA POLÍTICA”
1.3 OS NOVOS ESTUDOS HISTÓRICOS DO DIREITO NA AMÉRICA LATINA
1.4 JUDICIALIZAÇÃO DAS RELAÇÕES SOCIAIS COMO TEMA EMERGENTE

1.5 O ACESSO À JUSTIÇA COMO EXERCÍCIO DA CIDADANIA

2. O MANDADO DE SEGURANÇA
2.1 A HISTÓRIA DO MANDADO DE SEGURANÇA
2.2 O MANDADO DE SEGURANÇA NO BRASIL
2.3 CONCLUSÃO

3. O MANDADO DE SEGURANÇA: UM ESTUDO DE CASO
3.1 INTRODUÇÃO
3.2 ACESSO À JUSTIÇA
3.3 MANDADO DE SEGURANÇA E ACESSO À JUSTIÇA
3.4 A ANÁLISE DAS AÇÕES IMPETRADAS EM FACE DOS CENTROS SUPLETIVOS DE ENSINO

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo de estudo o mandado de segurança como instrumento de cidadania na sociedade brasileira pós-Constituição de 1988, na medida em que constitui um célere mecanismo jurídico de acesso à Justiça, em busca da efetiva democracia.

Com o crescimento das atividades do Estado, tornou-se necessária a criação de mecanismos de frenagem que agissem como limitadores do poder estatal. Um Estado De-

mocrático de Direito[1] deve assegurar medidas eficazes contra a atuação do próprio Estado. Isso compreende a limitação jurídica do arbítrio do poder político e a estabilidade jurídica das garantias individuais.

Assim, surgem os chamados "remédios heróicos", ou *writs* constitucionais, que protegem o particular contra a atuação do Estado. Insere-se o mandado de segurança entre os "remédios" constitucionais: ele é um instituto processual de raiz constitucional em norma de eficácia absoluta e plena, destinado à proteção das prerrogativas do indivíduo ou da coletividade face ao Estado. Além disso, possui atuação célere e eficaz, que colima a correção jurídica de abusos do Poder Público iminentes ou que já perpetrados por autoridade coatora (BUENO, 2002).

Deve-se acrescentar, a favor da escolha do tema desta pesquisa, que ele integra a vida cotidiana da sua autora como magistrada do Estado do Espírito Santo. Essa atividade jurídica a coloca frente à problemática enfocada, na medida em que atua na Vara da Fazenda Pública Municipal de Cachoeiro de Itapemirim, no Espírito Santo, competente para processar e julgar mandados de segurança. Entende-se que isso explica de maneira mais coesa os interesses temáticos da autora dessa dissertação. Em outras palavras, o que se deseja aqui destacar é que a escolha do tema de pesquisa faz parte de uma cadeia mais ampla de sua própria história, tanto acadêmica quanto profissional.

Ademais, entende-se como TRIVINOS (1978, p. 93) quando afirma que:

> Do ponto de vista instrumental, prático, parece-nos recomendável que o foco da pesquisa de um estudante de pós-graduação deve estar essencialmente vinculado a dois aspectos fundamentais: 1º) o tópico da pesquisa deve cair diretamente no âmbito cultural de sua graduação (...); 2º) o assunto deve surgir da prática quotidiana que o pesquisador realiza como profissional.

Deste modo, preocupou-se em estudar o *writ* como um instrumento de frenagem do poder estatal, surgindo, então, indagações e reflexões acerca de sua eficácia na conten-

---

[1] Segundo J. J. Gomes Canotilho Estado Democrático de Direito significa que o "Estado de direito é democrático e só sendo-o é que é Estado de direito; o Estado democrático é Estado de direito e só sendo-o é que é democrático" (**Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003. p. 230).

ção jurídica do arbítrio do poder político e a estabilidade das garantias individuais. Focaliza-se o período pós-Constituição de 1988, tomando-o como período de transformação após a retomada da supremacia civil em 1985, que possibilitou a promulgação da constituição mais liberal e democrática que o país já teve. Este período pede um estudo sobre a estruturação e consolidação dos direitos e garantias individuais, bem como sua aplicabilidade na prática forense.

A justificativa para um estudo dos mandados de segurança impetrados em uma das Varas da Fazenda Pública Capixaba a partir da visão da história, mesmo considerando o instituto do mandado de segurança uma área jurídica específica, consubstancia-se na necessidade de analisar o Direito não apenas no seio do processo social, mas como um processo histórico-social. Trata-se, portanto, de explicar o Direito por meio de seu próprio processo de produção.

É oportuno ressaltar, desde logo, que o tema deste estudo tem pertinência com uma das linhas de pesquisa do curso de mestrado de História Social das Relações Políticas. Na historiografia moderna, o estudo da história segue o estudo das leis, pois elas regulam as relações entre governantes e governados e o conjunto das normas que constituem o direito público (BOBBIO, 2000, p. 55).

Para melhor compreender o objeto proposto para o presente estudo, é preciso relacioná-lo diretamente a outras questões, como o acesso à Justiça e as dimensões atribuídas por T. H. Marshall[2] à cidadania, compreendidas em três elementos: *o civil, o político e o social*. O cidadão pleno seria aquele que fosse titular dos três direitos. São direitos cuja garantia se baseia na existência de uma Justiça independente, barata e acessível a todos.

Parte-se desse ponto para o estudo dos casos relativos aos mandados de segurança impetrados em uma das Varas da Fazenda Pública de Vitória, nos últimos três anos. Interessa-se no estudo do Direito na História, assim, procurou-se analisar os conteúdos

[2] O livro de T. H. Marshall utilizado é **Cidadania, classe social e status** (Brasília, Fundação Projeto Rondon,1988)

das ações impetradas no que se refere aos fatos sociais geradores dos conflitos de interesses, ao lapso temporal existente entre a propositura da ação e o comando sentencial, bem como quanto ao requerimento do benefício da assistência judiciária. Nesse sentido, deixou-se de analisar os aspectos jurídicos e processuais da concessão ou não da segurança.

A compreensão deste tema deu-se por meio de uma reflexão interdisciplinar, permitindo o contato da História com outras disciplinas, especialmente o Direito. Nesse contexto, insere-se o Direito como objeto de estudo da História, passando a ter dupla qualidade de servir de fonte e de problema.

Dessa forma, houve uma abertura no campo das ações sociais de maneira que a invasão do Direito no mundo contemporâneo também alcançou a regulação da sociabilidade e das práticas sociais. Com essa expansão da capacidade normativa do Direito, o Poder Judiciário passou a intervir no plano das novas experiências sociais, mostrando-se como uma grande instituição a serviço da democracia.

Foi por meio da Justiça que as pessoas passaram a resgatar sua cidadania e alcançar seus objetivos, ou pelo menos expressarem seus interesses de igual para igual. O Judiciário, através de um processo justo, passa a ter o papel de nivelador social, pois ao entregar o direito ao prejudicado, desfaz grande parte das desigualdades. O Direito se transforma, portanto, num instrumento que se põe a serviço da construção da cidadania.

É dentro desse contexto que se enfoca a expansão do mandado de segurança e análise da sua efetividade em uma das Varas da Fazenda Pública Estadual.

Pretende-se, assim, fazer uma história do presente, cujo enfoque é a história do mandado de segurança. Deve-se destacar que a história não é somente o estudo do passado, ela também pode ser, com um menor recuo e métodos particulares, o estudo do presente. Para ser fundamentada, a análise implica tempo necessário à consulta e à síntese dos documentos logo disponíveis. “[...] o ato de escrita e análise imprime um certo recuo em relação ao acontecimento, a leitura imediata pertence ao presente antes

que ao imediato em sua definição primitiva de instante" (CHAUVEAU; TÉTART, 1999, p. 21).

Diferentemente de muitas pesquisas, ao fazer este estudo não houve intenção de generalizar os achados para todo o País. O que se intenta é contribuir para o melhor entendimento do processo de exercício da cidadania pelo Poder Judiciário, analisando-se, especificamente, o mandado de segurança entendido como ação civil de natureza constitucional.

Destaca-se, desde logo, que a reflexão da história do mandado de segurança no Brasil é importante neste trabalho, pois serve de sustentáculo teórico para realização das análises que se pretende fazer.

Assim, afirma-se que o mandado de segurança foi disciplinado pela primeira vez na Constituição de 1934, elaborada após o final da Primeira Guerra Mundial (1914-1918). Essa Constituição têm algumas características comuns às constituições elaboradas nos países da Europa Ocidental na época, particularmente a Declaração, ao lado dos tradicionais direitos individuais, dos chamados "direitos sociais", ou "direitos de prestação", direitos ligados ao princípio da igualdade material e que dependem de prestações diretas e indiretas do Estado para serem usufruídos pelos cidadãos.[3]

Essas novas constituições foram uma tentativa de estabelecer uma democracia social abrangendo dispositivos sobre a ordem econômica e social, a família, a educação e a cultura, além de instituir a chamada "função social da propriedade".[4] Tais concepções sociais e socializantes, assim como a determinação de princípios constitucionais para a intervenção estatal nos domínios social e econômico, são consideradas fundamentos do novo "constitucionalismo social", estabelecido em boa parte dos estados europeus e em alguns americanos.

---

[3] BERCOVICI, Gilberto. "Instabilidade constitucional e direitos sociais na era Vargas". In: BITTAR, Eduardo C.B. (org.). **História do direito brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2003, p. 222.
[4] BERCOVICI, Gilberto, *op. cit.*, p. 227.

Seguindo o exemplo da Constituição de Weimar, de 1919, a grande inovação da Constituição de 1934 foi a inclusão de um capítulo referente à ordem econômica e social. Consagrou-se o mandado de segurança no capítulo que tratava dos direitos e garantias individuais.

Somente quase dois anos após a Constituição de 1934 ocorreu a regulamentação do instituto pela Lei Ordinária nº 191, conferindo-lhe o mesmo processo do *habeas corpus*, mas deixou de vigorar logo em novembro do mesmo ano. Na Constituição de 1937, o mandado de segurança foi suprimido, perdendo o suporte constitucional. Todavia, a Carta de 1946 devolve o *status* constitucional, sendo editada alguns anos depois a Lei nº 1.533, de 31 de dezembro de 1951, que disciplinou o mandado de segurança. Posteriormente, complementaram-na a Lei n.º 4.348/64 e a Lei n.º 5.021/66.

A atual Constituição consagrou o mandado de segurança, nas modalidades individual e coletivo, previsto nos incisos LXIX e LXX do artigo 5º da Constituição da República de 1988, como um dos instrumentos da cidadania e do acesso à Justiça, na medida em que proporciona a todos uma Justiça célere, barata e acessível a todas as pessoas que tiveram seus direitos lesados por autoridade pública ou agente a serviço do poder público.

Assim, feitas essas considerações preliminares, necessário se faz definir o que se pretende estudar como tema selecionado. Ressalta-se, primordialmente, que a pesquisa científica necessariamente terá como estímulo um problema. Este, por sua vez, evidencia-se quando se interessa por determinado assunto ou área de estudo que apresenta uma lacuna a ser preenchida (diminutas publicações literárias na área) ou falha no campo do saber (quando em desacordo com conhecimentos ou teorias existentes).

Dessa forma, investiga-se o mandado de segurança como um instrumento de defesa possível de ser utilizado pelo cidadão face ao poder público, contra as ilegalidades ou os abusos de poder cometidos por autoridades públicas ou agentes de pessoa jurídica no exercício de atribuições públicas, a partir das práticas processuais desenvolvidas na 1ª Vara da Fazenda Pública Estadual de Vitória.

A pesquisa tem como objetivo discutir o papel desempenhado pelo mandado de segurança como instrumento a serviço do cidadão para o efetivo alcance das garantias constitucionais conferidas pelo legislador a cada um.

Como procedimento metodológico, para melhor compreensão do tema em estudo, o trabalho foi estruturado pela divisão em três capítulos.

O primeiro capítulo trata das questões relacionadas ao estudo interdisciplinar da História e do Direito, enfocando-se a busca por novos caminhos jurídicos, aptos a propiciar subsídios para o enfrentamento dos novos desafios trazidos pela vida em sociedade.

Nesse passo, apresentam-se as inovações teóricas ocorridas na historiografia nas últimas décadas, que elevaram o aparelho judicial à categoria de objeto histórico, face à judicialização das relações sociais[5].

Ainda nesse capítulo, analisa-se o acesso à Justiça como exercício da cidadania, partindo-se das reflexões teóricas de T. H. Marshall, que consagrou as dimensões do conceito de cidadania, bem como das análises feitas por José Murilo de Carvalho do fenômeno histórico da cidadania no Brasil, sob a ótica dos 500 anos de conquista das terras brasileiras pelos portugueses.

No segundo capítulo, aborda-se histórica e juridicamente o mandado de segurança no Brasil. Destaca-se a história do mandado de segurança, que se relaciona intimamente à necessidade de vê-lo como um instrumento de tutela eficaz dos cidadãos contra o Estado. Seja a partir de uma interpretação extensiva do *habeas corpus* ou dos interditos possessórios, o que hoje se identifica como “mandado de segurança” nasceu e se de-

[5] Sobre o assunto, ver interessante abordagem de Adriana Pereira Campos: “O estudo do Direito passou a ter a dupla qualidade de servir de fonte e de problema à História. Nas últimas décadas, historiadores estrangeiros e brasileiros elevaram o aparelho judicial à categoria de objeto histórico, isto é, passaram a utilizar o Direito, o Judiciário e o Ordenamento Jurídico como fontes de informação de determinadas formações sociais. Mais que isso, alguns desses historiadores preocuparam-se em identificar a participação dos segmentos sociais que não pertenciam à esfera do jurídico no processo de construção social do Direito e do Judiciário.” In: **Nas barras dos tribunais:** Direito e escravidão no Espírito Santo do século XIX. Adriana Pereira Campos. Rio de Janeiro: UFRJ/IFCS, 2003.

senvolveu no Brasil como um mecanismo eficiente para coibir ilegalidades ou abusos de poder.

Finalmente, no terceiro capítulo, foi feito o estudo de caso, com a análise das ações de mandado de segurança impetradas na 1ª Vara dos Feitos da Fazenda Pública Estadual de Vitória. Este capítulo, compreende as questões orientadoras da pesquisa e a linha a ser seguida durante o levantamento dos dados, especialmente formuladas com base no referencial teórico. Além desse referencial teórico, foi necessário também dispor de instrumental empírico claro, coerente e eficiente, capaz de encaminhar os impasses teóricos para o desafio da prática judiciária.

Dessa forma, delinearam-se os padrões comuns aos procedimentos tipicamente utilizados em campo, partindo-se da estrutura temática construída através das pesquisas bibliográficas. Cada levantamento de dado foi efetuado em função de objetivos próprios, originais desta pesquisa, qual seja verificar a eficácia do mandado de segurança como instrumento de cidadania e de acesso à Justiça.

A princípio, foi preciso delimitar o local, os documentos e o recorte temporal da pesquisa. Foram escolhidas, portanto, as ações mandamentais impetradas na 1ª Vara da Fazenda Pública Estadual de Vitória, especialmente pela facilidade de acesso aos registros dos processos.

Essa escolha foi repleta de subjetivismo, característica dos métodos qualitativos de pesquisa, pois não emprega, necessariamente, um instrumental estatístico como base do processo de análise de um problema (SEABRA, 2001, p. 55), já que o âmbito territorial era restrito; mas sim os critérios de conveniência e disponibilidade de meios de pesquisa.

Assim, em se tratando de Vara da Fazenda Pública Estadual em Vitória, de acordo com o Código de Organização Judiciária do Estado do Espírito Santo, apenas existem três, mas somente duas instaladas, a 1ª e a 2ª, o que permitiu que se levasse em consideração apenas o critério da facilidade de acesso aos documentos da pesquisa, principal-

mente porque a preocupação não era com a generalização dos resultados, mas com a interpretação dos fenômenos observados dentro do âmbito territorial delimitado.

Vale destacar que a escolha da 1ª Vara da Fazenda Pública Estadual não causa prejuízo na representatividade dos resultados, pois o Código de Organização Judiciária do Estado do Espírito Santo prevê que a distribuição entre os juízos se dê por sorteio, obedecida a compensação quanto ao número de processos que tocam a Vara. Desse modo, os processos são distribuídos eqüitativamente entre uma e outra. A escolha de qualquer delas seria significativa; assim, a decisão, repita-se, recaiu naquela cujo acesso é mais fácil.

Feita a delimitação espacial, definiu-se o recorte temporal, ou seja, o período relativo aos processos a serem analisados. Destarte, entendeu-se por bem recolher os dados nos processos ajuizados no Cartório da 1ª Vara, nos últimos três anos, do período de dezembro de 2001 a março de 2004, período em que os dados dos processos já haviam sido informatizados pela Central de Informática do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo.

Dos processos listados nos livros Tombo do Cartório, selecionaram-se as ações mandamentais impetradas por pessoas físicas, tendo em vista o objetivo de demonstrar que o “remédio” constitucional pesquisado se presta para o efetivo exercício da cidadania, quando esta é afrontada por ato ilegal do Poder Público. Dentre os processos de mandados de segurança existentes, escolheu-se os arquivados por já estarem sentenciados.

A coleta de dados inicia-se com o levantamento do número de processos registrados no Cartório. Estes números foram colhidos dos livros Tombo e dos relatórios levantados pela Central de Processamento de Dados do Fórum Muniz Freire.

Deve-se destacar, desde logo, que a escolha das técnicas de coleta de dados encontra-se intimamente associada à natureza do objeto envolvido na pesquisa, na medida em que tal escolha deve se nortear pelo objetivo de se obter instrumentos capazes de fornecer informações úteis. Por isso, deve-se levar em conta as qualidades do instrumento

de pesquisa, principalmente no que se refere à validade e à fidedignidade (FERREIRA; MOURA; PAINE, 1998, p. 64). Nesse contexto, buscou-se extrair informações diretamente dos processos judiciais a fim de garantir a originalidade e veracidade dos dados para possibilitar a reprodução fiel das características dos documentos.

Foram utilizados métodos de pesquisa qualitativos e métodos quantitativos[6] para analisar a aplicabilidade e eficácia do mandado de segurança. Os dados qualitativos se apresentam sob a forma de descrições narrativas que, em geral, resultam de transcrições de entrevistas não estruturadas ou semi-estruturadas e de anotações provenientes de observações livres e assistemáticas (FERREIRA; MOURA; PAINE; 1998, p. 89). Corresponde a um procedimento mais intuitivo, mas também maleável e mais adaptável à solução das hipóteses.

O processo de livre observação inicia-se com a escolha do local, que pode ser orientada pela facilidade de acesso ou pelo interesse teórico em um determinado fenômeno. Assim, destaca-se que, no presente caso, a escolha da 1ª Vara da Fazenda Pública Estadual está diretamente relacionada com os dois requisitos, já que havia facilidade em ter acesso aos processos, e o interesse teórico revela-se na medida em que a autora da dissertação trabalha diretamente com processos desta natureza na esfera municipal.

No processo de coleta de informações, as observações iniciais devem ser mais genéricas, no sentido de dotarem o observador de uma compreensão geral a respeito da situação e de fornecerem uma orientação a respeito da direção futura a ser tomada no processo de observação. Após o domínio do conteúdo, é possível proceder a observações mais focalizadas, a fim de se permitir o refinamento de conceitos. Segundo Maria Lucia Seidl de Moura (1998, p. 72):

---

[6] Segundo Bardin, a discussão abordagem quantitativa versus abordagem qualitativa marcou um volte-face na concepção da análise de conteúdo. Na primeira metade do século XX, o que marcava a especificidade deste tipo de análise era o rigor e, portanto, a quantificação. Seguidamente, compreendeu-se que a característica da análise de conteúdo é a interferência [...], quer as modalidades de interferência se baseiam ou não em indicadores quantitativos (BARDIN, Laurence. **Análise de conteúdo**. Lisboa: Edições 70, 2003).

> [...] a observação assistemática ocorre em tempo real e de forma contínua, sem que haja prévia especificação dos elementos a serem observados, e fornece, como resultado, descrições acerca dos aspectos verbais, não-verbais e espaciais da conduta, bem como impressões do observador acerca dos fenômenos observados.

Assim, na compreensão do mandado de segurança como instrumento de acesso à Justiça, foi necessário coletar as informações de campo, organizá-las de forma a examinar a extensão em que elas vão ao encontro das hipóteses a respeito do instituto observado, bem como interpretá-las à luz dos fundamentos teóricos que orientaram a coleta de dados.

Os dados quantitativos são aqueles que se apresentam ou podem ser diretamente convertidos para uma forma numérica, através de um método estatístico. Embora a utilização desses métodos tenha uma longa história, é recente no estudo do comportamento social humano. Vários pesquisadores já seguiram esse caminho, como por exemplo, Gilberto Freyre, em sua *História do Brasil do século XIX*.

A opção pela utilização do método quantitativo deu-se face à facilidade com que ele demonstra as hipóteses que serão discutidas, já que se pode fazer um levantamento de dados acerca do que foi pesquisado e transformá-los em percentagem, usando cálculos. Por isso, as tabelas podem ser adotadas como forma de resumir os dados e se obter uma descrição mais clara a respeito do modo pelo qual as características em estudo se distribuem na amostra.

Assim, utilizando-se de dois métodos de pesquisa, é preciso empreender alguns esclarecimentos. Nos estudos de natureza qualitativa, não existe necessidade de serem adotados procedimentos de amostragem[7], pois o que interessa é a compreensão e interpretação dos fenômenos observados (FERREIRA; MOURA; PAINE, 1998, p. 59). Dessa forma, opta-se pelo levantamento de dados, em que é fundamental que se obtenha

[7] De acordo com Barbetta: “nas pesquisas científicas em que se quer conhecer as características de uma população, o procedimento mais comum é observar-se uma amostra desta e, a partir dos resultados apresentados, obter valores aproximados, ou estimativas, para as características populacionais de interesse. Esse tipo de pesquisa é usualmente chamado de levantamento por amostragem” (BARBETTA, Pedro Alberto. **Estatística aplicada às ciências sociais.** 3. ed. Florianópolis: Editora da UFSC, 1999, p. 37).

uma amostra o mais fielmente possível, a fim de se acurar uma descrição de determinadas variáveis, para generalizar as conclusões.

Por outro lado, no método quantitativo, parte-se de uma seleção dos elementos que compõem a amostra, a partir da listagem de todos os processos. Define-se, portanto, o subconjunto de processos, no caso, as ações mandamentais impetradas por pessoa física, para fazer a efetiva análise. Com os dados em mãos, é preciso transformá-los em percentuais para verificar quanto representam do todo.

Dessa forma, através da observação e da análise documental, os dados foram estudados e comparados, construindo-se um quadro em que ficou evidenciada a configuração da realidade pesquisada, sendo assim possível efetuar análises e interpretações sobre a real aplicabilidade do mandado de segurança dentro do campo jurídico observado.

Nas considerações finais, ficará evidenciado que existem contradições entre a realidade fática das ações de mandado de segurança e a letra da lei, como conseqüência de um sistema que exclui os pobres do processo cívico, acentuando as desigualdades sociais e perpetuando a ausência de cultura cívica. Isso, porém, não invalida o uso do *mandamus,* pelo contrário, aumenta sua utilização, seja por aqueles que possuem cidadania plena, seja por aqueles que se encontram na condição de adquirentes de direitos.

A importância desse tema, portanto, reside no fato de que o mandado de segurança é ação judicial que faz parte do dia-a-dia forense, podendo permitir a agilidade dos serviços da Justiça e garantir a universalização dos direitos, na medida em que está à disposição de todo e qualquer cidadão para satisfazer os elevados propósitos da Justiça.

Assim, a seguir, desdobrar-se-ão os aspectos teóricos dos estudos interdisciplinares, com o intuito de compreender como a integração das disciplinas é fundamental para diagnosticar as crises da sociedade, que, por conseqüência, estabelecerão um debate crítico entre as ciências humanas.

1 HISTÓRIA E DIREITO: RELAÇÕES INTERDISCIPLINARES

1.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Atualmente, vislumbra-se uma tendência de trabalhos interdisciplinares para o estudo das ciências do comportamento. Entende-se por “ciência do comportamento” aquela que alcança todos os estudos do comportamento, sendo aplicada às pesquisas sociais preocupadas com a compreensão científica do homem em sociedade, independente da disciplina de que faça parte (DALLARI, 2001, p. 21).

Verifica-se no final do século XX um rápido avanço das ciências, o que levou o homem a questionar-se sobre seu discurso científico e repensar os caminhos que está a trilhar. Neste sentido, a ciência moderna produz conhecimentos e desconhecimentos e, “se faz do cientista um ignorante especializado, faz do cidadão comum um ignorante generalizado” (SANTOS, 2002, p. 48).

O rigor da separação das disciplinas deve ser relativizado pela necessidade de diagnosticar e resolver as crises da sociedade, ou seja, estabelecer um debate crítico contínuo com as ciências sociais. Uma abordagem interdisciplinar inserida em um contexto metodológico é essencial para a análise da complexidade dos objetos de pesquisa do domínio das ciências humanas. No entanto, ela não deve proporcionar uma ruptura radical com as outras ciências, o que a caracterizaria como um trabalho de desconstrução analítica.

Na verdade, pesquisas interdisciplinares vêm sendo objeto de estudo para aqueles que trabalham com o político, com a *coisa pública*, uma vez que há muito tempo a “Nova História Política” voltou seus olhares para a questão interdisciplinar. Igualmente, não

posso deixar de ressaltar que é na História que os juristas se apóiam para a reflexão científica da História do Direito e da Justiça[8].

A aproximação entre a História e o Direito deve tomar como referência a Dinâmica de uma conjuntura histórica determinada. Deve-se analisar a perspectiva do Direito como um produto histórico, participante da dinâmica social, na medida em que produz transformações históricas, ao mesmo tempo em que é produzido e transformado historicamente (NEDER, 1995, p. 25-26)

1.2 O PAPEL DO HISTORIADOR A PARTIR DA "NOVA HISTÓRIA POLÍTICA"

No decorrer do século XX, a História passou por várias mudanças de escolas teóricas, dentre outras, positivistas, marxistas, Escola dos *Annales*, tendo cada uma seu momento de destaque como paradigma acadêmico.

No Brasil, houve até a década de oitenta o predomínio da teoria marxista no meio acadêmico, até surgirem novas linhas teóricas que não mais enfatizavam os aspectos econômicos e sociais na "superestrutura", mas sobretudo o sócio-cultural [9]. Na verdade, o que estava acontecendo no Brasil era um reflexo do que já havia despontado na Europa e nos Estados Unidos [10] Segundo as análises de Perry Anderson sobre a crise do

---

[8] Um bom exemplo de um autor que se baseia na reflexão histórica para tecer considerações sobre a História do Direito e da Justiça é GILISSEN, John. **Introdução histórica do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

[9] Sobre o assunto, transcreve-se Ciro Flamarion: "Entre nos igualmente, o recuo do marxismo, que teve causas locais importantes em nossa história recente (a derrota dos movimentos de guerrilha e das diversas formas de "luta armada", por exemplo), foi seguido pela importação, sempre da Europa, dos delírios irracionalistas, sos escapismos, dos movimentos reacionários de todo tipo: neo-anarquismo intelectual, 'o corpo e seus prazeres inocentes', certas formas de ecologismo, a 'Nova Filosofia', a 'Nova História '..." (CARDOSO, Ciro Flamarion. "**Uma nova história?"**. In: Ensaios racionalistas. Filosofia, ciências naturais e história. Rio de Janeiro: Editora Campos, 1998, p. 99).

[10] "A década de oitenta é, sob diferentes formas, a década do pós-marxismo. Mais do que em qualquer outro período anterior, a solidez e a radicalidade do capitalismo ganhou ímpeto pa desfazer o marxismo no ar e desta vez para o desfazer aparentemente com grande facilidade e para sempre. A ascensão de partidos conservadores na Europa e nos Estados Unidos da América (EUA); o isolamento progressivo dos partidos socialistas; a transnacionalização da economia e a sujeição férrea dos países periféricos e semi-periféricos às exigências do capitalismo multinacional e das suas instituições de suporte, a Banco Mundial e o Fundo Monetário Internacional; a consagração mundial da lógica econômica capitalista sob a forma neoliberal e a conseqüente apologia do mercado, livre iniciativa, do Estado mínimo, e da mercantilização das relações sociais; o fortalecimento sem procedentes da cultura de massa e a celebração nela de estilos de vida e de imaginários sociais individualistas, privatistas e consumistas, militantemente relap-

"marxismo ocidental", resumidas por Ciro Flamarion (1988, p. 102), seu esgotamento iniciou-se o movimento estudantil e operário em 1968, que lançou mão de novos tipos de insurgências.

Nos anos seguintes, desenvolvimentos políticos e econômicos indicavam condições tanto objetivas quanto subjetivas para mudanças radicais. Acrescente-se a isso o descrédito crescente com a liderança soviética e as esperanças frustradas no "modelo chinês", que Parry Anderson denomina de "causas histórico-estruturais". E ainda, as causas intrinsecamente intelectuais, em torno da polêmica acerca da relação entre o sujeito e a estrutura na História humana.

Paralelo à crise do marxismo, surgia a "Nova História" com "novos problemas", "novas abordagens" e "novos objetos". Longe de querer mostrar-se oposta à doutrina marxista, a "Nova História" , pelo menos em sua primeira geração, possuía vários pontos de confluência com o marxismo, sendo um deles a interdisciplinaridade. Assim, o que pode ser verificado, sem muita dificuldade, é o fato de que a "Nova História" escancarou algo que a doutrina marxista já havia anunciado: a História é, em essência, interdisciplinar.

Assim, por questão de justiça, torna-se imperioso reconhecer que o interesse pela interdisciplinaridade remota pelo menos ao século XIX, nomeadamente a Marx e Weber, tomando um vulto maior com a Escola dos *Annales*, tendo sido associada á revista francesa *Annales*[11] , em especial, aos seus fundadores Lucien Febvre e Marc Bloch[12].

---

sos a pensar a possibilidade de uma sociedade alternativa ao capitalismo ou seguer a exercitar a solidariedade, a compaixão ou a revolta perante a injustiça social; a queda consentida de governos de orientação socialista às mãos democrático antes julgado burguês na Nicarágua, em Cabo Verde e outros países; e, finalmente, o rotundo e quase inacreditável colapso dos regimes comunistas do Leste europeu – todos esses fatores foram convergido para transformar o marxismo, aos olhos de muitos, como pouco mais que um anacronismo" (SANTOS, Boaventura de Souza. **Pela mão de Alice.** O social e o político na pós-modernidade. São Paulo: Cortez, 1996, p. 29).

[11] Inicialmente intitulada *Annales d´Histoire Èconomique et Sociale* e atualmente *Annales É conomies, Sociétés, Civilisations,* fundada por Marc Bloch e Lucien Febvre, na França, em 1929. A revista dos *Annales* foi a grande propulsora dos estudos interdisciplinares que vieram a abundar o meio intelectual francês ao longo do século XX. Ver BURKE, P. A. **Escola dos Annales** 1929-1989. São Paulo : UNESP, 1991.

[12] Historiadores franceses fundadores da revista dos *Annales* em 1929.

Desde os *Annales*, a historiografia moderna tenta se imbicar às ciências sociais. A história *événementielle*[13] das escolas positivistas, que considerava a História como um desfile de fatos únicos, cedeu espaço à história dos grandes movimentos coletivos e das estruturas. Na verdade, a história política entrou em processo de declínio com a fundação da revista dos *Annales*, ao provocar um movimento de transformação no campo do conhecimento histórico.

A história política sofreu duras críticas por parte de vários historiadores, que passaram a questionar a hegemonia do político e a defender uma nova concepção de história onde o econômico e o social deveriam ocupar lugar fundamental. A história política privava-se da possibilidade de comparação no espaço e no tempo e mostrava-se incapaz de elaborar hipóteses explicativas ou produzir generalizações e sínteses que dão às discussões do historiador sua dimensão científica. Era uma história que parecia narrativa, restrita à descrição linear e sem relevo, desprezando as multidões trabalhadoras (FERREIRA, 1992, p. 265-271).

A história política, portanto, reunia um número muito grande de imperfeições. Por exemplo, Jacques Julliard listou de forma sumária os principais motivos de condenação da história política produzida. Afirmou que a história política é *psicológica* e ignora os condicionamentos; é *elitista*, talvez biográfica, e ignora a sociedade global e as massas que a compõem; é *qualitativa* e ignora a análise; é *idealista* sem consciência de ser; é *parcial*; prende-se ao consciente e ignora o inconsciente; visa os pontos preciosos e ignora o longo prazo. Resumindo, na linguagem historiográfica, é uma história *factual* (JULLIARD, 1976, p. 180).

René Rémond (1996, p. 12) assinalou que foi contra esse estado de coisas que surgiu a “Nova História Política”, desejosa de ir ao fundo das coisas e captar o âmago da realidade. A “Nova História” considerava as estruturas duráveis mais reais e determinantes que os acidentes de conjuntura. Seus pressupostos eram vários. Em primeiro lugar, os comportamentos coletivos tinham mais importância para o curso da História que as ini-

[13] História dos acontecimentos.

ciativas individuais; em segundo lugar, que os fenômenos registrados numa longa duração eram mais significativos e mais decisivos que os movimentos de fraca amplitude.

Além disso, considerava que as realidades do trabalho, da produção, das trocas e o estado das técnicas, as mudanças da tecnologia e as relações sociais resultantes eram mais importantes, e, portanto deveriam reter maior atenção dos observadores que os regimes políticos ou as mudanças na identidade dos detentores do poder. As decisões desse poder, segundo se entendia, só faziam traduzir o estado da relação das forças sociais ou refletir realidades anteriores às escolhas políticas (RÉMOND, 1996, p. 15).

Os novos caminhos da política da historiografia moderna retratam a mudança do objeto de análise do historiador, que outrora preferira fazer políticos o objeto principal de seu estudo. Contudo, lentamente, este quadro foi alterado, e a dimensão política dos fatos sociais começou a ganhar novos espaços, num processo de renascimento da história política. A tendência deve ser entendida em ligação com duas ordens de fatores: as transformações sociais, que propiciaram o retorno do prestígio ao campo político; e a própria dinâmica interna da pesquisa histórica.

Nesse contexto, na historiografia contemporânea, houve mudança de enfoque para as novas possibilidades teóricas que se ofereceram aos historiadores do poder e da política, que passaram para o domínio das representações sociais[14] e suas conexões com as práticas sociais, colocando-as prioritariamente às práticas simbólicas[15].

A “Nova História Política”, portanto, iniciou-se no ano de 1969, com profundas mudanças em 1974 e, mais ainda, em 1978. Segundo Marieta de Moraes Ferreira(1992, p. 265-271), a “Nova História Política”, ao se ocupar do estudo da participação na vida po-

---

[14] O recurso ao conceito de representação ou seu contratermo imaginário vem sendo utilizado com freqüência pelos historiadores voltados para o político, principalmente nas últimas duas décadas, com intuito de estabelecer a inteligibilidade histórica das sociedades políticas e dos fenômenos afeitos ao campo político. Para a melhor compreensão desse assunto, sugere-se a leitura de CAPELATO, M. H. & DUTRA, E. Representações e política: o reconhecimento de um conceito na historiografia brasileira. In: CARDOSO, C. F. S. & MALERBA, J. **Representações: contribuição para um debate transdisciplinar.** Campinas (SP): Papirus, 2000).

[15] Sobre poder simbólico veja-se BOURDIEU, P. **O poder simbólico.** Lisboa: Difel, 1989.

lítica e dos processos eleitorais, integra todos os atores no jogo político, perdendo assim seu caráter elitista e individualista e elegendo as massas como seu objeto central.

Recebendo como herança a revista dos *Annales,* seu líderes Jacques Le Goff, Emmanuel Le Roy Ladurie, François Furet e Marc Ferro pretenderam se apresentar como continuadores de Marc Bloch, Lucien Febvre, François Simiand e sobretudo Fernand Braudel.

Para Cardoso, o movimento intelectual dos A*nnales* foi o mais influente na construção de uma História científica. Dentre as características que apresentou como inovadoras, ressalta-se: "[...] a abertura a novos métodos, técnicas e problemáticas, o que permitiu que a História se aproveitasse criticamente dos avanços de outras ciências" (1988, p. 97). A "Nova História" herdou também algumas das características tradicionais dos *Annales*, em especial, a preocupação interdisciplinar[16], cuja finalidade seria a formulação de novos problemas, métodos e abordagens de pesquisa. Assim, o historiador não deve fechar-se em sua toca, mas acompanhar atentamente o que acontece nas disciplinas vizinhas (DUBY, 1993, p. 14).

É desse ponto que se parte para a reflexão da interdisciplinaridade, como forma de reconstrução dos paradigmas científicos, ou seja, como instrumento de renovação das ciências, *in fine*, da Ciência Histórica e Jurídica, pois esse movimento de renovação da "história política"[17] permitiu o contato da História com outras disciplinas. A pluridisciplinaridade possibilitou o uso de novos conceitos e técnicas de investigação. Bem como a construção de novas problemáticas (FERREIRA, 1992, p. 265-271).

---

[16] Sobre a preocupação interdisciplinar dos historiadores filiados à "Nova História" foi certeiro Peter Burke, quando disse: "Seja como for, sua preocupação com toda a abrangência da atividade humana os encoraja a ser interdisciplinares, no sentido de aprenderem a colaborar com os antropólogos sociais, economistas, críticos literários, psicólogos, etc." BURKE, P. (org). **A Escrita da História:** Novas Perspectivas. São Paulo: Editora UNESP, 1992, p. 16.

[17] O eixo central da renovação proposta pelos historiadores decorre do intercâmbio com a ciência política, permitindo que o tema da participação na vida política ocupe um espaço fundamental na história (FERREIRA, Marieta de Moraes. **A Nova "Velha História":** o retorno da história política. Revista Estudos Históricos, Rio de Janeiro, vol. 5, n. 10, 1992, p. 265-271).

Sabe-se que o contato da “Nova História Política” com a sociologia, com a lingüística, com a antropologia tem frutificado, na medida em que são desenvolvidos trabalhos sobre sociabilidade, análise de discurso e história política. Nesse contexto, insere-se o Direito como objeto da História.

Não há sociedade sem direito.[18] Igualmente, não se pode entender o homem e a sociedade em que vive sem compreender seu passado[19], pois o direito deve se pautar na realidade social, buscando seus fundamentos jurídicos em normas que lhe são anteriores.

Isso porque a análise das normas jurídicas no acontecer social deve privilegiar o processo histórico. Essa perspectiva “implica o estudo dos processos histórico-sociais de produção e de formulação das normas jurídicas que acompanham o desenvolvimento de uma sociedade historicamente estabelecida” (NEBER, 1995, p. 25-26).

Assim, através de rupturas com antigos conceitos, passou-se a considerar a História como “ciência dos homens, ou melhor, dos homens no seu tempo”[20], contexto no qual se compreende o Direito, já que este tem seu nascedouro da própria necessidade de se regular as relações sociais entre os seres humanos. Dessa forma, o investigador jurídico – e o historiador jurista – foram chamados a intervir na análise de toda atividade humana, contudo, nem sempre a compreendendo, nem sempre sendo compreendido. Por isso, ele tem de se reenquadrar num contexto científico também em mutação constante, bem como em processo de reenquadramento.

---

[18] Conhecido brocado *ubi societas ibi jus.*

[19] Sobre a complexidade da sociedade cito Georges Duby: “Percebia sobretudo que uma sociedade, como uma paisagem, é um sistema cuja estrutura e evolução são determinadas por múltiplos fatores, que as relações entre esses fatores não são de causa e efeito, mas de correlação, de interferência, que convém, por uma questão de método, examinar um por um tais fatores, numa primeira etapa, pois cada um deles atua e evolui em seu próprio ritmo, mas que é imperativamente necessário considerá-los na indissociável coesão que os une, se quisermos compreender o funcionamento do sistema.” DUBY, G. **A história continua.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1993, p. 13.

[20] “Em primeiro lugar, a história não seria mais entendida como uma ‘ciência do passado’, uma vez que, segundo Bloch, ‘passado não é objeto de ciência’. Ao contrário, era no jogo entre a importância do presente para a compreensão do passado e vice-versa...” BLOCH, M. **Apologia da história ou ofício do historiador.** Rio de Janeiro:Jorge Zahar Ed., 2001, p. 7.

Ocorre, entretanto, que nem sempre se pensou assim. Até o movimento dos *Annales*, a historiografia era considerada positiva e *événementielle,* como foi dito anteriormente, quando então se passou a defender uma concepção social da história. Isto demonstra que a renovação da história política não se deu somente por pressão externa, mas também por uma reflexão crítica dos historiadores.[21]

Nesse sentido, analisando a "Nova História Política" sob o aspecto social, entende-se o Direito como instrumento de estudo da História, haja vista ser construído na sociedade, bem como buscar seus fundamentos em normas produzidas dentro de um contexto histórico.

1.3 OS NOVOS ESTUDOS HISTÓRICOS DO DIREITO NA AMÉRICA LATINA

No século XIX, o Direito não devia absolver-se de considerações de caráter ético, político ou econômico. Era assim que em 1884 Windscheid falava do Direito, consagrando-se como um clássico do positivismo científico.[22]

Atualmente, o investigador jurídico não pode mais se fechar para as outras disciplinas, pois a complexidade das matérias sobre as quais o Direito se debruça obriga-o a conhecer as outras ciências, sem as quais não lhe seria possível construir um discurso ou

---

[21]Sobre o assunto, sustenta René Rémond: "Para a compreensão das inversões de tendências em epistemologia, os fatores exógenos não são suficientes: são precisas também conveniências internas. A virada da sorte da história política não se teria efetuado se não tivesse havido também renovação. É a conjunção dos dois movimentos que explica o fato da história política ser hoje na França um dos ramos mais ativos e fecundos da historiografia. Na verdade, ela não é mais a mesma história política, e sua transformação é um bom exemplo da maneira como uma disciplina se renova sob a pressão externa e em função de uma reflexão crítica" (RÉMOND, René (org.). **Por uma história política**. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 1996. p. 26).

[22] Sobre escola positivista transcrevo lição de Caio Mário da Silva Pereira: "(...) Adversária igualmente do direito natural é a *escola positivista*, que largamente se expandiu no século XIX, e que não enxerga senão a realidade concreta do direito positivo que seria suficiente então para explicar e preencher o jurídico, uma vez que o direito não é mais do que o legislado, ou o complexo de normas elaboradas pelo Estado, sem qualquer sujeição a uma ordem superior ou imanente, e sem se cogitar de sua justiça, pois o fundamento do direito é a força, e seu objeto a realização do anseio de segurança" (PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil.** Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 7).

uma ciência jurídica positiva[23], considerando que o Direito é mais do que a formalização da vontade política dos homens.

Assim, pergunto: Qual finalidade do Direito? Esta pergunta há muito tempo vem sendo objeto de indagação para os operadores do Direito.

Pensadores como Rudolf Von Jhering tentaram dar uma noção do Direito que se consagrasse por uma receptividade pacífica. No Brasil, o jurista Caio Mário da Silva Pereira (1995, p. 5) limita-se a dizer que: "o Direito é o princípio de adequação do homem à vida social".

O Direito nasce da necessidade de organização social. Existe Direito porque o homem vive em comunidades, relaciona-se com indivíduos que podem ter interesses conflitantes, confronta-se coma diversidade. Assim, torna-se mais patente ainda a idéia de Direito em contraposição à sua negação, ou seja, diante da ofensa, da contrariedade ou da distorção. Em qualquer tempo e tão longe quanto o investigador viaje no passado, onde quer que encontre um agrupamento social encontra sempre um fenômeno jurídico.

A insegurança obriga o homem a procurar homogeneizações de comportamentos e definições de critérios de relacionamento, evitando o perigo do conflito e escudando o indivíduo na segurança da regra. Essa segurança é a garantia pela coletividade, porque é útil a cada indivíduo que a constitui.

O Direito surge como busca de consensos. Essa busca sempre foi "minada" por argumentos externos, nomeadamente formas de manifestação da "lei do mais forte", força essa que poderia advir da capacidade física de quem queria impor as suas regras ou do temor que a religião pudesse gerar. Foram-se criando preconceitos de cultura e morali-

---

[23] Neste sentido, transcrevo trecho da aula inaugural de Barbosa Moreira proferida na Pontifica Universidade Católica do Rio de Janeiro: "Uns e outros, sem dúvida alguma, estarão suficientemente advertidos da riqueza imensa do fenômeno jurídico. Percebem, com maior ou menos clareza, que o universo do direito pode ser encarado de numerosos pontos de vista e se desdobra numa impressionante multiplicidade de dimensões." (In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual:** sexta série. São Paulo: Saraiva, 1997).

dade que moldaram, também o próprio Direito, perpetuando-se no tempo e esquecendo-se do homem e dos seus consensos (VON JHERING, 2002, p. 22-35).

Cristalizam-se “teorias e tradições comprovadas”, criaram-se regras e foi-se construindo o Direito em hermenêuticas fechadas. Os argumentos de autoridade e o império da dedução fizeram do Direito uma dogmática, cujo apogeu se reconheceu no positivismo científico. Deixou-se de pensar a vida na sua globalidade: esqueceu-se da Filosofia, da Sociologia, da Antropologia, da História, os juristas perderam seu pinto de partida.

Para o Direito, o discurso é sempre intervenção: à teoria segue-se a dogmática, à dogmática segue-se a regra, à regra segue-se o comando. A Ciência do Direito é o discurso da Justiça e da aplicação da norma. Nenhum destes fenômenos está desligado (DURO, 2000). É preciso conhecer o homem em toda a sua complexidade, tendo a prudência de utilizar uma ciência atuante e interpretativa. Por isso, o Direito não se pode descobrir dentro de si como discurso, como transcendência, mas fora de si: faz-se Direito a partir do mundo e para o mundo. Segundo Boaventura de Souza Santos (1996, p. 48):

> A fragmentação pós-moderna não é disciplinar e sim temática. Os temas são galerias por onde os conhecimentos progridem ao encontro uns dos outros. Ao contrário do que sucede no paradigma actual, o conhecimento avança à medida que seu objecto se amplia, ampliação que, como a da árvore, procede pela diferenciação e pelo alastramento das raízes em busca de novas e mais variadas interfaces.

Na trajetória da cultura jurídica há consenso de que as áreas de investigação, como História do Direito, História das Instituições Jurídicas e História do Pensamento Jurídico estão todas identificadas como saber formalista, ou como verdade extraída de grandes textos legislativos e de interpretações de magistrados. Todavia, essa tradição foi interrompida por interesse de natureza crítico-ideológico, por esgotamento da historiografia jurídica embasada em valores liberal-individualistas (WOLKNER, 2003, p. 14-15).

Na medida em que a historiografia tradicional passa da ordem legal, a História do Direito perde sua significação e entra em descrédito, constituindo-se num campo do saber de pouca utilidade, acabando por sucumbir numa crise de eficácia. As mudanças nas ciências humanas, nas insurgências de conflitos sociais e as transformações nas for-

mas da vida contemporânea determinam uma renovação[24] dos métodos de estudos das instituições jurídicas. Nesse sentido, Antônio Carlos Wolkner (2003, p. 17) afirma:

> Desta feita, urge redefinir, na historicidade da crise, os novos marcos teórico-metodológicos que possibilitam alcançar novo paradigma, envolvendo modalidades alternativas de interpretação, pesquisa e investigação histórica. Não mais uma historicidade linear, elitista e acumulativa, mas problematizante, desmificadora e transformadora.

É necessário, portanto, refletir mais sobre as questões das mudanças sociais e os novos referenciais para repensar a historicidade das idéias e das Instituições do Direito.

Antônio Carlos Wolkner (2003, p. 17) assinala cinco eventos epistemológicos que exercem influencia significativa como marco de referência aos estudos históricos do Direito.

O primeiro deles é a emergência de uma corrente que desencadeou profundas mudanças na teoria social em geral. É a renovação dos estudos marxistas, aumentando o debate sobre sua teoria para avançar a revisão de seus cânones. Com o movimento estudantil de maio de 68, institui-se uma estratégia anti-imperialista e anti-capitalista, implementando um discurso de novos sujeitos sociais. O marxismo britânico[25] contribuiu no sentido de discutir e fundar uma historiografia social.

O segundo evento é a proposta de uma "teoria crítica", representada pela Escola de Frankfurt[26]. A contribuição dessa escola foi na proposta de uma "filosofia Histórico-social que possibilitasse a mudança da sociedade a partir da constituição de um novo tipo de homem" (WOLKNER, 2003, p. 19), permitindo a tomada de consciência dos sujeitos da história e a ruptura de sua condição de opressão e marginalidade.

O terceiro referencial é a proposta feita pela escola Francesa dos *Annales*[27], optando-se por uma História que inter-relaciona os diversos significados da atividade humana. O aspecto interdisciplinar proposto objetivava ultrapassar o positivismo histórico, eliminar

---

[24] A renovação crítica na historiografia do Direito começa a aparecer em fins dos anos 60 a ao longo da década de 70.
[25] Esse marxismo foi representado por teóricos como E. Hobsbawn, C. Hill e E. P. Thompson.
[26] Foram ideólogos dessa Escola T. Adorno, M. Horkheimer, H. Marcuse e J. Habermas.
[27] Teve como figuras centrais Lucien Febvre, Marc Bloch e Fernand Braudel.

os obstáculos entre os setores da História, buscar a História social e ter a História como ciência do presente. Assim, serão redefinidas as funções dos estudos Históricos no âmbito do Direito, implicando uma estratégia interdisciplinar, com a presença de crítica e transformação do conteúdo problematizado.

O quarto evento é o pensamento latino-americano de luta teórico-prática contra uma situação sócio-política de dominação, opressão e exploração. Destaca-se o controle legal e de normatividade social, para se obter um Direito livre de injustiça e de coerção, numa sociedade composta por cidadãos autênticos.

Por fim, o quinto referencial é a presença de hermenêutica jurídica alternativa. “Exploram-se as fissuras e deficiências da ordem jurídica formal-individualista, buscando recuperar [...] a dimensão transformadora do Direito, pondo-a a serviço da libertação” (WOLKNER, 2003:22).

Esses eventos, portanto, revelam-se novos referenciais metodológicos de uma hermenêutica interdisciplinar no estudo histórico das idéias e das instituições no campo do Direito.

Assim o Direito abre-se à interdisciplinariedade, pois a vertigem da história o obriga. Nesse sentido, assevera ainda Boaventura Santos que: “[...] o Direito, que reduziu a complexidade da vida jurídica à secura da dogmática, redescobre o mundo filosófico e sociológico em busca da prudência perdida [...]” (SANTOS, 1996:46).

Não é mais possível construir uma ciência eminentemente jurídica e que não dialogue com outras áreas. Com efeito, se pensarmos que a vida do homem é, todos os dias e cada vez mais intensamente, confrontada com os mais variados tipos de novas ameaças, temos de reconhecer que só uma Ciência Jurídica aberta a essas novas realidades estará à altura de cumprir sua função reguladora e conformadora da vida em sociedade, pois só se encontram princípios e se extraem regras de uma realidade que se conhece. Ora, se o Direito não estava vocacionado para a descoberta da realidade, só tem razão de ser como uma ciência que se adequa a uma realidade conhecida.

É importante radiografar historicamente o modo como o homem se relaciona: seus conflitos, seus dramas, suas necessidades, seus costumes, suas limitações e suas ambições; só conhecendo tudo isso se poderá procurar a harmonia social; só conhecendo tudo isso de poderão encontrar os grandes princípios que regem o comportamento humano e pelos quais ele se quer reger; só conhecendo tudo isso se encontrarão as regras méis adequadas para cada categoria de situações.

A complexidade das matérias sobre as quais o Direito se debruça obriga o investigador jurídico a conhecer outras ciências sem as quais não lhe seria possível construir um discurso ou uma ciência jurídica verdadeira e adequada à realidade. Por essa razão, o jurista deverá ser o mais eclético dos cientistas.

O investigador jurídico corre, muitas vezes, o risco de achar que um conhecimento superficial da realidade lhe basta para a compreender. Simplesmente, a crescente complexidade das áreas sobre as quais o Direito tem de intervir obriga o investigador jurídico a familiarizar-se com as outras ciências auxiliares do Direito.

Está aberto o caminho para a interdisciplinaridade, apresentando-se o Direito mais como contribuinte que beneficiário. Será este o primeiro passo para o investigador jurídico, ou seja ultrapassar a “secura da dogmática” reconstruindo-a em fluxos contínuos e adaptando-se à vertigem da realidade, que só pode ser conhecida por outras ciências que não o Direito.

Por isso, uma revolução na investigação jurídica implica repensar conteúdos e reconstruir dogmáticas à luz da realidade tal como ela é conhecida pelos diversos ramos do conhecimento. Mas implica também uma alteração na linguagem, necessariamente um enriquecimento carreado por outras experiências cientificas.

Desenha-se assim a verdadeira *vocação holística* do Direito: um Direito que não se basta a si mesmo, informado toda a realidade sem conhecer; um Direito que só o é verdadeiramente quando se conforma com a realidade que o constitui (DURO, 2000). Mas se a interdisciplinaridade permite dar um passo importantíssimo para que o investigador jurídico possa ir mais longe na sua tarefa de busca de consensos, de busca de harmo-

nia social, por vezes, aparecem questões que, pela sua complexidade, especificidade e novidades, não se enquadram nas divisões clássicas das ciências, nem se bastam com a comunicação interdisciplinar das mesmas.

Na realidade, falar em interdisciplinaridade é falar de disciplinas autônomas que se comunicam entre si, aproveitando as sinergias criadas; é falar em realidades distintas que se assumem enquanto tais e que estabelecem relações. Assim, estão declaradas abertas as portas para a interdisciplinaridade, redimensionando a História do Direito e, assim, redimensionando toda a ciência.

Vê-se que os cientistas modernos não podem mais se fechar em suas cátedras, esquecendo de ver e conhecer o que acontece nas ciências vizinhas. O dialogo entre as ciências torna-se imprescindível, sob pena de os cientistas transformarem-se em “ignorantes especializados”.

Nesse aspecto, encontra-se o paradigma emergente, onde o conhecimento é total, sendo a interdisciplinaridade uma ferramenta na busca deste conhecimento. As disciplinas sentem a necessidade de um intercâmbio de idéias e métodos para darem conta de seus objetos de conhecimento, que na maioria das vezes são os mesmos, só que vistos através de outras lentes.

Assim, o historiador deve fazer um intercâmbio com antropólogos, sociólogos, juristas, psicólogos, bem como deve o investigador jurídico abrir-se na busca de consensos em todos os aspectos da vida. A interdisciplinaridade surge como característica de novos temas, várias disciplinas ao serviço de um tema: “[...] A fragmentação pós-moderna não é disciplinar e sim temática” (SANTOS, 1996, p. 46).

Neste sentido, a investigação cientifica assume seu caráter globalizante, tendo como objetivo a resolução de um problema. Supera-se a disciplinariedade estanque, mas não se aniquila a disciplinariedade assumida como método simplificador do conhecimento e adaptador da realidade à natureza da consciência humana.

1.4 JUDICIALIZAÇÃO DAS RELAÇÕES SOCIAIS COMO TEMA EMERGENTE

No contexto da “Nova História Política”, verificou-se, no tópico acima, que houve uma abertura no campo das ações sociais, pois a invasão do Direito no mundo contemporâneo também alcançou a regulação da sociabilidade e das práticas sociais. A essa crescente invasão do Direito na organização social se convencionou chamar de judicialização das relações sociais.

Nesse sentido, o Direito vem expandindo sua capacidade normativa, instruindo o Poder Judiciário para o exercício de uma intervenção no plano das novas experiências sociais, daí se compreende a importância desse Poder para a democracia brasileira. O Judiciário que, até alguns anos atrás, era um poder periférico, encapsulado, inacessível aos leigos, distante das preocupações sociais, hoje se mostra como grande instituição à serviço da democracia.

A expansão do princípio implicou uma crescente institucionalização do Direito na vida social, adentrando searas até há pouco inacessíveis a ele, como certas dimensões da esfera privada. Tudo começou com os movimentos operários em meados do século XIX, pondo-se fim à rigorosa separação entre o Estado e a sociedade civil. O primeiro sinal da intervenção do Estado nas relações entre particulares se deu por meio do Direito do Trabalho, que conferiu caráter público às relações privadas, como o contrato da compra e venda da força de trabalho. Era o início da publicização da esfera particular.

Após a Segunda Guerra Mundial, o constitucionalismo moderno concedeu espaços para as correntes do humanismo jurídico, devolvendo à antinomia clássica entre Direito e Justiça.

O Poder Judiciário passou a exercer controle sobre o Poder Executivo e o Poder Legislativo, pois o controle sobre as repercussões sociais dependeria de o Poder Judiciário exercer a jurisdição sobre a forma de comunicação, erigindo-se como poder capaz de controlar o legislador e o administrador. Luiz Werneck Vianna (1999, p. 21) complementa:

> [...] pode-se sustentar que é essa agenda que está na raiz do processo, indubitavelmente não linear, de transformação universal do Poder Judiciário em a-

> gência de controle da vontade do soberano, permitindo-lhe invocar o justo contra a lei.

A democratização social, bem como a nova institucionalidade da democracia política que se firmou com o desmonte dos regimes autoritário-corporativo do mundo ibérico (europeu e americano), trazendo à luz das Constituições informadas pelo princípio da positivação dos direitos fundamentais, estariam no cerne do processo de nova definição das relações entre os três poderes, o que ensejou a inclusão do Poder Judiciário no espaço da política.

O Poder Judiciário surge como uma alternativa para a resolução de conflitos coletivos, para a agregação do tecido social e mesmo para o alcance da cidadania. Forma-se uma nova arena, em que os procedimentos políticos dão lugar aos judiciais, forçando o judiciário a interpelar diretamente os indivíduos.

A invasão do Direito na política fez surgir os magistrados e os membros do Ministério Público, verdadeiros guardiões dos direitos em meio ao mundo laico dos interesses e da legislação ordinária, que seriam os portadores das expectativas de justiça. Os juízes são os personagens especializados em declarar como direito, princípios já admitidos socialmente. São como intérpretes do justo na prática social.

A Justiça é reconhecida como instituição estratégica nas democracias contemporâneas, que não se limita a declarar o direito, mas, sim, impõe-se entre o Legislativo e o Executivo como garantidora da autonomia individual e cidadã.

A decadência do Welfare State[28] desqualificou a política e acarretou o desmoronamento do homem democrático. Tais fatores fizeram com que o Poder Judiciário fosse visto

---

[28] "Assim, se o Welfare é o filho dos movimentos sociais, dos partidos políticos e da ação parlamentar, o Welfare State, sem prescindir desse 'circuito' para a formação da vontade coletiva, combina-o com aquele que é próprio do corporativismo moderno, dominado pela representação funcional de grupos de interesse, organizados sob a arbitragem do governo." Tem-se, então, que a abdicação do Legislativo na administração política do *welfare*, aliada à capacidade de o Estado gerir o "circuito" da representação funcional, seriam os elementos responsáveis pela configuração da outra face do Welfare State – a do Estado administrativo, com sua burocracia autonomizada do controle político, tutelando de modo paternalista cada região da vida social. Do Welfare State derivaria, por isso, um onipresente aparelho administrativo,

como a salvaguarda confiável das expectativas por igualdade e a se comportar de modo substitutivo ao Estado, aos partidos, à família, à religião, os quais não mais davam conta de cumprir as suas funções de solidarização social.

Quando os membros da sociedade perceberam que o Estado, que sempre havia sido o provedor-mor, responsável por satisfazer, remediar a atender às necessidades de todos, estava decadente, voltaram-se para o Poder Judiciário e transferiram para ele as suas esperanças.

Citado por Vianna *et al., in* Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil (1999:25), Antoine Garapon asseverou que: "O sucesso da Justiça é inversamente proporcional ao descrédito que afeta as instituições políticas clássicas, em razão do desinteresse existente sobre elas e a perda do espírito público". Na mesma obra (1999:26) continuou:

> [...] o Judiciário tem avançado sobre o campo da política onde prosperam o individualismo absoluto, a dessacralização da natureza simbólica das leis e da idéia de justiça, a deslegitimação da comunidade política como palco da vontade geral, a depreciação da autonomia cidadã e a sua substituição pela emergência do cidadão-cliente e do cidadão-vítima, com seus clamores por proteção e tutela, a racionalidade incriminadora e, afinal o recrudescimento dos mecanismos pré-modernos e de repressão e de manutenção da ordem.

Entende-se que o Poder Judiciário contribui para a incorporação de grupos marginais ao sistema político. Por meio do processo judicial, pessoas destituídas de meios para acessar os poderes políticos têm uma oportunidade para satisfazerem suas expectativas.

De acordo com o pensamento de Cappelletti e Dworkin, o Judiciário, muito mais do que equilibrar e harmonizar, deveria assumir o papel de intérprete que evidencia, inclusive contra as maiorias eventuais, a vontade geral implícita no direito positivo, especialmente

---

inacessível à cidadania e conversor dos indivíduos em clientes. Gerando um "sentimento de impotência e abandono" em todos aqueles que não conseguem se reunir em grupos poderosos com condições de obter acesso às inumeráveis alavancas da máquina burocrática. (VIANNA, Luiz Werneck; et. Al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**, 1999, p. 18)

nos textos constitucionais, e nos princípios selecionados como de valor permanente na cultura de origem e na do Ocidente.[29]

O processo de judicialização da política permite a conexão entre a democracia representativa e a participativa, na medida que com as ações públicas os cidadãos encontram-se legitimados para deflagrar o processo judicial contra as instâncias do poder. O acesso à Justiça tornou-se um canal novo de expressão ao processo de democratização social, já que por meio da Justiça as pessoas resgatam sua cidadania e alcançam objetivos, ou pelo menos expressam seus interesses de igual para igual.

O Judiciário passa a ter i papel de nivelador social, ou seja, através do justo processo judicial, em tese, ele entrega o direito ao prejudicado e desfaz grande parte das desigualdades. Assim afirmou Werneck (1999, p. 155):

> Instituição estratégica na solidarização da 'comunidade" com a sua Constituição, o seu personagem – magistrado – não se pode achar imune à intensa mobilização do direito e dos seus procedimentos por parte da sociedade civil, a nova arquitetura institucional dependendo, em boa parte, nos Tribunais e nos Juizados Especiais, do seu desempenho profissional, da sua orientação ética e do cumprimento de seu papel constitucional de 'guardião' dos direitos fundamentais.

O acesso à Justiça é o grande instrumento para a reconstituição da sociabilidade e para a conquista de uma democracia cidadã. É importante termos direitos positivados e que estes estejam sob a tutela de uma alta corte de Justiça, haja vista que assim a sociedade, diante de algum abuso ou flagrante desrespeito de direito, poderá levantar-se para se manifestar e clamar por seu direito. No que dizer de Antoine Garapon (apud VIANNA; 2003, p. 149), "a Justiça se torna um lugar em que se exige a realização da democracia".

A Justiça realiza-se por meio de seus institutos processuais, e por meio deles é que se supera as desigualdades e alcança-se os direitos. O indivíduo pode ter acesso à tradução dos seus interesses em direitos, movimento que pode guiá-lo nas experiências democráticas. A intervenção normativa e a constituição de uma esfera pública vinculada

---

[29] VIANNA, Luiz Werneck; et. al. A judicialização da política e das relações sociais no Brasil, 1999, p.38.

ao Judiciário podem se constituir em uma pedagogia para o exercício das virtudes cívicas (VIANNA, 2003, p. 150).

No território da democracia política, o Direito, seus procedimentos e instituições mobilizam-se em favor da solidarização social. Segundo Werneck (2003, p. 153) a expansão do Direito e do Poder Judiciário em uma sociedade que jamais conheceu, de fato, a liberdade, reveste-se de dupla inspiração: nasce da ocupação da crise das ideologias, do Estado e do sistema de representação; ou reitera o Direito como instrumento que se põe a serviço da construção da cidadania.

1.5 O ACESSO À JUSTIÇA COMO EXERCÍCIO DA CIDADANIA

O conceito de cidadania desenvolveu-se na Inglaterra lentamente, tendo como autor de suas dimensões T. A. Marshall. Pode ser compreendido, somando-se três elementos: o civil, o político e o social. Quando esses elementos se distanciaram uns dos outros, atribuiu-se um período de formação da vida de cada um em séculos diferentes: os direitos civis ao século XVIII, os políticos[30] ao século XIX e os sociais ao século XX.

Segundo Marshall (1998, p. 15) os direitos civis surgiram em primeiro lugar como aqueles que garantem as relações civilizadas entre as pessoas e a própria existência da sociedade civil, como garantia de uma Justiça eficiente e acessível a todos. Os direitos políticos se seguiram aos civis, referindo-se à participação do cidadão no governo da sociedade, tendo como instituição principal os partidos e um parlamento livre e representativo. Sua ampliação foi uma das principais características, embora o princípio da cidadania política universal não tenha sido senão em 1918.

Os direitos sociais[31], por sua vez, quase desapareceram no século XVIII e início do século XIX, mas o ressurgimento começou com o desenvolvimento da educação primária

---

[30] A história dos direitos políticos teve seu período de formação quando os direitos civis já haviam conquistado substância suficiente para justificar que se fale de um status geral de cidadania. (CARVALHO, José Murilo. **Cidadania no Brasil**: o longo caminho. 5. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004).

[31] Permitiam às sociedades politicamente organizadas reduzir os excessos de desigualdades e garantir o bem-estar para todos. Somente no século XX atingiram o plano de igualdade com os outros elementos

pública. A educação popular é definida como direito social, mas tem sido historicamente um pré-requiisto para a expansão dos outros direitos. Nos países em que a cidadania se desenvolveu com mais rapidez, inclusive na Inglaterra, a educação popular foi introduzida, permitindo às pessoas tomarem conhecimento de seus direitos e se organizarem para lutar por eles. " A ausência de uma população educada tem sido sempre um dos principais obstáculos à construção da cidadania". (CARVALHO, 2004, p. 11).

Essa seqüência não foi apenas cronológica, mas seguiu uma ordem de idéias no processo de aquisição de direitos, pois foi com base no exercício dos direitos civis, nas liberdades civis, que os ingleses reivindicaram o direito de votar, de participar do governo de seu país. A participação nas eleições do operariado foi responsável pela introdução dos direitos sociais. No entanto, complementa José Murilo de Carvalho (2004, p. 12):

> O surgimento seqüencial dos direitos sugere que a própria idéia de direitos, e, portanto, a própria cidadania, é um fenômeno histórico. O ponto de chegada, o ideal da cidadania plena, pode ser semelhante, pelo menos na tradição ocidental dentro da qual nos movemos. Mas os caminhos são distintos e nem sempre seguem linha reta. Pode haver também desvios e retrocessos, não previstos por Marshall. O percurso inglês foi apenas um entre outros.

Isso significa que cada país constrói o seu próprio caminho da cidadania, segundo seu processo histórico. O modelo inglês não se aplica no Brasil, pelo contrário, serve apenas para comparar contraste.

A cidadania é, pois, um *status* concedido àqueles que são membros integrais de uma comunidade. Isso significa que os que possuem *status* são iguais com respeito aos direitos e obrigações pertinentes. A cidadania, portanto, altera o padrão da desigualdade social.

Embora a cidadania seja um fenômeno histórico, os caminhos são instintos, o que significa que pode ter havido retrocessos não previstos por Marshall. No Brasil, José Murilo de Carvalho (2004, p. 8-9) analisa o conceito de cidadania, sob a ótica dos 500 anos de conquista das terras brasileiras pelos portugueses, aduzindo ser um fenômeno comple-

---

da cidadania. (CARVALHO, José Murilo. **Cidadania no Brasil**: o longo caminho. 5.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004, p.11)

xo e historicamente definido. Para ele, a cidadania plena combina a liberdade, a participação e a igualdade para todos os cidadãos, pois os dois primeiros elementos somente não levam à revolução dos problemas sociais.

Historicamente, conforme se viu acima, desdobrava-se a cidadania em direitos civis, políticos e sociais. O cidadão pleno, portanto, seria aquele que fosse titular dos três direitos; aqueles que possuíssem apenas alguns direitos eram cidadãos incompletos; e os que não se beneficiassem de nenhum dos direitos seriam não-cidadãos.

Carvalho (2004, p. 9-11) afirma que é possível haver direitos civis sem direitos políticos, mas o contrario não é viável, pois sem os direitos civis, sobretudo a liberdade de opinião, os direitos políticos, sobretudo o voto, podem existir formalmente, mas ficam esvaziados de conteúdo e servem para justificar governos.

Vale destacar que no Brasil não se aplicou o modelo inglês, tendo em vista pelo menos duas importantes diferenças: maior ênfase aos direitos sociais, como também a ordem em que os direitos foram adquiridos, já que o social precedeu os demais[32]. Assim, houve alteração na ordem da aquisição dos direitos, o que afetou a natureza da cidadania. José Murilo Carvalho destaca (2004, p. 219-220):

> [...] primeiro vieram os direitos sociais, implantados em período de supressão dos direitos políticos e de redução dos direitos civis por um ditador que se tornou popular. Depois vieram os direitos políticos, de maneira bizarra. A maior expansão do direito do voto deu-se em outro período ditatorial, em que os órgãos de representação política foram transformados em peça decorativa do regime. Finalmente, ainda hoje muitos direitos civis a base da seqüência de Marshall, continuam inacessíveis à maioria da população. A pirâmide dos direitos foi colocada de cabeça para baixo.

À época da independência do Brasil, não havia cidadãos, nem pátria brasileira, sendo a escravidão o fator mais negativo. Chegou-se ao final do período colonial com a grande

---

[32] Imperioso se torna destacar que o ano de 1930 foi um divisor de águas na história do Brasil. A partir dessa data houve aceleração das mudanças sociais e políticas, a história começou a andar mais rápido. Carvalho parte deste ano para considerar o espetacular avanço dos direitos sociais, entendendo-os como precedente aos demais, embora os direitos políticos tenham saído na frente com a Constituição outorgada em 1924, que os regulou, definindo quem teria direito de votar e ser votado. Essa é a razão pela qual, seguindo o pensamento de Carvalho, entendeu-se pela prevalência dos direitos sociais na ordem de aquisição de direitos.

maioria da população excluída dos direitos civis e políticos e sem a existência de um sentido de nacionalidade.

A interdependência brasileira foi fruto da negociação entre a elite nacional, a Coroa Portuguesa e a Inglaterra, tendo como figura mediadora o príncipe D. Pedro. No Brasil, o principal negociador foi José Bonifácio, que fazia parte da alta burocracia da metrópole. O papel do povo não foi de simples espectador, mas também não teve caráter definitivo, já que a presença foi maior nas cidades costeira, sendo quase nula no interior. Não se pode dizer, no entanto, que a independência se fez à revelia do povo, pois este foi decisivo em 1831, quando o primeiro imperador foi forçado a renunciar.

A Constituição outorgada em 1824 regulou os direitos político, definindo quem teria direito de votar e ser votado, mas trazia em si grandes limitações aos direitos civis, já que o País herdou a escravidão que negava a condição humana do escravo.

A Primeira Republica[33] não significou grandes mudanças. Os presidentes dos estados passaram a ser eleitos pela população, o que aproximava o governo do povo. Essa descentralização facilitou a formação de sólidas oligarquias, permitindo o controle da política nacional e a formação da República dos Coronéis.

O coronelismo não era apenas um obstáculo ao livre exercício dos direitos políticos; impedia a participação política porque negava os direitos civis. Não havia poder verdadeiramente público, não havia cidadãos civis. Mesmo que lhes fosse permitido votar, eles não teriam as condições necessárias para o exercício independente do direito político.

Em torno de 1920, a urbanização evoluiu lentamente, concentrando-se em algumas capitais de estado. O surgimento de uma classe operária urbana significava a possibilida-

---

[33] Às vésperas do dia da proclamação, o imperador governava patriarcalmente e os partidos republicanos faziam uma campanha de combate e desmoralização de trono. O 15 de novembro chegou numa noite em que toda a população dormia, sem se dar conta que o País fazia uma mudança brusca do regime e passava a viver sob uma República. Segundo Deusa da Cunha Bruno, "A República se inicia autoritária, omissa na questão social, assim como elitista no desprezo à participação popular. Prenuncia-se a instabilidade das instituições, a partir da dissolução das câmaras legislativas e do desrespeito à representação. Em seus primeiros passos, já se antevê uma República excludente dos direitos de cidadania do povo" (BRUNO, Deusa da Cunha. **Brasil República**: o jogo do poder oligárquico. Niterói: EDUFF, 1995, p. 20-25).

de de formar cidadãos mais ativos, já que os principais obstáculos à cidadania eram a escravidão e a grande propriedade rural. Dessa forma, sob o ponto de vista da cidadania, o movimento operário significou um avanço inegável, sobretudo no que se refere aos direitos civis. O movimento lutava por direitos básicos, como de organizar-se, de manifestar-se, de escolher o trabalho.

A política das oligarquias[34], no entanto, com sua aversão às eleições livres, não o deixavam atuar. Assim é que poucos direitos civis conquistados não puderam ser postos a serviço dos direitos políticos. Com direitos civis e políticos tão precários, seria difícil falar em direitos sociais. A assistência social estava quase exclusivamente nas mãos de associações particulares, até mesmo porque a Constituição de 1891 retirou do Estado a obrigação de fornecer educação primária.

O ano de 1930 trouxe mudanças sociais e políticas, destacando os direitos sociais, com a criação do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio e com a vasta legislação previdenciária e trabalhista completada em 1943 com a Consolidação das Leis do Trabalho.

Os direitos políticos tiveram evolução mais complexa, com alternâncias de ditaduras e regimes democráticos. Os direitos civis progrediram lentamente, mas sua garantia na vida real continuou precária para a grande maioria dos cidadãos. Os movimentos sociais independentes avançaram lentamente.

É preciso reconhecer que colocar os direitos sociais à frente dos políticos não impediu popularidade de Getúlio Vargas. A ênfase nos direitos sociais encontrava terreno fértil na cultura política da população, sendo vistos como um favor em troca do qual se deviam gratidão e lealdade. Era o avanço na cidadania, na medida em que trazia as massas para a política (CARVALHO, 2003, p. 126-127).

---

[34] As oligarquias são grupos pequenos de pessoas, da mesma camada social, e de poder aquisitivo similar, que exerciam fortes interferências nos negócios públicos, garantindo para si uma força política. Sua política é tramar o poder e dividir apenas entre si. O jogo que manipulam funcionam como uma forma do governo, fundada em interesses pessoais, privilégios de classes e defesa de instancias de seus interesses privados (BRUNO, Deusa da Cunha. **Brasil República**: o jogo do poder oligárquico. Niterói: EDUFF, 1995, p. 10).

Após a derrubada de Vargas e a promulgação da Constituição de 1946, o País entra na fase que pode ser descrita como a primeira experiência democrática. Mantêm-se as conquistas sociais do período anterior e garantem-se os direitos civis e políticos, principalmente estes.

Por vários dias, o País se viu à beira de uma guerra civil, quando o Congresso Nacional resolveu adotar o sistema parlamentarista de governo. Depois de uma série de primeiros-ministros que não conseguiram governar, foi marcado um plebiscito para janeiro de 1946, em que o povo fez a opção pelo sistema de governo presidencialista[35].

A partir de 1945, com o fim do Estado Novo, a participação do povo na política cresceu significativamente, tanto pelo lado das eleições quanto da ação política organizada em partidos, sindicatos, ligas camponesas e outras associações. “Os partidos eram organizados nacionalmente e possuíam programas definidos, apesar de muitos se guiarem mais pelo pragmatismo” (CARVALHO, 2004, p.150)

Houve oportunidade para se consolidar a democracia, mas os dois lados da elite – esquerda e direita – envolveram-se numa corrida pelo controle do governo que deixava de lado a prática da democracia representativa. No calor das lutas foram sendo abandonadas as possibilidades de negociação no Congresso e nos partidos. Os direitos sociais, por sua vez, quase não evoluíram durante o período democrático.

Com o Golpe Militar e a instalação do Regime Ditatorial, em 1964, houve uma reação defensiva em que os direitos civis e políticos foram restringidos pela violência, mas os direitos sociais foram ampliados, estendendo-se, inclusive, aos trabalhadores rurais.

---

[35] Quando o general Dutra tomou posse, em janeiro de 1946, começaram os trabalhos da Constituinte. Em setembro era promulgada a nova Constituição brasileira, optando pelo figurino liberal-democrático. O Brasil foi definido como uma República federativa, com um sistema de governo presidencialista. O Poder Executivo seria exercido pelo Presidente da República, eleito por voto direto e secreto para um período de cinco anos (FAUSTO, Boris. **História Concisa do Brasil.** São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, Imprensa Oficial do Estado, 2002, p.221).

Aboliu-se a eleição direta para Presidente da República, dissolveram-se os partidos políticos criados a partir de 1945 e estabeleceu-se um sistema com apenas dois partidos. A censura à imprensa eliminou a liberdade de opinião, não havia liberdade de reunião, os sindicatos estavam sob constante intervenção, a inviolabilidade do lar e das correspondências não existia, o próprio direito à vida era desrespeitado.

Por outro lado, unificou-se e universalizou-se a previdência, criando-se o Instituto Nacional de Previdência Social. Posteriormente, incluíram-se as duas categorias ainda excluídas - empregadas domésticas e trabalhadores autônomos. Enfim, "a avaliação do governo dos militares tem que levar em consideração a manutenção do direito do voto combinada com seu esvaziamento e a expansão dos direitos sociais em momento de restrição de direitos civis e políticos" (CARVALHO, 2004, p. 172-173).

O Regime Ditatorial com o tempo foi se deteriorando, enquanto a sociedade civil foi se organizando, o que levou ao desgaste natural do regime de execução. Gradativamente, os militares são obrigados a assinar o processo de abertura política que garantiu a retomada da supremacia civil em 1985 e que se fez de maneira ordenada[36].

Em maio de 1985, a legislação restabeleceu as eleições diretas para a Presidência da República e aprovou o direito de voto dos analfabetos, assim como a legalização de todos os partidos políticos. As eleições para a Assembléia Constituinte foram marcadas para novembro de 1986, quando seriam eleitos os membros do Congresso Nacional e os governadores dos Estados. Assim, os deputados e senadores eleitos seriam encarregados de elaborar a nova Constituição (FAUSTO, 2002, p. 286).

A Assembléia Nacional Constituinte começou a se reunir no dia 1º de fevereiro de 1987 para a elaboração da nova Constituição. Os trabalhos foram longos, tendo-se encerrado formalmente em 5 de outubro de 1988. Essa Constituição pode ser vista como o marco que pôs fim aos últimos vestígios formais do regime autoritário.

---

[36] Sobre essa temática, indica-se a leitura da obra FONTES, Virgínia Maria; MENDONÇA, Sônia Regime de Mendonça. **História do Brasil Recente** (1964-180). São Paulo: Ática, 1998.

Essa Constituinte, pois, redigiu e aprovou a Constituição mais liberal e democrática, razão pela qual recebeu o nome de Constituição Cidadã. Essa Constituição permitiu a expansão final dos direitos políticos, ao eliminar o grande obstáculo ainda existente; e a universalidade do voto, tornando-o facultativo aos analfabetos. Também ampliou os direitos sociais, fixando salário mínimo e licença-paternidade, mas as maiores dificuldades na área social têm a ver com a persistência das grandes desigualdades sociais.

Logo no início da nova fase, o Judiciário não cumpria seu papel. O acesso à Justiça era limitado a pequena parcela da população, pois a maioria desconhecia seus direitos ou, se os conhecia, não tinha condições de os fazer valer. As pessoas que se dirigiam à polícia tinham de enfrentar depois os custos e a demora de um processo judicial. Os custos dos serviços de um bom advogado estavam além da capacidade da grande maioria da população (CARVALHO, 2004, p. 214-215).

Em contrapartida, a Constituição Federal de 1988 previu mecanismos para resgatar o papel do Judiciário, inserindo novas garantias constitucionais aos Magistrados, ordenando que o Estado protegesse o consumidor, permitindo a criação de Juizados Especiais de Pequenas Causas Cíveis e Criminais para simplificar, agilizar e baratear a prestação da Justiça. Essa realidade deve existir, pois o Poder Judiciário deve se pautar ma busca pela prestação jurisdicional célere, com o intuito de atender o maior número de pessoas que a ele recorre.

Nesse sentido, insere-se o mandado de segurança, previsto no inciso LXIX, do artigo 5º da Constituição da República de 1988, como um instrumento da cidadania e do acesso à Justiça, na medida em que proporciona a todos uma Justiça célere, tendo em vista seu andamento processual simplificado, com a possibilidade de se obter a assistência judiciária gratuita; e acessível a todas as pessoas que tenham seus direitos lesados por autoridade pública ou agente a serviço do Poder Público, conforme será visto no capítulo seguinte.

2. MANDADO DE SEGURANÇA

2.1 A HISTÓRIA DO MANDADO DE SEGURANÇA

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

Na História do Direito existem diferentes constitucionalismos ao longo do tempo. O constitucionalismo[37] moderno, segundo Canotilho (1997, p. 52), designa o movimento político, social e histórico, a partir do século XVIII, que colocou em questão os tradicionais domínios políticos. Esse movimento desenhou-se como oposição ao constitucionalismo antigo[38], que se baseava na existência de direitos estamentais perante o monarca. Mesmo no período medieval, o rei como soberano submetia-se às tradições e direitos de cada estamento de sua sociedade.[39] Os súditos pertenciam a uma ordem jurídica estamental que deveria ser respeitada mesmo pelos reis mais poderosos.

---

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

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

[39] Na alta Idade Média, a forma dominante de organização política na Europa ocidental foi o reino germânico, que, nalguns aspectos, representava a perfeita antítese daquilo que é um estado moderno. Baseava-se num sistema de lealdade a pessoas, e não a conceitos abstratos ou a instituições impessoais.

Com as mudanças ocorridas nos séculos XVI, XVII e sobretudo com as rupturas revolucionárias ocorridas no século XVIII, cujo maior exemplo foi a Revolução Francesa[40], buscou-se romper de vez com a estrutura hierarquizada de poder real, edificando uma nova ordem com base nos direitos naturais do indivíduo. Esse movimento individualista repercutiu significativamente na formação do constitucionalismo moderno.

Após a Revolução Francesa e com o advento do Estado Liberal[41], operou-se um movimento nas sociedades contemporâneas, sobretudo no Ocidente, de ordenação do poder político estatal, assim como de reconhecimento e garantia dos direitos e liberdades dos indivíduos. Nesse contexto, o constitucionalismo surgiu como "uma teoria normativa do governo limitado e das garantias individuais" (CANOTILHO, 1997, p. 55). Tratava-se, na verdade, de um esforço político na busca de uma técnica específica de limitação de poder do Estado com o objetivo de garantir a segurança do cidadão frente ao poder dos organismos políticos.

Segundo T. H. Marshall (1988, p. 31), na Inglaterra surgiram os primeiros direitos modernos como garantia do cidadão contra os desmandos do Estado. Na verdade, a centralização do Estado gerara nos ingleses uma forte reação que, ao longo da história daquele país, traduziu-se em importantes documentos de garantias individuais tais como a *Magna Charta* e o *Bill of Rights*[42]. Bobbio (1992, p. 28-29) considera, inclusive, esse

---

Um reino era constituído por todos aqueles que aceitavam um determinado homem com rei, ou que nas sociedades mais estáveis, reconheciam o direito hereditário de uma determinada família a reinar (STRAYER, Joseph R. **As origens medievais dos estados modernos.** Lisboa: Gradiva, 1969).

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

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

[42] O *Bill of Rights*, de 1689, na Inglaterra, proibiu ao rei suspender as leis ou dispensar a sua execução sem o consenso do parlamento. De fato, o rei deixava de exercer, a partir do século XVIII, o direito de

processo como a primeira geração dos direitos, embora, em nossa opinião, a evolução dos direitos não tenha se realizado da mesma forma em todos os lugares.

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

Ao lado da declaração dos direitos, a limitação da ação governativa implementou-se também mediante a separação de poderes[43], determinando as funções legislativas, executivas e judiciárias como órgãos distintos. A idéia de existência de três espécies de poder em cada Estado foi sustentada por Montesquieu, na sua obra o *Espírito das Leis*.

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

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

---

veto, ratificando todos os pedidos propostos pelo parlamento (GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito.** 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 305).

[43] O princípio da separação dos poderes foi fixado desde o início da Revolução Francesa, nomeadamente pela Declaração dos Direitos do Homem e pelas constituições de 1791 e de 1795. Por esse princípio, os juízes não podem participar diretamente ou indiretamente nos poderes legislativo ou executivo, nem neles imiscuir-se; os membros destes dois poderes não podem, em contrapartida, imiscuir-se no exercício do poder judicial (GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito.** 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 494).

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

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

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

Embora surgido de ideais da Revolução Francesa, o Direito Constitucional passou à França somente em 1830, quando ali se institucionalizou em definitivo a ordem revolucionária da sociedade burguesa. Contudo, somente quatro anos depois, Guizot, Ministro da Instrução Pública da França, determinou a instalação da primeira cadeira de Direito Constitucional na Faculdade de Direito de Paris. Um ano após sua iniciativa, o Direito Constitucional difundiu-se por vários países e tornou-se de uso corrente no vocabulário político e jurídico dos últimos cem anos, período em que passou a designar o estudo sistemático das regras constitucionais (CANOTILHO, 1997, p. 52).

Enquanto um campo de conhecimento autônomo surgiu a partir do século XIX, o Direito Constitucional aspirava fornecer os elementos conceituais necessários à organização do Estado segundo as correntes do pensamento jurídico individualista e liberal. Susten-

tava-se que, do ponto de vista doutrinário, Direito Constitucional e Constituição eram distintos, dado o fato de existirem Estados sem Constituição ou com apenas uma Constituição de Fato[44], o que impossibilitaria a existência de um genuíno Direito Constitucional. As noções liberais da Europa continental preconizavam que países com Constituição de Fato formavam o conjunto de nações sem Direito Constitucional (CANOTILHO, 1997, p. 53-54).

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

Em razão do passado absolutista dos Estados modernos europeus[45] e a prevalência do poder político da burguesia na cena política do século XIX, a limitação dos poderes do Estado por meio de uma Constituição constituía-se numa regra tão amplamente a-

---

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

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

ceita que ao lavrarem o primeiro documento constitucional após a Revolução Francesa, inseriu-se no artigo 16 a seguinte disposição: “Toda a sociedade na qual não esteja assegurada a garantia dos direitos nem determinada a separação de poderes não possui Constituição”.

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

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

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

As constituições modernas, portanto, foram interpretadas pelo atual Direito Constitucional como “a ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um documento escrito no qual se declaram as liberdades e os direitos e se fixam os limites do poder político” (CANOTILHO, 1997, p. 52). Na verdade, as dimensões fundamentais

que o novo conceito de constituição incorpora pode ser classificado como: a) ordenação jurídico-política plasmada num documento escrito; b) declaração, nessa carta escrita, de um conjunto de direitos fundamentais e do respectivo modo de garantia; c) organização do poder político, segundo esquemas tendentes a torná-lo um poder limitado e moderado (CANOTILHO, 1997, p. 52).

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

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

A superação do mundo medievo trouxe consigo um Estado que se obrigou a prestar jurisdição sobre os negócios privados. Se antes a segurança provinha “da família, da vizinhança e do senhor, não do rei” (STRAYER, 1969, p. 19), o Estado Moderno constituiu governantes com amplos e poderosos poderes.[46]

[46] Vale ressaltar, desde logo, que nas fases primitivas da civilização dos povos, não existia um Estado suficientemente forte para impor o direito acima da vontade dos particulares. “Por isso, não só inexistia um órgão estatal que, com soberania e autoridade, garantisse o cumprimento do direito, como ainda não havia sequer leis” (GRINOVER, 2004, p. 21). Assim, o indivíduo que pretendesse alguma coisa de outrem, deveria se utilizar de suas próprias forças para conseguir a satisfação de sua pretensão. A esse regime chamou-se autotutela ou autodefesa. Outra solução, também nos sistemas primitivos, foi a auto-

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

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

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

A temática do acesso à Justiça trabalha a teoria do processo a partir da idéia de Democracia Social. Na verdade, o acesso à Justiça é uma denominação que se dá à teoria processual preocupada com a questão da justiça social posta pela Democracia Social. A democracia é conceito mais amplo do que o de Estado de Direito[47]. Pensavam os

---

composição, entretanto, essa forma de composição do litígio ainda pode ser encontrada nos dias atuais, em se tratando de direitos disponíveis. Ada Pellegrini Grinover (2004, p. 30) assim se manifesta: “Na autocomposição (a qual, de resto, perdura residualmente no direito moderno), uma das partes em conflito, ou ambas, abrem mão do interesse ou de parte dele. São três formas de autocomposição (as quais, de certa maneira, sobrevivem até hoje com referência aos interesses disponíveis: a) desistência (renúncia à pretensão); b) submissão (renúncia à resistência oferecida à pretensão); c) transação (concessões recíprocas)”.

[47] Estado de Direito era um conceito tipicamente liberal, daí falar-se em Estado Liberal de Direito, cujas características básicas foram a submissão ao império da lei, a divisão de poderes e o enunciado e garantia dos direitos individuais. Servira de apoio aos direitos do homem, convertendo os súditos em cidadãos livres. A expressão “Estado de Direito” evoluiu, enriquecendo-se com conteúdo novo (SILVA, José Afon-

doutrinadores liberais que o Estado de Direito fosse “capaz de salvar, em parte, a liberdade ilimitada que o homem desfrutava na sociedade pré-estatal ou dar a essa liberdade função preponderante, fazendo do Estado o acanhado servo do indivíduo” (BONAVIDES, 1972).

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

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

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

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

Esse Estado Moderno, ou seja, que surgiu após a Revolução Francesa, necessita, portanto, de um sistema representativo. Todavia, o exercício da cidadania não se resume à possibilidade de os cidadãos se manifestarem, de tempos em tempos, por meio de elei-

---

so de. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 19. ed.São Paulo: Ed. Malheiros, 2001, p. 117-118). A primeira concepção do Estado de Direito nasceu da oposição histórica na Idade Média entre a liberdade do indivíduo e o absolutismo do monarca (BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social.** 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1972, p. 4).

ções para o Legislativo e o Executivo. “Vivemos, hoje, um momento em que se procura somar a técnica necessária da democracia representativa com as vantagens oferecidas pela democracia direta” (CLÈVE, p. 83), ou seja, devemos intensificar a otimização das participações dos homens no processo de decisão. Na Constituição brasileira encontramos participação por via representativa e por via direta. O Estado que visa à justiça social necessita da participação direta do cidadão no processo político.

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

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

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

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

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

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

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

Nos dias de hoje, o direito à igualdade significa direito de igualdade de oportunidades, mais apropriadamente o direito de acesso à Justiça. O acesso à ordem jurídica justa é, antes de tudo, uma questão de cidadania. Nesse aspecto, Clémerson Merlin Clève (98) afirma que a participação na gestão do bem comum através do processo cria

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

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

A Justiça, por meio do processo, torna-se um importante instrumento de efetiva participação popular na formação da democracia social e na construção do Estado Social Democrático de Direito. A efetiva participação acontece na medida em que, com o processo, consegue-se que os direitos sociais e econômicos surgidos no Estado Constitucional sejam concretizados e entregues aos cidadãos. O mandado de segurança, por sua vez, é um instrumento processual, constante do ordenamento jurídico do Estado Democrático de Direito, que foi proposto pelo parlamentar com a finalidade de proteger direitos líquidos e certos das pessoas físicas e jurídicas.

A origem histórica do mandado de segurança envolve os primeiros instrumentos que cumpriram o seu papel no passado até o seu surgimento. É normal remeter-se ao Direito anglo-saxão, à origem do *habeas corpus* e do mandado de segurança, os remédios constitucionais garantidores da liberdade mais importantes do ordenamento jurídico. Não bastasse, aponta-se também o Direito mexicano como fonte direta de inspiração, em especial o *juicio de amparo*[48].

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

O procedimento interdital surgiu no Direito romano progressivamente, na medida em que os *apparitores* e *exsecutores*, agentes públicos auxiliares do magistrado, incumbiam-se de penhorar bens no valor suficiente para garantir a execução. Neste momento, começava uma nova fase, em que o modelo que utilizava mecanismos psicológicos pa-

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

ra o próprio devedor cumprir suas obrigações estava sendo substituído por medidas de sub-rogação[49].

Muito embora ainda não houvesse no Direito romano pós-clássico, execução específica de obrigação de fazer e não fazer, nem tampouco mecanismos de coerção processual que as amparassem, criaram-se os interditos, que eram o meio de tutela específica para determinados direitos absolutos. Os interditos decorriam de instrumento alheio à *iurisdictio,* pois se originavam do chamado *imperium*, que, por sua vez*,* era o poder concedido unicamente aos cônsules e aos pretores que os autorizava a proteger determinadas situações não alcançadas pelas normas do *ius civile*[50]*.*

Por meio do interdito, o pretor expedia ordem a pedido de um particular para que outro fizesse (interdito restituitório e exibitório) ou deixasse de fazer algo (interdito proibitório). A medida justificava-se por ser utilizada na manutenção da ordem pública, pois remediava conflitos na sociedade. Para a sua concessão, partia-se do pressuposto de que as alegações de fato formuladas pelo requerente eram reais, o que era aferido por meio da verossimilhança das alegações.

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

---

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

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

dinaria, alargando-se o conceito de obrigação de modo a abranger todo e qualquer dever de prestação.

No processo interdital do Brasil, não é difícil constatar que no terreno da tutela relativa a deveres de fazer e de não fazer, o Direito luso-brasileiro ficou muito próximo do Direito Comum.[51] O processo civil brasileiro, enquanto vigorou o "preceito cominatório"[52] fiel à linha dos interditos, esteve, até certo ponto, alheio à tendência de rejeição ao emprego de meios coercitivos para imposição de deveres de fazer e não fazer. As Ordenações Afonsinas[53] (1456), entre diversos dispositivos prevendo formas de interditos, veiculavam, no título atinente às "apelações extrajudiciais" (livro III, tít. 80), a seguinte regra a respeito dos atos ainda não começados, mas que ameaçavam ocorrer (TALAMINI, 2002, p. 294):

> § 8. E em tal apelaçam ou protestaçam assy feita deve ser inserta, e declarada a causa verisimil e resoada, por que assy apelou, ou protestou, como dito he nas outras apelaçoens. Pode-se poer exemplo: Eu me temo de alguum, que me queira ofender na pessoa, ou me queira sem rezam ocupar, e tomar minhas cousas; se eu quero, posso requerer ao Juiz, que segure mim, e minhas cousas delle, a qual segurança me deve dar; e se depois della eu receber ofença do que fuy seguro, o Juiz deve hy tornar, e restituir todo o que for cometido, e atentado depois da dita segurança dada, e mais proceder contra aquelle que a quebrantou, e menos presou seu poderio" (grafia original; sem destaques no original).

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

---

[51] "O *ius comune* era a denominação do Direito Erudito comum para todo o ocidente europeu e criado a partir do Direito Romano, ou Direito Civil, e do Direito Canônico" (Nota 40 in CAMPOS, 2003, p. 83).

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

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

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

O temor de ofensa às suas coisas ou à pessoa serviu, respectivamente, de base para a criação de duas tutelas distintas: o interdito proibitório, de caráter possessório, e outra, de caráter pessoal, destinada a impor a prestação de fatos positivos e negativos. A princípio, ambas tutelas possuíam caráter interdital e desenvolviam-se em cognição sumária, ou seja, o juiz apreciava a pretensão do autor e, entendendo-a verossímil e razoada, determinava a expedição de mandado com cláusula justificativa[54] contra o réu, acompanhado de cominação de pena.

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

O *habeas corpus*, construído na experiência do *common law*[55] é um instrumento de garantia das liberdades com características do procedimento interdital. O próprio processo do *common law* (sistema de direito dos ingleses) (CANOTILHO, 1997, p. 56) é tributário da tradição interdital romana. A influência dos interditos é perceptível em determinados

---

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

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

institutos jurídicos[56] como medidas de segurança sumárias, passíveis de concessão liminar.

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

Consagrado o direito à liberdade de locomoção, impuseram-se instrumentos destinados a sua proteção. Contudo, nem todas as espécies de *habeas corpus* criados funcionavam como protetores do direito de ir e vir. Existiam *habeas corpus* para transferir de um lugar para outro um preso; para levá-lo para testemunhar. O *habeas corpus* destinado a tutelar a liberdade era o *ab subiiciendum*, que permitia que o detento fosse levado ao tribunal para que os seus membros apurassem se a constrição da liberdade era ou não devida.

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

O *habeas corpus* no Direito brasileiro, embora grandemente influenciado pelo *Common Law*, inspirou-se não apenas no modelo anglo-saxônico. Esse instituto vingou no Brasil precisamente por encontrar suporte na "apelação extrajudicial" e em outros mecanismos de tutela interdital previstos nas Ordenações do Reino, conhecidas como "segu-

---

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

ranças reais" e as "cartas de seguro" ou de "segurança". As Ordenações Filipinas[57] continham dispositivos a respeito das Seguranças Reais (TALAMINI, 2002, p. 303):

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

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

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

No sexto volume do seu *Tratado das ações*, Pontes de Miranda afirma: "O que, depois, por influência da terminologia inglesa chamamos de *habeas corpus*, e o que se deno-

---

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

mina ‘mandado de segurança’, lá estavam em conjunto” (apud Eduardo Talamini, 2002, p. 304). Idêntico caráter interdital da origem inglesa do *habeas corpus* fez-se presente na ordem processual brasileira em 1832, quando o Código de Processo Criminal expressamente o previu em nosso ordenamento pátrio. O remédio heróico das liberdades tomou tamanha amplitude no Brasil, que era inegável a influência dos interditos em nossa tradição processual.

Segundo Castro Nunes (1994, p. 57-59),

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

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

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

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

tuto jurídico somente em casos de liberdade de locomoção. O alcance do *habeas corpus* é dilatado.

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

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

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

A reforma constitucional de 1926 encerrou os debates e de uma vez por todas limitou a abrangência do *habeas corpus* à proteção da liberdade de locomoção em si mesma. Desta forma, diversos direitos ficaram desamparados de instrumento de tutela célere e eficaz, que só veio a ser suprido com a criação do mandado de segurança, alguns anos depois.

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

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

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

2.2 O MANDADO DE SEGURANÇA NO BRASIL

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

Entre 1930 e 16 de julho de 1934, data da promulgação da segunda Constituição republicana, o Brasil viveu quatro anos de interregno ditatorial, sob o comando de um Governo Provisório, que, em 1932, foi contestado pela Revolução Constitucionalista[58].

---

[58] A Revolução Constitucionalista de 1932 foi marcada pela explosão em São Paulo de uma revolta contra o presidente Getúlio Vargas, pois sua política centralizadora desagradava as oligarquias estaduais, especialmente as de São Paulo. As elites políticas desse Estado sentiram-se prejudicadas, e os liberais reivindicavam a realização de eleições e o fim do governo provisório. No dia 23 de maio é realizado um comício reivindicando uma nova constituição para o Brasil; em julho, explode a revolta e as tropas rebeldes se espalham pela cidade de São Paulo e ocupam as ruas; em outubro, após três meses de luta, os paulistas se rendem. Apesar da derrota paulista em sua luta por uma constituição, dois anos depois da revolução, em 1934, uma assembléia é eleita pelo povo, promulgando-se a nova Carta Magna (FAUSTO,

Essa Revolução ocorreu quando Getúlio Vargas deu um golpe de morte na política dos governadores e nas oligarquias dominantes, preparando um sistema eleitoral que retirou a atribuição de proclamar os eleitos das assembléias políticas. A derrota dos revoltosos pelo ditador não obstou que fosse mantido o decreto de convocação das eleições, organizando-se a Constituinte que daria ao País nova Constituição republicana (SILVA, 2000, p. 83).

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

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

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

Boris. **A revolução de 30**: historiografia e história. São Paulo: Brasiliense, 1995 e FAUSTO, Boris. **História Concisa do Brasil**. 1. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, Imprensa Oficial do Estado, 2002). Sobre Revolução Constitucionalista consulte ainda BERCOVICI, Gilberto. “Instabilidade constitucional e direitos sociais na era Vargas”. In: BITTAR, Eduardo C. B. (org.). **História do direito brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2003, p. 222.

Ao final de discussões na Câmara, a Constituição de 1934 instituiu, de fato, o mandado de segurança[59], em título inerente às garantias de direitos, mais exatamente no § 33, do artigo 113, com a seguinte redação:

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

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

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

Esse instituto foi, então, criado para a proteção de direito incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente ilegal do Poder Executivo. Se o juiz julgasse procedente o pedido, mandaria expedir 'mandado de segurança', a fim de proibir a Administração a praticar o ato ou determinar que a situação anterior fosse restabelecida. O mandado teria caráter provisório, pois só vigoraria até que o Poder Judiciário resolvesse a questão definitivamente.

---

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

Não é preciso dizer como foram os primeiros tempos de aplicação do *remedium***.** A doutrina e jurisprudência titubeavam ante a correta aplicação do *writ*[60], a extensão de seu campo de incidência e os direitos que visavam a proteger, já que, para muitos, o mandado de segurança era uma espécie de *habeas corpus* civil[61].

Outro ponto que deve ser observado é a inegável ligação do mandado de segurança apresentado na Constituição de 1934 com os interditos possessórios[62]. Essa ligação restou bastante evidente com a parte final do dispositivo que fez ressalva quanto às ações petitórias[63] tradicionalmente empregadas para as ações possessórias. Além disso, o seu nome remete às antigas "cartas de segurança" e às "seguranças reais". O parentesco com os interditos foi de suma importância para o pronto reconhecimento pela doutrina do caráter proibitório ou compulsório da ordem judicial contida no mandado de segurança.

Quase dois anos após a Constituição de 1934, ocorreu a regulamentação do instituto do mandado de segurança por meio da Lei Ordinária n° 1 91 de 16 de janeiro de 1936, que serviu de modelo à atual Lei 1.533 de 31 de dezembro de 1951. Nessa lei infraconstitucional mantiveram-se as características de sumariedade[64], de

---

[60] *Writs* eram as medidas de segurança sumárias do direito anglo-saxão, passíveis até de concessão liminar, inspirados nos interdictas. Sofreu influência do direito romano clássico. Como notou Galeno Lacerda, as formas latinas utilizadas para os *writs* eram semelhantes às empregadas para os interditos. (TALAMINI, Eduardo. As Origens do Mandado de Segurança na Tradição Processual Luso-Brasileira. In: **Aspectos Polêmicos e atuais do Mandado de Segurança 51 anos depois**. São Paulo: Editora RT, 2002, p. 301).

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

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

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

[64] Sumariedade é característica da cognição sumária, na qual o juiz deve analisar a adequação da intensidade do juízo de probabilidade ao momento procedimental da avaliação, a natureza do direito alegado,

mandamentalidade[65] e da produção da tutela específica[66].

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

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

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

---

a espécie dos fatos afirmados, a natureza do provimento a ser concedido e as especificidades do caso concreto (WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil.** 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000, p. 128).

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

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

Nessa Constituição de 1937, não houve inclusão do mandado de segurança como garantia constitucional, omitindo-se de seu texto a possibilidade de defesa, por intermédio do *writ,* dos direitos por ele amparáveis. Essa Carta Ditatorial, embora tenha excluído o mandado de segurança do rol de garantias constitucionais, mesmo durante o Estado Novo[67], continuou a vigorar como remédio infraconstitucional.

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

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

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

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

---

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

uma emendas, através de leis constitucionais, que a alteravam ao sabor das necessidades e conveniências do momento (SILVA, 2000, p. 83).

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

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

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

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

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

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

A suavização dos termos constitucionais de “direito certo e incontestável, ameaçado ou

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

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

A Constituição de 24 de janeiro de 1967[68] não modificou a substância do enunciado da Constituição anterior, pelo contrário, no artigo 150, parágrafo 21, reproduziu o conceito do mandado de segurança, mas acrescentou-lhe o epíteto "individual", dispondo: "conceder-se-á mandado de segurança, para proteger direito individual líquido e certo, não amparado por *habeas corpus*, seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder".

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

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

Com o endurecimento ainda maior do regime, imposto pela ditadura militar, a tendência era restringir a utilização do mandado de segurança, assim como foi feito com outros

---

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

direitos constitucionais, razão pela qual foi inserida a expressão “individual” para o direito líquido e certo, delimitando o alcance do instituto processual.

Essa Constituição de 1967 durou pouco, haja vista a expedição do Ato Institucional nº 5, que rompeu com a ordem constitucional, ao qual se seguiram inúmeros atos complementares. O Presidente Costa e Silva é declarado temporariamente impedido do exercício da Presidência, atribuindo-se o Poder Executivo aos Ministros da Marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica Militar, que completaram o preparo de novo texto constitucional, promulgado em 1969.

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

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

Essa Constituição foi modificada por inúmeras emendas constitucionais, até que a Emenda Constitucional nº 26, convocou a Assembléia Constituinte para elaborar Constituição nova que substituiria a que estava em vigor.

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

Na Constituição de 1988, domina o âmago do constituinte uma vocação política de disciplinar no texto fundamental a categoria de direitos que assinalam o primado da socie-

dade sobre o Estado e o indivíduo ou que fazem do homem o destinatário da norma constitucional.

Instalou-se o Estado Social[69] da democracia, em que prepondera a garantia tutelar dos direitos do homem, na sua feição jurídico-constitucional, ao mesmo tempo em que garante às massas o poder de intervir na formação da vontade estatal, com a participação popular no processo de decisão.

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

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

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

Surgem, assim, os chamados “remédios heróicos”, ou *writs*[70] constitucionais, em proteção do particular contra a atuação do Estado. Neste contexto, insere-se a figura do mandado de segurança.

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

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

Segundo Wallace Paiva Martins (2001, p. 102), “o mandado de segurança é um dos mais notáveis e potentes meios de tutela dos direitos individuais e coletivos”. Destaca-se o instituto em exame, ao lado de outros instrumentos de acesso e recurso ao controle jurisdicional instituídos no ordenamento jurídico de um Estado Democrático de Direito (ação popular, *habeas corpus, habeas data*, ação civil pública etc), pois possui uma estrutura simplificada e especial, sendo um mecanismo expedito e eficiente de salvaguarda de direitos individuais e coletivos, ameaçados ou lesados por ato de autoridade pública. Este último aspecto denota com maior vigor o instituto do mandado de segurança como meio de controle judiciário da Administração Pública e não simplesmente um processo constitucional vocacionado à defesa de direitos individuais e coletivos.

O mandado de segurança, portanto, é um instrumento eficaz no combate de ilegalidades

---

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

ou abusos de poder no exercício de medidas auto-executórias[71] realizadas pelo Estado. É uma modalidade especial de ação de conhecimento, destinada a garantir direitos individuais e coletivos ameaçados ou violados por ato de pessoa que exerça função pública.

Trata-se, por um lado, de poder extraordinário, conferido ao administrador para que ele consiga que o interesse público visado por suas decisões se sobreponha ao interesse dos particulares. Por outro lado, trata-se de poder que não pode decorrer da vontade arbitrária do agente público, devendo necessariamente estar baseado em lei. Logo, os atos administrativos auto-executáveis são aqueles que a lei autoriza a que assim se proceda[72].

Além disso, é fundamental, para o mandado de segurança, que o alegado seja comprovado por documentos e que não haja necessidade de produção de outras provas ao longo do procedimento. É assim que, em sendo líquido e certo[73], o direito violado se admite a impetração do *mandamus* para a busca da plena proteção jurídica.

Constata-se, desta forma, que o mandado de segurança é instrumento altamente eficaz no combate ao abuso no exercício de medidas auto-executórias, realizadas pela Administração Pública. O mandado de segurança é uma modalidade especial de ação de conhecimento, destinado a garantir direitos individuais e coletivos ameaçados ou violados por ato de pessoa que exerça função pública.

---

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

[72] Afirma Hely Lopes Meirelles que "realmente, não poderia a Administração bem desempenhar sua missão de autodefesa dos interesses sociais se, a todo o momento, encontrando natural resistência do particular, tivesse que recorrer ao Judiciário para remover a oposição individual à atuação pública". MEIRELLES, Hely Lopes (apud MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2002. p. 125).

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

Caracteriza-se ainda por ser uma garantia constitucional contra atos ilegais ou abusivos do poder público, servindo para preservar o princípio da legalidade[74] administrativa em sua mais ampla concepção.

O termo garantia se explica etimologicamente, segundo Geleotti e Liñares Quintana (apud BONAVIDES, 2001, p. 484.), "pela sua derivação do *garant,* do alemão *gewaehren-gewaehr-leistung*, cujo significado é o de *sichrestellung*, ou seja, de uma posição que firma segurança e põe cobro à incerteza e à fragilidade".

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

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

Como já foi dito, portanto, consagra-se o mandado de segurança como garantia constitucional. Nesse sentido, Arnold Wald (apud BUENO, 2002, p. 64) justifica:

> [...] com o decorrer do tempo reconheceu-se que as garantias individuais não podiam ser asseguradas por simples proclamações platônicas, devendo, ao contrário, ser amparadas por adequados remédios jurídicos. Verificou-se, outrossim, que as técnicas tradicionais do direito privado não tinham a necessária

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

eficiência para restabelecer o equilíbrio nos conflitos entre o Estado e o indivíduo.

O mandado de segurança previsto na Constituição de 1988 consagra as modalidades individual e coletiva, como instrumento utilizado para proteger direito líquido e certo não amparável por *habeas corpus*[75] ou *habeas data*[76], quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições públicas.

2.3 CONCLUSÃO

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

Vale destacar, desde logo, que essa compreensão do instituto do mandado de segurança como instrumento da cidadania somente foi possível pelo estudo interdisciplinar, na medida em que a História fornece os meios de se buscar novos caminhos jurídicos, que propiciem os subsídios para o enfrentamento dos desafios trazidos pela vida em sociedade. Sem se esquecer de que o aparelho judicial elevou-se à categoria de objeto histórico, tendo em vista as inovações teóricas ocorridas na historiografia, já vistas no capítulo anterior.

Assim, a necessidade de se abordar histórica e juridicamente o mandado de segurança no Brasil refere-se ao fato de vê-lo como um instrumento de tutela eficaz dos cidadãos contra o Estado. Analisando o processo histórico do *habeas corpus* ou dos interditos

---

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

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

possessórios, o que hoje se identifica como “mandado de segurança” nasceu e se desenvolveu como mecanismo eficiente para coibir ilegalidades ou abusos de poder.

As três leis de regência, embora elaboradas há tempos atrás, continuam sendo aplicadas, atualmente, adaptadas ao texto constitucional de 1988, que é tido como a “constituição mais liberal e democrática que o País já teve, merecendo por isso o nome de Constituição Cidadã” (CARVALHO, 2002:199). Nesse contexto, o acesso à Justiça foi consagrado no artigo 5º, inciso XXXV como direito pétreo e fundamental da cidadania, razão pela qual, no processo de emergência do direito, o mandado de segurança deve ser analisado sob esse prisma.

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

Destarte, tomando por base os mandados de segurança impetrados na 1ª Vara da Fazenda Pública Estadual de Vitória, será feito um estudo de caso na busca de verificar a efetividade da ação mandamental como meio eficaz de acesso à Justiça e resgate da cidadania.

3 O MANDADO DE SEGURANÇA: UM ESTUDO DE CASO

3.1. INTRODUÇÃO

Com o surgimento do mandado de segurança na Constituição de 1934, e posteriormente,

com a regulação do instituto, grande parte da literatura sobre mandado de segurança preocupava-se com a teoria, isto é, com reflexões de conceitos e debates processuais deste instituto. Discutia-se sobre a natureza jurídica do mandado de segurança, sobre o conceito de direito líquido e certo, sobre a legitimidade ativa e passiva da ação, sobre a concessão de medida liminar, entre outros. Nessa linha, o debate freqüentemente desviava-se do cotidiano forense, ou seja, da real aplicação do mandado de segurança como garantia constitucional.

Passados anos de utilização desse instrumento, atualmente encontram-se assentadas as definições e estabelecidos os parâmetros sobre o aspecto processual, razão pela qual torna-se mais fácil analisar o mandado de segurança no sentido substancial.

Pretende-se, neste capítulo, portanto, analisar a utilização do mandado de segurança como mecanismo constitucional de defesa do cidadão em face do Poder Público, a fim de fazer valer seus direitos perante a Justiça, tendo em vista as ilegalidades ou abusos de autoridade praticados por agentes públicos ou de pessoa jurídica no exercício de atribuições públicas.

Vale destacar que a perspectiva deste trabalho é a relativização da separação das disciplinas, a fim de que se possa estabelecer um debate crítico contínuo com as ciências sociais. Uma abordagem interdisciplinar é essencial para a análise da construção da reflexão científica da História e do Direito, pois se deve analisar o Direito como um produto histórico, participante da dinâmica social, na medida em que produz transformações históricas como também é produzido historicamente.

Nesse sentido, analisa-se o mandado de segurança no acontecer social, privilegiando-se o processo histórico, para entender como o estudo dos processos histórico-sociais de produção das normas jurídicas se relaciona com o desenvolvimento de uma sociedade historicamente estabelecida.

Investiga-se, portanto, o mandado de segurança como o mecanismo jurídico que se tornou um instrumento de cidadania na sociedade brasileira pós-Constituição de 1988, na medida em que, tendo natureza célere e econômica, permite o acesso de todas as

classes sociais à Justiça, em busca do efetivo Estado de Direito.

Assim, buscando apresentar o mandado de segurança como ferramenta para a realização do verdadeiro Estado Democrático de Direito no Brasil, fez-se necessária a análise de processos judiciais como fontes para discutir a prática judiciária em relação a este instituto constitucional.

Mesmo constituindo o instituto do mandado de segurança uma área jurídica específica, considera-se importante seguir a formulação de alguns estudiosos que, no decorrer do século XX, se convenceram da necessidade de analisar o Direito não apenas no seio do processo social, mas como um processo histórico-social. Trata-se, portanto, de explicar o Direito por meio de seu próprio processo de produção, como propôs Pierre Bourdieu (apud CAMPOS, 2003, p. 33) utilizando a terminologia "campo jurídico":

> [...] a prática jurídica define-se na relação entre o campo jurídico, [...] e a procura dos profanos, que são sempre em parte determinados pela oferta. Há confrontação constante entre as normas jurídicas oferecidas [...] e a procura social [...]. A legitimidade, [...] conferida ao Direito e aos agentes jurídicos [...], não pode ser compreendida nem como efeito do reconhecimento universalmente concedido pelos "justiciáveis" [...], nem, pelo contrário, como efeito da adesão dos interesses dominantes.

Para atender a essa premissa, elegeu-se como objeto da análise o desenvolvimento processual de alguns pleitos apresentados à Justiça do Estado do Espírito Santo. Esse procedimento, portanto, permitiu-me utilizar o mandado de segurança como fonte da discussão da prática judiciária em relação a este instituto constitucional. Para maior precisão da pesquisa, escolheu-se limitar como campo jurídico as ações mandamentais impetradas na 1ª Vara da Fazenda Pública Estadual de Vitória, na busca de verificar a efetividade da ação mandamental como meio eficaz de acesso à Justiça e resgate da cidadania.

3.2 ACESSO À JUSTIÇA

O processo de construção da cidadania no Brasil deu-se de forma diversa ao processo ocorrido na Inglaterra, apresentado na obra de T. H. Marshall. Assim, somente após a Constituição de 1988 pode-se falar em garantias de direitos civis, sociais e políticos pa-

ra os brasileiros. Segundo José Murilo de Carvalho (2004, p. 199), a cidadania depois da Constituição de 1988 virou gente.

Na realidade, a Constituição de 1988 foi a primeira carta constitucional a garantir o que há muito tempo vinha-se buscando neste País, ou seja, a efetiva consagração dos direitos do cidadão brasileiro; não era suficiente ter apenas direitos civis, mas igualmente poder participar do processo político e exigir os direitos sociais.

Neste sentido, não basta ter somente o direito de voto, mas participar de forma efetiva das decisões de um País, característica essencial do sistema democrático de direito. Assim, é por meio da Justiça que a população participa efetivamente, quando vai buscar os seus direitos junto ao Poder Judiciário. Dentro dessa concepção de democracia participativa deve-se otimizar a participação dos homens no processo político, que se dá por meio do acesso à justiça.

O tema do acesso à Justiça tem sido apontado como um desafio a ser enfrentado, no intuito de se garantir uma efetiva tutela de direitos a todos os cidadãos, indiscriminadamente.

Os estados liberais do século XVIII refletiam a filosofia individualista dos direitos, de forma que o acesso à proteção judicial era representado pelo direito formal do indivíduo de propor ou contestar uma ação. A justiça, no entanto, só podia ser obtida por aqueles que pudessem enfrentar seus custos; “aqueles que não pudessem fazê-lo eram considerados os únicos responsáveis por sua sorte” (CAPPELLETTI; GARTH 1998, p. 9).

No final do século XVIII e no século XIX, as sociedades modernas deixaram de lado a visão individualista, a partir do momento em que as ações e os relacionamentos assumiram caráter mais coletivo do que individual. O movimento foi no sentido de se reconhecer os direitos e deveres sociais do governo. Nesse contexto, o direito ao acesso efetivo à Justiça ganhou particular atenção dentre os novos direitos individuais e sociais, como requisito fundamental de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir o direito de todos.

Sabe-se que os Tribunais e os julgadores de suas instâncias acabam simbolizando algo inacessível para grande parte da população que desconhece o Direito, sobretudo as classes menos abastadas, que são atingidas pelo evidente problema da falta de recursos financeiros (ALVIM).

No Brasil, igualmente aos demais países do Ocidente, especialmente a Europa Ocidental, a questão do acesso à Justiça não foi diferente. A Justiça era restrita à elite, até mesmo porque como falar em acesso à Justiça em um país escravista (CAPPELLETTI, 1998, p. 19)?

Muito se teve que caminhar para chegarmos à Carta Magna de 1988, que transferiu ao Poder Judiciário responsabilidade no tocante à concretização de metas estabelecidas para o desenvolvimento do Estado Democrático de Direito. Assim, são necessárias tentativas no sentido de se alcançar melhoras efetivas no campo do acesso à Justiça. É nesse contexto que se insere a figura do mandado de segurança.

Inicialmente, é necessário destacar, frente à vagueza do termo acesso à Justiça, que são atribuídos diferentes sentidos, podendo-se entendê-los de duas formas: como sinônimo de acesso ao Poder Judiciário, ou como acesso a uma determinada ordem de valores e direitos fundamentais para o ser humano. Para J. E. Carreira Alvim:

> o acesso à justiça compreende o acesso aos órgãos encarregados de ministrá-la, instrumentalizados de acordo com a nossa geografia social, e também um sistema processual adequado à veiculação das demandas, com procedimentos compatíveis com a cultura nacional, bem assim com a representação (em juízo) a cargo das próprias partes, nas ações individuais, e de exponenciais, nas ações coletivas, com assistência judiciária aos necessitados, e um sistema recursal que não transforme o processo numa busca interminável de justiça, tornando o direito da parte mais um fato virtual do que uma realidade social. Além disso, o acesso só é possível com juízes vocacionados (ou predestinados) a fazer justiça em todas as instâncias, com sensibilidade e consciência de que o processo possui também um lado perverso que precisa ser dominado, para que não faça, além do necessário, mal à alma do jurisdicionado[77].

Em se tratando de acesso efetivo à Justiça, é preciso definir o conceito de efetividade para superar os obstáculos existentes entre as partes do processo. Segundo Cappelletti

---

[77] Essas informações foram extraídas do artigo: **Justiça:** acesso e descesso. Disponível em: www.jusnavegandi.com.br. Acesso em: 21 mar. 2005.

(1998, p. 15):

> [...] a efetividade perfeita, no contexto de um dado direito substantivo, poderia ser expressa como a completa igualdade de armas – a garantia de que a conclusão final depende apenas dos méritos jurídicos relativos das partes antagônicas, sem relação com diferenças que sejam estranhas ao Direito e que, no entanto, afetam a afirmação e reivindicação dos direitos.

Cabe, então, identificar quais são os obstáculos ao acesso efetivo à Justiça, o que será feito a seguir.

Analisando a tabela de valores das custas processuais na Justiça Estadual do Espírito Santo, verificou-se que a resolução formal de litígios no Poder Judiciário é muito dispendiosa, pois os litigantes precisam suportar os altos custos necessários à solução de sua lide, o que constitui uma importante barreira ao acesso à justiça. Se a causa tiver pequeno valor, os custos dos processos podem exceder ao montante da controvérsia, a ponto de tornar a demanda inútil. Outro problema é o tempo que a solução judicial precisa para chegar ao seu fim. Os efeitos da demora podem pressionar as classes menos favorecidas a abandonar suas causas, ou aceitar acordos por valores inferiores àqueles a que teriam direito.

Outra dificuldade de acesso à Justiça é a possibilidade das partes (CAPPELLETTI; 1998, p. 21), que deve ser entendida como os recursos financeiros a serem utilizados como vantagem ao propor ou defender demandas, considerando os valores que podem ser despendidos para arcar com o litígio, como também para arcar com a demora do processo. Isso significa que uma das partes pode fazer gastos maiores que a outra e, como resultado, apresentar argumentos de forma mais eficiente.

Em se tratando de direitos coletivos, ou ninguém tem direito a corrigir a lesão ou o prêmio para o indivíduo buscar essa correção é pequeno demais para induzi-lo a intentar a ação. Nesse sentido, o acesso à Justiça não se torna tão efetivo a ponto de garantir que a demanda individual possa ser eficiente para obter o cumprimento da lei.

Enfim, observa-se que os obstáculos criados pelos sistemas jurídicos são mais destacados para as pequenas causas e para os autores individuais, especialmente os

pobres. Revela-se, então, que os indivíduos tenham problemas para afirmar seus direitos quando a reivindicação envolver ações judiciais por danos relativamente pequenos.

O interesse em torno do acesso efetivo a Justiça levou à criação de três posições básicas a respeito das soluções práticas para enfrentá-lo. A obra de Cappelletti (1998) foi um marco na busca das soluções para tornar a Justiça uma instituição acessível a todos, e a sua repercussão animou os operadores do direito a partir em busca de novos caminhos, reformulando as estruturas judiciárias e, especialmente, as legislações processuais, com o propósito de alcançar esse objetivo.

A primeira solução foi a assistência judiciária gratuita para os pobres; a segunda, foi a representação jurídica para os interesses difusos; e por fim, o acesso à representação em juízo, a uma concepção mais ampla de acesso à justiça e um novo ”enfoque do acesso à Justiça”. Tudo com vistas a agilizar a prática judiciária para que a parte que tem razão tenha a certeza de que receberá do Estado-juiz, ainda em vida, a prestação jurisdicional que lhe garanta o gozo do seu direito.

A onda da assistência judiciária gratuita busca os meios de facilitar o acesso das classes menos favorecidas à Justiça, delimitando os diversos modelos de prestação de assistência aos necessitados, por meio da prestação de serviços jurídicos para os pobres.

A Alemanha, em 1919, e a Inglaterra, em 1949, foram as idealizadoras do acesso à Justiça, criando um sistema de remuneração pelo Estado aos advogados que fornecessem assistência judiciária, extensiva a todos que a pleiteassem. No entanto, na década de 60, a contradição entre o ideal teórico do acesso efetivo e os sistemas totalmente inadequados de assistência judiciária despertou a consciência social para mudança (CAPPELLETTI, 1998).

A reforma começou em 1965 nos Estados Unidos, com o *Office of Economic Opportunity*

(OEO), em que os serviços jurídicos eram prestados por "escritório de vizinhança"[78], atendidos por advogados pagos pelo governo e encarregados de promover os interesses dos pobres, enquanto classe. Esse sistema era caracterizado pelos esforços no sentido de fazer as pessoas pobres conscientes de seus direitos, pois ia em direção às classes menos favorecidas para auxiliá-las a reivindicar seus direitos e criava uma categoria de advogados eficientes para atuar pelos pobres.

No início da década de 70, a maior realização das reformas na assistência judiciária na Áustria, Inglaterra, Holanda, França e Alemanha Ocidental[79] foi o apoio do denominado sistema *judicare*, através do qual a assistência judiciária é estabelecida como um direito para todas as pessoas que se enquadrem nos termos da lei, em que os advogados particulares são pagos pelo Estado (CAPPELLETTI, 1998, p. 35).

A finalidade desse sistema era proporcionar aos litigantes de baixa renda a mesma representação em juízo que teriam se pudessem pagar um advogado particular. No sistema britânico, por exemplo, o requerente poderia escolher seu advogado em uma lista de profissionais que concordassem em prestar seus serviços, ressaltando-se que a remuneração pela assistência dada pelo advogado era suficiente para atrair quase todos os profissionais.

Esse sistema confiava aos pobres a tarefa de reconhecer as causas e procurar auxílio, mas não os encorajava e nem permitia que o profissional auxiliasse na compreensão dos direitos, para que o sistema fosse utilizado principalmente para problemas em matéria criminal ou família. Ressalta-se que o *judicare* não estava aparelhado para transcender os remédios individuais.

---

[78] Esses escritórios existentes nos Estados Unidos eram localizados em regiões de periferia das grandes cidades, perto dos problemas dos cidadãos comuns, principalmente da forma que eles se refletem nestas pessoas. O conhecimento desses problemas permitia aos escritórios, através de estratégias dirigidas de orientação e prevenção, uma ação efetiva na proteção de algumas parcelas da população, enquanto classe (MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas de processo civil:** o acesso à justiça e os institutos fundamentais do direito processual.vol. 24, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993).

[79] A Queda do Muro de Berlim, em novembro de 1989, marca o início da extinção do regime comunista no Leste Europeu. A cortina de ferro que dividiu a Alemanha e separou o mundo em dois blocos – capitalista e comunista – sumiu da paisagem, o que ocasionou a unificação do país, consumada em 3 de outubro de 1990. Desde então, Berlim, unificada, é novamente a capital da Alemanha unida.

Alguns países buscavam combinar os dois modelos de assistência judiciária gratuita, de forma que um complementasse o outro, reconhecidas as limitações que existem em cada um deles. A Suécia e a Província Canadense de Quebec foram as primeiras a escolher entre o atendimento por advogados servidores públicos ou por advogados particulares (CAPPELLETTI, 1998, p. 43).

O sistema sueco inclinou-se para o modelo do sistema *judicare*, em que os advogados públicos deveriam ser mantidos através dos honorários pagos pelo Estado em benefício dos indivíduos assistidos, enquanto em Quebec os escritórios de advocacia eram mantidos diretamente pelo governo sem que se levasse em conta a competição com sociedade de advogados particulares.

As vantagens apresentadas por esses modelos levaram os reformadores de muitos países, incluindo a Austrália, a Holanda e a Grã-Bretanha a implementar sistemas em que centros de atendimento jurídico suplementassem os esquemas estabelecidos do sistema *judicare*, implementando, como na Inglaterra, “centros de atendimento jurídico de vizinhança” nas áreas pobres, tratando não apenas dos assuntos individuais, mas também dos assuntos da comunidade (CAPPELLETTI, 1998, p. 44-45).

A Suécia foi também a pioneira em algumas inovações, especialmente, na extensão da assistência judiciária à classe média, em que pessoas com rendimento mensal de até certo valor, ajustado de acordo com o custo de vida do país, pudessem receber auxílio jurídico subsidiado.

Essas medidas adotadas nos diversos países ao longo dos anos têm contribuído para o aperfeiçoamento do sistema de assistência judiciária gratuita, permitindo que as barreiras de acesso à Justiça comecem a ceder. Ainda há necessidade de maior número de advogados disponíveis para auxiliar aqueles que não podem pagar por seus serviços, todavia, para obter os serviços de um profissional altamente treinado é preciso despender dinheiro, sejam os clientes, seja o Estado.

No Brasil, a repercussão das idéias de Cappelletti estimulou o acesso à Justiça, até que foi publicada a Lei 1.060, de 5 de fevereiro de 1950, incumbindo os poderes federal e

estadual, independente da colaboração dos Municípios e da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, a concessão da assistência judiciária gratuita aos necessitados nos termos da lei.

A assistência judiciária gratuita compreende a isenção de taxas judiciárias e selos; de emolumentos e custas devidos aos juízes e serventuários da Justiça; das despesas com as publicações indispensáveis no jornal encarregado da divulgação dos atos oficiais; dos honorários de advogados e peritos, entre outros. Quem tem condições de pagar advogado, paga e ingressa em juízo; quem não tem, pode fazê-lo mediante o patrocínio de defensorias públicas, de assistências judiciárias, de escritórios-modelo ou de advogado designado pelo juízo ou pela OAB.

Outro problema é a assistência judiciária para tratar de pequenas causas, pois os advogados pagos pelo governo não se dão ao luxo de levar adiante causas cujos valores são inferiores ao custo do serviço de um advogado. Mas a solução no ordenamento jurídico brasileiro será dada com a criação dos juizados especiais, que será vista adiante, na terceira onda de acesso à Justiça. Por fim, a questão da reivindicação dos direitos difusos dos pobres, que também será tratada a seguir.

Numa primeira concepção, faz-se necessário compreender que os interesses difusos são os interesses coletivos ou grupais, diversos daqueles dos pobres, da onda de assistência judiciária gratuita. Centrando o foco de preocupação nesse aspecto, houve novas reflexões de reformas básicas do processo civil e do papel dos tribunais.

A concepção tradicional do processo civil era de cunho individualista, não deixando espaço para a proteção dos direitos difusos, já que sempre foi visto como campo de disputas entre particulares, tendo por objetivo a solução de controvérsia entre eles a respeito de seus próprios direitos individuais.

Algumas mudanças caracterizaram essa fase, como as reformas legislativas em relação à legitimidade ativa, permitindo que indivíduos ou grupos atuem em representação dos interesses difusos. A proteção desses interesses pôs em relevo a transformação do papel do juiz no processo, e de conceitos básicos como a citação e o direito de defesa, na

medida em que os titulares dos direitos difusos nomeavam um “representante adequado” para agir em benefício da coletividade, ante a impossibilidade de comparecimento de todos em juízo.

No que tange à decisão do processo, todos deveriam ser obrigados, ainda que não tenham participado individualmente do processo. Dessa forma, a noção de coisa julgada também precisou ser modificada, de modo a permitir a proteção judicial efetiva dos interesses difusos.

Essa onda permitiu a mudança do processo civil que, de uma visão individualista, funde-se a uma concepção social e coletiva, como forma de assegurar a realização dos “direitos públicos” relativos a interesses difusos.

O primeiro passo da reforma é o reconhecimento de grupos para permitir ações coletivas de interesse público. Com isso, pode-se reconhecer ao Ministério Público a proteção do interesse público em geral ou de grupos, ou atribuir legitimação a associações habilitadas a representarem adequadamente o interesse dos associados. O problema é que era necessário dinheiro e esforço para criar uma organização de porte suficiente, recursos econômicos e especialização para representar adequadamente um interesse difuso.

Nos Estados Unidos, as mudanças estiveram mais adiantadas. A proteção judicial da *class action* permitia que determinado litigante representasse toda uma classe de pessoas, ausentes os demais membros a despeito do fato de eles não terem tido qualquer informação prévia do processo, para evitar os custos de se criar uma organização permanente. No entanto, essas ações exigiam especialização, experiência e recursos em áreas específicas, que apenas grupos prósperos e bem assessorados possuíam, o que torna este um meio imperfeito de reivindicação dos interesses difusos.

No Brasil, as ações coletivas foram previstas pela Constituição de 1988 em diversos dispositivos, ora permitindo que as entidades associativas, quando autorizadas, pudessem representar seus filiados, judicial ou extrajudicialmente (art. 5, XXI); ora nos mandados de segurança coletivos, concedendo legitimidade aos partidos políticos com representação no Congresso Nacional, ou à 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 (art. 5, LXX); ora reconhecendo ao Ministério Público a função institucional de promover ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos (art. 129, III), entre outros.

A melhor solução para garantir a efetividade da tutela dos direitos e interesses difusos proposta por Cappelletti (1998, p. 66) foi a mista ou pluralista, em que a iniciativa privada se conjuga com a atividade pública, neutralizando inclusive eventuais influências políticas que possam comprometer a eficiência da tutela de interesses que pertençam a toda a sociedade ou determinado segmento dela.

A terceira onda de acesso à Justiça é o “enfoque do acesso à Justiça”, que significa o acesso à representação em juízo e a uma concepção mais ampla do acesso à Justiça. Essa expressão é assim denominada por sua abrangência. Seu método não consiste em abandonar as outras duas técnicas de reforma do acesso à Justiça, mas sim tratá-las como uma série de possibilidades para melhorar o acesso.

Essa reforma inclui a advocacia, judicial ou extrajudicial, seja por meio de advogados particulares ou públicos, mas centra sua atenção também no conjunto de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas (CAPPELLETTI, 1998, p. 67-68).

Essa onda encoraja a exploração de uma ampla variedade de reformas, incluindo alterações das formas de procedimento, mudanças na estrutura dos tribunais, o uso de pessoas leigas, modificações no direito substantivo destinadas a evitar litígios ou facilitar sua solução, e a utilização de mecanismos privados ou informais de solução de litígios. Enfim, esse enfoque reconhece a necessidade de correlacionar e adaptar o processo civil ao tipo de litígio.

Sabe-se que os litígios diferem por sua complexidade e pelo montante da controvérsia. A diversidade de litígios recomenda que os procedimentos sejam adequados a sua solução, e que esta se dê por órgãos jurisdicionais, com vistas no custo-benefício,

ressaltando-se que o procedimento pode contar com a presença de leigos, não apenas na movimentação do processo, mas na própria instrução que toma a maior parte do tempo do juiz.

Nesse sentido, pode-se perceber que o acesso à Justiça tem um número imenso de implicações, principalmente no que tange à reforma do aparelho judicial. Nesse sentido, tem havido esforços importantes para melhorar e modernizar os tribunais e seus procedimentos, no entanto, dada a complexidade das leis e a necessidade dos advogados e juízes de deslindá-las e aplicá-las, esta idéia pode ser difícil de ser colocada em prática.

Torna-se necessário, portanto, um sistema de solução de litígios como complemento, atacando-se, especialmente, as barreiras tais como custas, capacidade das partes e pequenas causas.

Mauro Cappelletti (1998, p. 81-159) apresenta limitações das reformas dos tribunais, o que como conseqüência, envolve a criação de alternativas, utilizando procedimentos mais simples ou julgadores mais informais. Dessa forma, como método alternativo para decidir as causas judiciais, estão sendo utilizados cada vez mais o juízo arbitral, a conciliação, os incentivos econômicos, e principalmente, os procedimentos especiais para determinados tipos de causa. Essas técnicas podem ser obrigatórias para algumas ou para todas as demandas, ou podem tornar-se disponíveis como opção para as partes.

Sob este aspecto, merece relevo a instituição dos Juizados Especiais de Pequenas Causas pela Lei 7.244/84, que vieram a ser substituídos pelos Juizados Especiais Cíveis e Criminais disciplinados na Lei 9.099/95. No âmbito federal, a Lei 10.259, de 12 de julho de 2001, instituiu os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, facilitando o acesso à Justiça em face dos entes públicos.

A justiça dos juizados especiais deve ser feita em uma única instância, para não dar vazão ao instinto recursal das partes, até mesmo porque só há direito ao recurso pela natureza e pelo valor da causa, os juizados devem ser centrados basicamente nos juízes, com julgamentos segundo o critério de eqüidade; e os conciliadores, pessoas

capacitadas para acabar com o litígio, mediante acordo das partes.

Além disso, os juizados devem se incumbir de uma Justiça adequada ao exercício da cidadania, com as próprias partes postulando os seus direitos, sem necessidade de patrocínio de advogado, pois o valor da causa, até vinte salários mínimos, não compensa o trabalho desses profissionais. Em contrapartida, para as causas com valor superior a vinte salários mínimos e inferior a quarenta, bem como em grau recursal, é necessária a presença de patrono.

Por fim, como método alternativo, recomenda-se a instituição de procedimentos especiais para determinados tipos de causas, a fim de adaptar os procedimentos aos tipos de demanda. Assim, devem ser adotados procedimentos simples para demandas simples e procedimentos complexos para demandas complexas, pois algumas causas, por sua natureza, exigem solução rápida, enquanto outras podem admitir longas deliberações.

Com esse sistema, preservam-se os tribunais ao mesmo tempo em que se amolda uma área especial do sistema judiciário que deverá alcançar determinados indivíduos, atrair suas demandas e capacitá-los a desfrutar das vantagens que a legislação oferece.

O mandado de segurança insere-se nesse contexto, pois seu procedimento foi regulado por leis próprias, a fim de padronizar os litígios. Além disso, não existe a condenação em honorários advocatícios[80] para a hipótese de sucumbência, e sua natureza célere faz com que este instituto processual seja utilizado para resguardar os cidadãos.

3.3 MANDADO DE SEGURANÇA E ACESSO À JUSTIÇA

A coleta de dados foi iniciada com o levantamento do número de processos registrados no Cartório da 1ª Vara da Fazenda Pública Estadual de Vitória, Espírito Santo. Estes

---

[80] A impossibilidade de condenação em honorários advocatícios foi pacificada na Súmula 512 do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual “não cabe condenação em honorários de advogado na ação de mandado de segurança”, como também na Súmula 105 do Superior Tribunal de Justiça, que dispõe que “na ação de mandado de segurança não se admite condenação em honorários advocatícios”.

números foram colhidos dos livros Tombo e dos relatórios levantados pela Central de Processamento de Dados do Fórum Muniz Freire.

O Município de Vitória, juntamente com Vila Velha, Cariacica, Serra e Viana, para os efeitos da Administração Judiciária, constituem a Comarca da Capital. É considerada a última entrância da carreira da magistratura estadual, com a denominação de Entrância Especial, juntamente com seus cartórios e serventias oficializadas ou não.

De acordo com o artigo 39 do Código de Organização Judiciária do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo (Lei Complementar nº 234 de 18 de abril de 2002), a cidade de Vitória possui 21 Juízes de Direito das Varas Cíveis (da 1ª à 21ª); 10 Juízes de Direito de Varas Criminais (da 1ª à 10ª); 01 Juiz de Direito Auditor da Justiça Militar; 6 Juízes de Direito de Varas da Fazenda Pública, sendo: 3 Juízes da Fazenda Pública Estadual (da 1ª à 3ª); 1 Juiz de Direito da Fazenda Pública Estadual Privativa das Execuções Fiscais; 01 Juiz de Direito da Fazenda Pública Municipal e 1 Juiz de Direito da Vara Privativa de Registro Público, e com competência em matéria de Meio Ambiente; 2 Juízes de Direito de Vara Especializada da Infância e da Juventude; 5 Juízes de Direito de Vara de Família (da 1ª à 5ª); 10 Juízes de Direito de Juizado Especial Cível (do 1º ao 10º); 3 Juízes de Direito de Juizados Especiais Criminais (do 1º ao 3º); 2 Juízes de Direito de Vara de Órfãos e Sucessões (1ª e 2ª); 02 Juízes de Direito de Falência e Concordata; 1 Juiz de Direito de Acidente do Trabalho; e 1 Juiz de Direito de Vara de Central de Inquéritos Criminais.

Dentre tantas Varas Especializadas, tomou-se como base para a análise dos dados somente as ações mandamentais impetradas por pessoas físicas na 1ª Vara da Fazenda Pública Estadual de Vitória nos últimos 3 (três) anos, utilizando-se critérios subjetivos e objetivos.

O primeiro refere-se à escolha desta Vara, pela facilidade de acesso aos registros dos processos, tendo em vista a atuação da autora dessa dissertação na referida Vara como magistrada. Vale destacar que o Código de Organização Judiciária prevê a existência de 3 Varas da Fazenda Pública Estadual, restando apenas uma a ser instalada, razão pela qual a escolha se deu somente entre a 1ª e a 2ª Vara.

O segundo consiste na seleção das ações impetradas por pessoas físicas, pois se objetiva demonstrar que o remédio constitucional em exame se presta como instrumento da cidadania quando esta é afrontada por ato ilegal do poder público, razão pela qual se pesquisou apenas os processos interpostos por pessoas físicas.

Assim, na compreensão do mandado de segurança como instrumento de acesso à Justiça, foi necessário coletar as informações de campo, organizá-las de forma a examinar a extensão em que elas vão ao encontro das hipóteses a respeito do instituto observado, bem como interpretá-las à luz dos fundamentos teóricos que orientaram a coleta de dados.

Dessa forma, através da observação e da análise documental, os dados foram estudados e comparados, construindo-se um quadro em que ficou evidenciada a configuração da realidade pesquisada, sendo assim possível efetuar análises e interpretações.

Foram selecionados para análise 914 processos, dos quais 754 tinham sido ajuizados por pessoa física e 160 por pessoa jurídica (Tabela A).

TABELA A - TOTAL DE MANDADOS DE SEGURANÇA

ANO	PESSOA FÍSICA	PESSOA JURÍDICA
2001	7,8%	0,2%
2002	44,6%	5,8%
2003	25,1%	7%
2004 SUBTOTAL	4,6% 82,1%	4,9% 17.9%
TOTAL DE PROCESSOS		914

Obs: Esses dados foram extraídos da Central de Processamento de Dados do Fórum Muniz Freire.

Inicialmente, ficou definido que somente seriam analisadas as ações mandamentais impetradas por pessoas físicas, razão pela qual, dos 895 processos selecionados, apenas 735 processos foram objeto de análise.

Deve-se destacar que o volume de mandados de segurança impetrados por pessoas jurídicas é significativamente menor que os propostos por pessoas físicas. Embora não seja objeto desta dissertação, foi observado que as ações propostas por pessoas jurídicas envolviam matérias tributárias.

Após a separação dos processos de pessoa física, era necessário selecioná-los segundo o mês e o ano de ajuizamento (Tabela B), para fazer a análise do volume de ações impetradas por mês.

TABELA B - MANDADOS DE SEGURANÇA REGISTRADOS A CADA MÊS

MÊS/ANO	2001	2002	2003	2004
Janeiro	-	85	7	20
Fevereiro	-	26	13	9
Março	-	23	8	16
Abril	-	33	12	-
Maio	-	28	10	-
Junho	-	39	35	-
Julho	-	44	20	-
Agosto	-	21	22	-
Setembro	-	12	26	-
Outubro	-	14	25	-
Novembro	-	53	25	-
Dezembro	70	30	24	-

Obs: Esses dados foram extraídos da Central de Processamento de Dados do Fórum Muniz Freire

Verifica-se que é variável a quantidade de mandado de segurança impetrado por mês, razão pela qual não existe uma ordem cronológica que permita identificar claramente os meses com maior índice de ajuizamento de mandados de segurança.

Além disso, foi preciso também definir a média de tempo entre o ajuizamento do mandado de segurança e sua sentença (Tabela C), a fim de que, posteriormente, fosse feito o cálculo do tempo que o processo demorou a chegar ao seu fim, na expectativa de se compreender a eficácia desse instrumento constitucional como garantia do acesso célere à Justiça.

TABELA C [*] - MÉDIA DE TEMPO ENTRE O AJUIZAMENTO E A SENTENÇA DOS MANDADOS DE SEGURANÇA

TEMPO	QUANTIDADE
1 mês	12 processos
2 meses	15 processos
3 meses	14 processos
4 meses	21 processos
5 meses	20 processos
6 meses	3 processos
7 meses	1 processo
8 meses	2 processos
9 meses	1 processo
10 meses	2 processos
13 meses	4 processos
15 meses	1 processo
16 meses	3 processos

Obs: Esses dados foram extraídos da Central de Processamento de Dados do Fórum Muniz Freire
[*] Os dados apresentados nesta tabela não incluem os processos que foram extintos.

Analisa-se, então, que o prazo máximo para conclusão dos processos foi 16 meses, devendo-se ressaltar que a maior parte das ações teve seu fim num prazo de 5 meses, o que permite concluir que a prestação jurisdicional foi célere.

Deve-se ressaltar, ainda, que pelo fato de já se ter delimitada a utilização de processos arquivados, foi necessária a identificação de quantos seriam, a partir da situação processual no andamento de cada processo. Constatou-se, assim, que entre os processos de pessoa física, 451 estavam tramitando, 85 haviam sido remetidos ao Tribunal de Justiça e 218 estavam arquivados. Portanto, dos 895 processos inicialmente selecionados, apenas estes últimos serão os documentos da pesquisa.

Delimitado o número de processos de pessoa física que estavam arquivados, o próximo passo da coleta de dados foi a análise dos pedidos iniciais, das sentenças, da duração temporal e das custas de cada processo.

A princípio, os dados seriam retirados dos próprios autos, todavia estes não puderam ser utilizados, pois as ações não se encontravam em Cartório, devido a seu processo de arquivamento. A solução encontrada, portanto, foi a análise dos livros de sentença do cartório onde estão registradas as sentenças de cada mandado de segurança.

Dessa forma, para orientar o trabalho, foram construídas fichas contendo o número do processo, o nome completo do impetrante, o sexo, a forma de pagamento das custas processuais, o mês de ajuizamento, a data final, o pedido e a sentença, a fim de se extrair os dados necessários para a análise final, como se estivesse compulsando os próprios autos.

Durante esse trabalho de levantamento dos dados, constatou-se que dos 218 processos examinados, 45 não foram encontrados nos livros de sentença, razão pela qual não há como incluí-los nos cálculos apresentados. Restaram, portanto, apenas 173 como objeto de exame.

Nesse ínterim, com o total de 895 processos selecionados inicialmente, aplicando-se o método qualitativo de pesquisa, somente foi observado e analisado o total de 173, o que permitiu que se chegasse às conclusões esposadas a seguir.

Recolhidos os dados, iniciaram-se as comparações para a formulação dos quadros gerais. Assim, dentre os processos examinados, foram separadas as ações mandamentais pela matéria discutida nos autos, como também pela autoridade em face da qual a ação estava sendo impetrada[81].

---

[81] Autoridade coatora é aquela que detém poder e competência para decidir, ou seja, é a única que, além de poder praticar atos executórios, pratica atos decisórios. É aquela autoridade da qual emana o ato ilegal ou abusivo de poder e a legitima para dispor de condições para restaurar o *status quo ante.* (BOCHENEK, Antônio César. A autoridade coatora e o ato coator no mandado de segurança individual. In:

O maior número de pedidos dos mandados de segurança eram relativos a ações em face dos diretores dos Centros Supletivos de Ensino, em que se pleiteava o direito à inscrição em exame supletivo de 2º grau, em virtude da aprovação no vestibular. Houve, também, pedidos contra o Departamento Estadual de Trânsito (DETRAN-ES) em relação a multas e apreensão de veículos; contra atos do Corpo de Bombeiros Militar do Espírito Santo (CBMES), contra Faculdades, entre outros (Tabela D).

TABELA D - PEDIDOS DOS MANDADOS DE SEGURANÇA

PEDIDOS	QUANTIDADE
Centros Supletivos	67,1% processos
Detran-ES	12,7% processos
CBMES	4,6% processos
Faculdades	3,4% processos
Outros	12,2% processos

Obs: Esses dados foram extraídos da Central de Processamento de Dados do Fórum Muniz Freire

Os mandados de segurança impetrados em face dos Centros Supletivos foram propostos por menores assistidos por seus pais, com idade média entre 16 e 18 anos incompletos, na ânsia de conseguirem lutar mais cedo por uma vaga no mercado de trabalho, partindo-se do pressuposto que obteriam o grau de graduação anteriormente àqueles que ainda não haviam conseguido aprovação no ensino superior.

No entanto, para ingressarem na faculdade, era necessário que apresentassem o certificado de conclusão do ensino, o que só seria possível se fossem aprovados nos exames aplicados pelos Centros Supletivos. Estes, por sua vez, não aplicavam os exames para os candidatos que contassem com menos de 18 anos, por expressa determinação legal.

Por essa razão, os impetrantes pleiteavam o direito de se inscrever nos Centros

---

BUENO, Cassio Scarpinella. **Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança.** São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 55).

Supletivos para a realização dos exames e para a aquisição do certificado de conclusão do ensino fundamental, para então apresentar esse documento de conclusão às instituições de ensino superior para o qual tinham sido aprovados e efetuar a matrícula.

Dos processos examinados, 34,1% receberam sentença favorável, 27,1% foram julgados improcedentes e 38,8% foram extintos, sem julgamento de mérito, verificando-se o maior índice de ajuizamento de ação no ano de 2002.

Com relação à extinção do processo sem julgamento de mérito, deve-se destacar que o Código de Processo Civil, em seu artigo 267, enumera as diversas hipóteses em que o Juiz pode encerrar o processo sem se pronunciar sobre a matéria objeto do pedido.

No caso dos mandados de segurança analisados, verificou-se que os processos tiveram como principais causas de extinção a desistência da ação[82] por parte do impetrante; a inércia da parte em promover o andamento do processo[83], o não pagamento das custas processuais e o erro na formulação das iniciais ou na indicação da autoridade coatora [84].

As decisões que julgaram favorável o pedido dos impetrantes entenderam ser dever do Estado a educação, de acordo com o artigo 208, inciso V da Constituição Federal, já que é garantia do cidadão o acesso aos níveis mais elevados de ensino, da pesquisa, da criação artística, segundo a capacidade de cada um, sendo inadmissível impor qualquer limitação, principalmente pela faixa etária.

---

[82] Quando o autor desistir da ação, o mérito não pode ser apreciado, devendo o Magistrado proceder à extinção do processo, sem ingressar no exame do mérito. A desistência da ação nada tem a ver com o direito material discutido, razão pela qual esta pode ser reproposta em processo futuro (NERY JUNIOR, Nelson. **Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor.** 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 595).

[83] Depois de um ano paralisado, a contar do último ato processual, o Juiz pode extinguir o processo sem julgamento de mérito, independente de alegação da parte, de que não houve negligência de sua parte (NERY JUNIOR, Nelson. **Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor.** 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 592).

[84] Para que o Juiz possa aferir a quem cabe a razão do processo, deve examinar questões preliminares, que dizem respeito ao próprio exercício do direito de ação (condições da ação) e à existência de regularidade da relação jurídica processual (pressupostos processuais). As condições da ação, legitimidade das partes, interesse processual e possibilidade jurídica do pedido, possibilitam ou impedem o exame do mérito (NERY JUNIOR, Nelson. **Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor.** 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2002, p. 593).

Embora haja previsão legal de limitação da idade para conclusão do ensino fundamental, deve-se tomar o cuidado de evitar ficar restrito ao sentido literal e abstrato do comando legal. É preciso trazê-lo à realidade por meio da interpretação, e atento ao princípio da razoabilidade, até mesmo porque a Lei 5.692/71, em seu artigo 14, §4º, estatui que os sistemas de ensino poderão admitir a adoção de critérios que permitam avanços progressivos dos alunos pela conjugação dos elementos de idade e aproveitamento.

Dessa forma, com base na fundamentação exposta, determinava-se a inscrição do impetrante no Centro de Estudos Supletivos, determinando que lhe fosse aplicado o exame supletivo especial para que, obtendo o certificado de conclusão daquele curso, pudesse proceder à matrícula para o curso em que tinha sido aprovado.

Concedida a segurança, o ato administrativo já começava a produzir seus regulares e jurídicos efeitos, assegurando o ingresso do impetrante na universidade. Afastá-lo do ensino superior é violar o direito subjetivo consubstanciado no exame vestibular seletivo já de alguns anos realizado, onde foi aprovado. Essa é a tese do fato consumado para situações já consolidadas e estabilizadas no tempo, que foi adotada por um longo período nos tribunais brasileiros.

Em contrapartida, as decisões denegatórias da segurança fundamentam que o impetrante que ainda não completou 18 anos não tem direito à matrícula em curso supletivo, haja vista que não houve a implementação do requisito relacionado à idade mínima, não podendo realizar os exames respectivos sem o atendimento dessa exigência.

No intuito de comparar as ações mandamentais relativas aos Centros de Estudos Supletivos impetradas em Vara da Fazenda Pública Estadual, utilizaram-se também os mandados de segurança da Vara da Fazenda Pública Estadual de Cachoeiro do Itapemirim.

A escolha do Município de Cachoeiro de Itapemirim também obedece ao critério subjetivo da facilidade de acesso aos registros dos processos, já que autora dessa dissertação atua na referida Vara como Magistrada. Sabe-se que o Código de Organização Ju-

diciária prevê a existência de 2 Varas da Fazenda Pública Estadual, que foram utilizadas na análise do caso concreto, e 1 Vara da Fazenda Pública Municipal e de Registro Público, e com competência em matéria de Meio Ambiente.

O Município de Cachoeiro de Itapemirim faz parte da Justiça de primeira instância, sendo considerado de terceira entrância da carreira da magistratura estadual, juntamente com seus cartórios e serventias oficializados ou não.

TABELA E - MANDADOS DE SEGURANÇA IMPETRADOS CONTRA O CENTRO DE ESTUDOS SUPLETIVOS DE CACHOEIRO DE ITAPEMIRIM

	2001	2002	2003	2004	TOTAL
1ª VARA DOS FEITOS DA FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL DE CACHOEIRO DE ITAPEMIRIM	5	17	4	1	27
2ª VARA DOS FEITOS DA FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL DE CACHOEIRO DE ITAPEMIRIM	2	17	5	3	27

Obs: Esses dados foram extraídos da Central de Processamento de Dados do Fórum Muniz Freire.

O que se pode verificar, para efeito de comparação, é que houve grande índice de ajuizamento de mandados de segurança no ano de 2002, quando a tendência dos Tribunais, especialmente o Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, era conceder a segurança, nos termos dos argumentos explicitados acima. Posteriormente, o Superior Tribunal de Justiça passou a se posicionar em sentido contrário, razão pela qual a segurança passou a ser denegada, e a parte interessada deixou de recorrer ao Poder Judiciário.

Com relação às ações mandamentais impetradas contra o Departamento Estadual de Trânsito do Espírito Santo - DETRAN, todos os pedidos eram relativos a multa, tais como: o não condicionamento do pagamento do licenciamento, do seguro obrigatório

do veículo e do imposto sobre propriedade de veículo automotor independente do pagamento das multas; a liberação de veículo retido sem o prévio pagamento da multa e a transferência do automóvel sem pagar o valor das infrações.

Deve-se destacar que todos os pedidos tinham como fundamento jurídico o fato de que o Detran não pode vincular a expedição de documentos internos relativos ao automóvel às multas incidentes sobre o mesmo, se dessa multa o infrator ou proprietário do veículo não foi devidamente notificado para proceder à quitação ou exercer o seu direito de defesa, na forma da lei. Portanto, é ilegal condicionar o recolhimento de qualquer taxa ao pagamento de multa de trânsito quando não comprovada a regular notificação do devedor.

Além disso, a multa pode ser cobrada de forma autônoma em execução própria. No entanto, a autoridade coatora a utiliza como meio de coerção para que o cidadão que supostamente praticou um ato ilícito de trânsito, ao efetuar o pagamento do licenciamento ou do imposto do veículo, seja coibido a pagar também a multa.

Dos 22 processos analisados, 16 foram extintos na forma do artigo 267 do Código de Processo Civil e 6 foram julgados procedentes pelo Magistrado, determinando que o Detran não condicione qualquer ato relativo à manutenção do veículo ao pagamento da multa.

No que tange aos mandados de segurança impetrados contra ato do Comandante do Corpo de Bombeiros Militar do Espírito Santo – CBMES, os pedidos foram, em geral, de matrícula e de incorporação do impetrante no curso de formação de soldado.

Encontrou-se nos arquivos da 1ª Vara da Fazenda Pública Estadual, 8 processos relativos ao Comandante do Corpo de Bombeiros do Espírito Santo – CBMES, dos quais 3 foram extintos, sem julgamento de mérito; 2 foram julgados procedentes, determinando a matrícula ou a incorporação do impetrante no curso de formação de soldado e 3 foram julgados improcedentes.

Havia, ainda, processos cujas matérias não eram relativas ao Centro Supletivo, ao Departamento Estadual de Trânsito – DETRAN, ao Comandante do Corpo de Bombeiros do Espírito Santo – CBMES ou às faculdades, que totalizaram o número de 21 ações, sendo: 1 contra a Delegacia de Furtos e Roubos, 4 contra o Presidente da Comissão de Concursos do Ministério Público; 3 contra o Secretário da Fazenda do Espírito Santo; 2 contra a ESCELSA – Centrais Elétricas do Espírito Santo S. A; 1 contra o Secretário de Segurança Pública; 1 contra o Cartório de Registro de Imóveis; 1 contra o Estado do Espírito Santo; 1 contra a Ordem dos Advogados do Brasil; 1 contra o Secretário de Educação; 2 contra o Secretário de Administração e Planejamento; 1 contra o Secretário de Recursos Humanos; 1 contra a Polícia Militar do Espírito Santo; 1 contra o Partido do Movimento Democrático Brasileiro – PMDB e 1 contra o IPAJM – Instituto de Previdência e Assistência Jerônimo Monteiro. Dos 21 processo, 19 foram extintos sem julgamento de mérito.

Além da análise das decisões dos mandados de segurança, para entender este instituto processual como mecanismo de acesso à Justiça, fez-se necessária a verificação do pagamento ou não das custas processuais pelo impetrante. Segue a tabela a seguir:

TABELA F – CUSTAS PROCESSUAIS

Custas	Centro Supletivo	Detran	CBMES	Faculdades	Outros
Custas Pagas	96,5%	72,7%	75%	100%	76,2%
Custas Não Pagas	0,8%	9,1%	12,5%	0	0
Assistência judiciária gratuita	2,7%	18,2%	12,5%	0	23,8%
Total	116	22	8	6	21

Obs: Esses dados foram extraídos da Central de Processamento de Dados do Fórum Muniz Freire

O que se pretende com a análise desses dados é verificar como funciona o acesso irrestrito ao Poder Judiciário, como garantia fundamental dos cidadãos, segundo a qual nenhuma lesão ou ameaça a direito pode ser impedida de chegar à apreciação por esse Poder da República.

Como dito anteriormente, um dos meios de acesso à Justiça é a invocação da assistência judiciária gratuita, prevista no artigo 5º, LXXIV e na Lei 1.060/50. Para fins dessa lei, considera-se beneficiário todo aquele cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família. Para isso, é preciso que a parte faça simples afirmação, na própria petição inicial, no sentido de demonstrar que preencheu os requisitos legais para obter esse benefício.

No total de 173 processos, constatou-se que foram assistidos pelo benefício da assistência judiciária gratuita somente 7,5% dos impetrantes, arcando com o pagamento das custas processuais a quantia de 90,2%. As custas não pagas, que totalizaram 2,3% levaram à extinção do processo, sem julgamento de mérito.

Analisando o caso específico dos Centros Supletivos, deve-se ressaltar que o percentual de 96,5% de custas pagas representa a grande quantidade de pessoas que não

poderiam ser assistidas pelo benefício da assistência judiciária gratuita em razão da sua situação financeira. Isso se justifica pelo fato de que os impetrantes, em sua grande maioria, foram alunos em escolas particulares durante o ensino fundamental, da mesma forma que também foram aprovados em instituições de ensino superior particular.

Demonstra-se, assim, que a condição financeira dessas pessoas não permitia que fossem classificadas como pobres no sentido da lei, motivo pelo qual somente 0,8% não pagou as custas processuais, o que não significa que, por essa razão, o mandado de segurança não pode ser considerado meio de acesso à Justiça. Pelo contrário, pode-se caracterizá-lo como instrumento posto à disposição de todos os cidadãos, embora nem todas as classes sociais o utilizem, até mesmo porque o problema não se encontra no mandado de segurança, e sim, na alteração lógica da aquisição de direitos.

Outro ponto relevante que mereceu destaque na análise diz respeito ao tempo de duração dos processos. Esse aspecto permite observar se as ações mandamentais em destaque estão respeitando a celeridade processual, característica do rito do mandado de segurança. Com isso, foi construída a seguinte tabela:

TABELA G – TEMPO DE DURAÇÃO DOS PROCESSOS

Meses de duração do processo	Centro Supletivo	Detran	CBMES	Faculdades	Total
1	24	6	2	3	35
2	16		1		17
3	15	2		3	20
4	20	3	2	1	26
5	18	2		1	21
6	4		1		05
7	1				01
8	3	1			04
9	1				01
10	3				03
12		1			01
13	4				04
15	1	1			02
16	2	3			05
17		2			02
21		1			01

Como se pode verificar, dos 173 processos investigados, 68,7% foram sentenciados no prazo de 5 meses, e somente 8,1% dos processos demoraram mais de 1 ano para chegar ao seu fim.

Vale destacar que o procedimento do mandado de segurança se inicia com o recebimento da petição inicial e prossegue com a notificação da autoridade coatora para prestar informações no prazo de 10 dias. Depois, segue o processo para o membro do Ministério Público para proferir parecer no prazo de 5 dias, e em seguida, os autos serão conclusos ao Juiz para decisão.

Então, pode-se dizer que o impetrante postula a invalidade do ato, a autoridade coatora defende-o, o Ministério Público opina e o Juiz decide, sem qualquer fase de saneamento ou instrutória. Isso significa que do ajuizamento da ação até a prolação da sentença, confirma-se a expectativa constitucional do rito célere e ágil do mandado de segurança, razão pela qual se verifica que 68,7% dos processos tiveram a tutela jurisdicional prestada no prazo de cinco meses.

3.4 ANÁLISE DAS AÇÕES IMPETRADAS EM FACE DOS CENTROS SUPLETIVOS DE ENSINO

Analisando os dados extraídos dos processos de mandado de segurança distribuídos para a 1ª Vara da Fazenda Pública Estadual de Vitória, depara-se com um relevante número de ações impetradas em face do Centro Supletivo de Ensino. Como já dito, essas ações buscam a tutela do Estado para que menores de 18 anos, aprovados no vestibular, mas que ainda não possuem o segundo grau completo, possam realizar a prova do supletivo e ter o certificado de conclusão de segundo grau para ingresso nas universidades.

Verifica-se que esta questão a princípio tão corriqueira foi motivo de angústia para vários jovens da nossa sociedade, que ansiosos para entrarem na universidade, vêem no exame supletivo a possibilidade de ganharem tempo e, posteriormente, serem inseridos no mercado de trabalho.

Na realidade, os dados apresentados revelam muito mais do que um relevante índice numérico de mandados de segurança impetrados em face do Centro de Ensino Supletivo. Atrás desse dado quantitativo está o grande anseio de vários cidadãos brasileiros em busca de inclusão social por meio da educação escolar. A educação popular definida como direito social tem sido historicamente um pré-requisito para os outros direitos (MARSHALL, 1988, p. 44-45).

Embora o Brasil historicamente tenha dado maior ênfase aos direitos sociais, a educação superior desde o Brasil colônia era restrita à elite. Segundo José Murilo de Carvalho (2003, p. 65), “a elite era uma ilha de letrados num mar de analfabetos”.

Para se entender melhor as questões referentes à educação, necessário se faz um breve relato da evolução do ensino no Brasil.

Devido à estrutura econômica que aqui foi implantada quando da colonização do Brasil por Portugal, devido ainda à necessidade de se estabelecer um esquema próprio de segurança na colônia, viu-se surgir um isolamento e uma estratificação bem delimitados. De um lado, o branco colonizador, a classe dominante, detentora do poder político e econômico, e de outro, a população nativa, negra e mestiça, os dominados.

Nesse contexto, aos donos de terras e senhores de engenho, aos donos do poder, é que cabia a educação, embora os números fossem restritos, uma vez que não incluíam as mulheres nem todos os filhos de senhores. A educação escolarizada na colônia era, portanto, reduzidíssima.

Destaca-se o papel que desempenharam os padres da Companhia de Jesus. A educação disseminada pelos jesuítas tinha por objetivo a formação de letrados e eruditos. Uma educação literária, humanista, alheia à realidade da vida da colônia e, que visava cultivar as coisas do espírito.

Esse era o tipo de educação desejada na época pelas classes dominantes. Não havia necessidade de algo diferente para atender a economia rudimentar daquele momento, sedimentada no trabalho escravo. Ao contrário do que ocorreu com a sociedade industrializada do século XVIII na Europa, não se precisava de uma mão-de-obra que dominasse técnica mais avançada. Assim, essa educação não alterava a estrutura vigente, antes se subordinava ao meio social vigente. Sua marginalidade era a essência da qual vivia e se alimentava (ROMANELLI, 1984, p. 34).

O que se verificou é que o plano educacional resumiu-se de fato a que os filhos de colonos verdadeiramente se instruíssem, enquanto os índios e escravos eram apenas catequizados. Isso era importante no plano econômico, já que, tornando-os mais dóceis, os índios e escravos poderiam ser utilizados como mão-de-obra barata.

Por representarem um perigo para o Estado português, além da necessidade de concentração do poder real, os jesuítas, por decisão do Marquês de Pombal, Ministro do Rei D. José I de Portugal, foram expulsos do Brasil. Assim eliminava-se a preocupação com o poder econômico da ordem da Companhia de Jesus, cujos bens foram confiscados pelo Estado. A partir daí, passa-se a pensar que o indivíduo deveria ser educado a serviço dos interesses do Estado e não mais da ordem religiosa. Surge o ensino público organizado e financiado pelo Estado. Enfim, algumas alterações serão efetivadas.

> O alvará de 28/06/1759 criava o cargo de Diretor Geral dos Estudos, determinava a prestação de exames para todos os professores, [...] criava o ensino público ou particular sem licença do Diretor Geral dos Estudos e designava comissões para o levantamento sobre o estado das escolas e professores (RIBEIRO. 1984:37).

O ensino secundário, diferentemente da época dos jesuítas, foi organizado em forma de aulas avulsas (aulas régias) de latim, grego, filosofia, retórica, o que para muitos foi um retrocesso. Não tínhamos professores suficientes e a maioria deles era desqualificada para o cargo. Além disso, não foi dado incentivo para que as pessoas abraçassem essa carreira, face ao precário soldo que recebiam. Sem contar que os poucos professores existentes haviam recebido uma formação jesuítica, que continuaram a reproduzir.

Se qualitativamente não houve melhora, quantitativamente o ensino piorou, uma vez que menos pessoas passaram a ter acesso a ele. Continuou dissociado dos problemas da realidade imediata. Quem desejasse dar continuidade aos estudos, teria necessariamente que se deslocar para a Europa, face à inexistência de cursos superiores no Brasil. Será apenas com a transmigração da Família Real para o Brasil que o cenário educacional sofrerá alterações.

A colônia não tinha condições de absorver todo um séqüito que aqui se instalou. Dessa forma, o governo português teve de tomar uma série de medidas para dotá-la das condições necessárias ao funcionamento da corte em terras brasileiras. No que se refere à área da cultura e da educação, inúmeras providências foram tomadas, tais como a abertura de novas escolas, criação do Museu Nacional etc. Jornais foram editados, tendo inclusive sido criada a Imprensa e Tipografia Nacional.

Após a Proclamação da Independência (1822), é outorgada a Constituição de 1824, a primeira do País sob o regime monárquico. No que concerne à educação:

> [...] acenou-se no item 32 do artigo 179 com uma instrução primária gratuita a todos os cidadãos. [...] O Imperador [...] não lhe custou universalizar no texto legal uma educação gratuita, que nunca existiu na realidade, e que, dez anos após, no Ato Adicional à constituição, aprovado em 1834, deixou de ser problema do governo central, para continuar uma quimera, só que já agora descentralizada para os governos provinciais. A declaração de intenções jamais se fez acompanhar de medidas implementadoras, que viabilizassem o pretendido benefício" (SOUZA, 1926, p. 26).

Se o nível de popularização da escola elementar aumentou na época, no mais a educação permaneceu igual durante todo o transcorrer do 1º e do 2º Reinados. A economia permaneceu igual, caracterizando-se pelo seu caráter agrário exportador. A clientela que tinha acesso à instrução continuava sendo formada pelos filhos da elite, sobretudo no que se refere aos graus mais elevados. As deficiências da organização escolar continuaram inúmeras.

> Mesmo as "escolas de primeiras letras" são em número reduzido, como limitado é o seu objetivo, seu conteúdo e sua metodologia. [...] era difícil encontrar pessoal preparado para o magistério. Havia completa falta de amparo profissional, fazendo da carreira algo desinteressante e não motivando um aprimoramento constante [...] (RIBEIRO, 1984, p. 51).

No tocante à instrução secundária, espalham-se as aulas avulsas particulares para meninos, sem a devida fiscalização. Quem, sobretudo, procura a escola são os que têm condições de ingresso no curso superior. Os cursos tinham por objetivo formar a elite dirigente, daí existir um processo seletivo de tal sorte, que só os membros da classe dominante conseguiram acesso a eles.

De forma geral, pode-se afirmar que não existiu no período monárquico um sistema integrado de ensino. Um ciclo nada tinha a ver com o outro, ou seja, o secundário não era uma seqüência do primário. Aliás, para se cursar aquele não se precisava ter concluído este último.

No ensino primário predominavam os professores leigos, face à falta de escolas normais que preparassem pessoal para o magistério. Em relação ao curso secundário, existiam aulas avulsas, de freqüência livre, com predominância das disciplinas de Huma-

nidade. Já em relação ao curso superior, inexistiam as universidades. O que existia eram escolas isoladas, voltadas para profissões liberais, com predomínio das escolas de Direito.

Com o advento da República em 1889, até a eclosão da chamada Revolução de 30, houve poucas alterações em relação à educação. A herança do modelo legado pelo período monárquico ainda se fez muito presente, privilegiava-se a educação de elite, dando-se ênfase ao ensino secundário e superior em detrimento da educação popular – no caso o ensino primário e profissional – uma vez que as camadas populares não passavam desse nível de escolarização.

Nessa época a população brasileira habitava predominantemente a zona rural, embora o País começasse a se modernizar com a industrialização. O problema de analfabetismo continuava crônico, apesar de o ideário liberal e positivista destacar a educação como o único caminho legítimo para melhorar os homens, dar-lhes novo destino moral e pregar a escola como a “panacéia” do mundo, através da qual as desigualdades sociais seriam abolidas.

A questão do acesso à escola ganha novos contornos quando se inicia o processo de industrialização, após os anos 20 do século XX, uma vez que a formação de mão-de-obra especializada requeria o domínio de técnicas tais como a leitura e a escrita. Assim, a sociedade como um todo passa a reivindicar alterações nesse quadro, visando à solução do problema educacional.

Ter acesso à escola era visto como uma garantia de ascensão social, daí iniciar-se a campanha pela escola pública para todos, o que sem dúvida produzirá uma mudança pelo menos quantitativa no quadro educacional brasileiro. “Se em 1889, os alunos matriculados correspondiam a cerca de 12% da população em idade escolar, em 1930 já haviam subido a cerca de 30%” (BASBAUM, apud RIBEIRO, 1984, p. 81).

Se, por um lado, aumenta a oferta da escola, por outro lado, a maior parte da população continua marginalizada dos benefícios dessa escolarização, perpetuando-se o problema face ao excessivo número de repetência e evasão, marcadamente nas séries ini-

ciais do 1º grau. O ensino cada vez mais beneficia a elite em detrimento da maioria esmagadora da população.

O ensino continuou sendo do tipo literário, enciclopédico. Para a população mais pobre, foi criado o ensino profissional, que também atendia a uma clientela diminuta.

A partir da Revolução de 30, mais precisamente com a Constituição de 34, estabeleceu-se que a educação deveria ser direito de todos. Pelo art. 149, estabeleceu-se ainda a responsabilidade da família e dos Poderes Públicos quanto à educação, sendo esta competência dos Estados e do Distrito Federal, que deveriam organizar e manter sistemas educativos nos territórios, respeitando o que estava estabelecido pela União (art. 151).

Para tal foi criado, nessa época, o Ministério da Educação e Saúde e as Secretarias de Educação Estaduais. Quanto aos recursos financeiros que deveriam ser alocados para a educação, o art. 156 previa: “A União e os Municípios aplicarão nunca menos de dez por cento e os Estados e o Distrito Federal nunca menos de vinte por cento da renda resultante dos impostos na manutenção e no desenvolvimento dos sistemas educativos”.

Convém ressalvar que, nesse período, a educação brasileira passava por uma grande discussão que se iniciara ainda nos anos 20. O modelo existente, que beneficiava a formação da classe dominante, estava em xeque. Pleiteava-se a criação de um sistema nacional de educação que atendesse a toda demanda, com ênfase na educação básica, e previsse uma articulação entre todos os níveis, do primário ao superior.

Nesse contexto destaca-se a atuação da corrente conhecida como Escola Nova, a qual acreditava que, por meio da educação, a sociedade poderia ser modificada. Grande será o embate travado entre os educadores dessa corrente, que pregavam uma escola preferencialmente pública, gratuita e leiga, e os educadores das escolas particulares, religiosas.

Reformas educacionais surgiram a partir dos anos 30, como a de Francisco Campos (1931) e a de Gustavo Capanema (1942), ambos Ministros da Educação. No entanto, nenhuma delas conseguiu solucionar o verdadeiro problema educacional brasileiro, pois nem acabaram com a seletividade do ensino, nem diminuíram a taxa de evasão escolar. Aumentou o número de oferta de vagas, mas, mesmo assim, estas eram ainda insuficientes para atender a demanda solicitada.

A qualidade do ensino continuou duvidosa. O analfabetismo, embora tenha sido alvo de atenção, aumentou ainda mais face ao crescimento acelerado da população que, ou não tinha acesso à escola, ou era reprovada e dela se evadia. Enfim, a educação permaneceu elitista, voltada para a formação dos membros das classes abastadas e médias da população.

A partir de 30, vê-se o processo de industrialização começar a ser incrementado, com as forças sociais, econômicas e políticas emergentes desbancando definitivamente a aristocracia rural exportadora, o que resultou na implantação de um regime duro e de exceção. A partir de 37, com a implantação do Estado Novo, este regime endurece ainda mais. A repressão é violenta, os inimigos políticos do regime são derrotados, vozes se calam, isto com apoio total das elites dominantes, que entendiam ser esses atos necessários ao estabelecimento de uma paz interna, a paz social. Nesse período passa a vigorar uma nova Constituição, a chamada *polaca*, por influência da Constituição polonesa. No que se refere à educação, essa Carta evidencia:

> [...] a orientação política educacional capitalista de preparação de um maior contingente de mão-de-obra para as novas funções abertas pelo mercado. No entanto fica também explicitado que tal orientação não visa contribuir diretamente para a superação da dicotomia entre trabalho intelectual e manual, uma vez que se destina às “classes menos favorecidas” (RIBEIRO, 1984, p. 120-1).

A política educacional do Estado Novo visa transformar o sistema educacional em um instrumento de manipulação das classes subalternas. Outrora totalmente excluídos do acesso ao sistema educacional, agora se lhes abre generosamente uma chance. São criadas as escolas técnicas profissionalizantes (para as classes menos favorecidas) (FREITAG, 1986, p. 542).

No Brasil de 1946 a 1964, forças democráticas conseguem se aglutinar de forma mais organizada, impulsionando um certo desenvolvimento dos movimentos populares. Claro que não vamos aqui afirmar que foi um período de completa democracia. Esta era limitada. Não podemos esquecer, inclusive, da colocação do Partido Comunista na ilegalidade e que aqui se inicia a ascensão do General Dutra, que governou de forma autoritária. Se não havia democracia plena, ao menos estávamos livres do regime ditatorial instalado em 37 com o Estado Novo.

A escola continuou inadequada, com altos índices de reprovação, sobretudo na 1ª Série do 1º Grau. A falta de articulação entre um nível e outro permanece. O ensino secundário mantém o caráter de privilégio que prepara os indivíduos para o prosseguimento de estudos nos cursos superiores. A escola, nos níveis mais elevados, continua restrita aos membros da classe dominante. A massa desprivilegiada continua apresentando altos índices de reprovação e evasão, ou então freqüenta os cursos profissionalizantes, transformando-se em trabalhadores de nível médio nas indústrias, no comércio ou na agricultura.

Importante se faz destacar nessa fase a luta que se estabeleceu a partir de 1948 pela aprovação da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB), cuja discussão se arrastou no Congresso Nacional, tendo seu texto sofrido inúmeras alterações, conforme as pressões que aquela casa recebia, atendendo ora aos interesses da classe dominante, ora das forças democratizantes. A verdade é que a LDB só foi promulgada em 1961 pela Lei nº 4.024, que estabeleceu diretrizes em todos os níveis da educação, do primário ao superior.

O fato mais significativo ocorrido nessa fase foi a luta exacerbada pela garantia da escola pública para todos, na qual se engajaram diversos segmentos da sociedade. Pleiteava-se, para tal, maior número de escolas, de vagas, de docentes nas escolas públicas, uma vez que a maioria da população não tinha acesso às escolas particulares.

No ensino secundário, continuou a predominância das escolas particulares. É verdade que aumentou significativamente a oferta de vagas, mas significativas também continuaram a reprovação e a evasão. De direito são dadas condições para que o indivíduo

tenha acesso à escola, mas, de fato, continua havendo uma grande seletividade. As camadas populares continuam sem condições de chegar ao nível médio e, conseqüentemente, ao nível superior.

A partir de 1964, o autoritarismo se instala no Brasil com o golpe militar. Novamente volta-se a viver um período de exceção e, como tal, esse será um dos mais violentos.

Promete-se uma nova ordem econômica e política. Promete-se um novo Brasil que será reerguido após o estabelecimento da ordem. Os militares aliam-se aos EUA e cada vez mais é injetado capital estrangeiro na economia brasileira, aumentando consideravelmente a nossa dívida externa. As multinacionais nunca estiveram tão fortes. Os planos econômicos e sociais implementados tinham por justificativa a melhoria do padrão de vida da população. Na prática veremos que isso não acontecerá. A renda concentra-se ainda mais nas mãos de poucos privilegiados.

Nesse contexto, são implementadas as reformas do ensino de 1^{o}, 2^{o} e 3^{o} Graus, onde se nota claramente a ingerência norte-americana através de acordos feitos entre o Ministério da Educação e a Agência Interamericana de Desenvolvimento dos Estados Unidos. Esses acordos tiveram início em 1961, mas foi a partir de 1964, após o golpe militar, que tiveram condições de se desenvolver amplamente. Técnicos norte-americanos são encaminhados para cá e inúmeros profissionais de educação do Brasil vão para os EUA realizar cursos de mestrado e doutorado.

Já em 1966, estudantes e educadores nacionais denunciavam esses Acordos, por verem neles uma tentativa de dominação cultural, uma vez que propunham ao Brasil modelos educacionais norte-americanos. É bom que se diga que esses programas implantados aqui eram programas alternativos aplicados às minorias norte-americanas.

A proposta, enfim, era de assistência técnica, mas sabemos, como bem diz Arapiraca (1982, p. 90) que “a assistência técnica não é nunca a promoção para o desenvolvimento de uma tecnologia própria do país receptor”. Essa assistência técnica servia para camuflar o real interesse de adaptar a educação brasileira ao modelo de desenvolvimento que interessava aos EUA implantar na América Latina, um modelo dependente.

Ora, sabemos que estes processos de ajuda nunca são neutros e têm como objetivo ideológico bem definido estabelecer a dependência econômico-cultural. Enfim, os Acordos MEC-USAID promoveram profundas mudanças no sistema educacional brasileiro.

A ordem econômica implementada a partir do golpe de 64 e a nova visão do papel da educação tinham por finalidade assegurar a hegemonia da classe dominante. Na opinião de Fazenda (1988, p. 26),

> "Essa força de dominação caracterizou-se na escola por um desvirtuamento da idéia de homem – buscou-se com a nova proposta educacional, transformar o homem civil no homem econômico (produtivo, meio agente de produção – de cidadão a operário)".

Ainda de acordo com Fazenda (1988, p. 22), a partir daí a escola inverte o seu papel, perde a sua função principal, que "[...] deveria ser a de formação de consciências, sendo transformada para atuar preferencialmente no campo da produção econômica – formação de mão-de-obra".

Instala-se verdadeiramente no País o chamado *colonialismo científico* sob a vigilância ostensiva de potências estrangeiras. Isto impediu, na visão da autora, a "compreensão real de nossas dificuldades educacionais, através dos diagnósticos e previsões parciais dos Planos Nacionais de Desenvolvimento – PND, produzido por "tecnocratas", para atender e "camuflar" as exigências do "modelo", o que demonstra que estávamos "nas mãos" das grandes potências, que elaboravam os chamados "programas de assistência técnica nos países subdesenvolvidos".

As leis na área da educação são criadas mais uma vez para não passarem do papel. A Lei 5.692/71, por exemplo, dizia: "O ensino de 1^{o} e 2^{o} Graus tem por objetivo geral proporcionar ao educando a formação necessária ao desenvolvimento de suas potencialidades como elemento de auto-realização, preparação para o trabalho e para o exercício consciente da cidadania". Ora, como se pode efetuar tal intento, se a maioria da população não tem acesso às escolas, e os que a elas têm acesso são levados à alienação, à não-participação?

Num país onde a grande maioria da população não consegue nem passar para a 2ª Série do 1º Grau, o objetivo do sistema de ensino como o que foi então organizado, na prática, era alijar essa população da educação geral e, o que é pior, sem prepará-la para o mercado de trabalho. Isso só aconteceria no 2º grau, quando seriam ministrados os cursos profissionalizantes, afinal implantados sem que houvesse infra-estrutura adequada para tanto.

Passados os tempos obscuros da ditadura, inicia-se a década de 80 com a fase da *abertura*, da volta à *democracia*. Uma das marcas desse esforço é a voga que assumiu a palavra cidadania. Segundo José Murilo Carvalho (2004, p. 07), "a cidadania, literalmente, caiu na boca do povo. Mais ainda, ela substituiu o próprio povo na retórica política. [...] No auge do entusiasmo cívico, chamamos a Constituição de 1988 de Constituição Cidadã".

Essa nova Constituição, sem sombra de dúvida, é a mais avançada no sentido de ser mais democrática e de tentar garantir vantagens sociais. Passa a existir, a partir dela, uma preocupação não só com o acesso à escola, mas também com a garantia de permanência nela, assim como o acesso ao ensino superior.

É deste ponto que se parte para a análise específica do caso. A Constituição da República de 1988 eleva o ensino à categoria de direito constitucional. O fato de esse preceito estar na Constituição não quer dizer que se esteja, de fato, cumprindo a lei. Para que isso aconteça, é preciso que o povo, devidamente organizado, conheça os seus direitos e os reivindique. Isso só será atingido, porém, quando existir um grau de consciência e de organização, em que a cobrança dos direitos fundamentais seja uma constante.

Uma das formas de cobrança desses direitos dá-se pelo Mandado de Segurança, quando utilizado como um instrumento a serviço do cidadão para o efetivo alcance das garantias constitucionais conferidas pelo legislador a cada um.

O Mandado de Segurança é uma ação própria para esse tipo de pretensão. No presente caso, busca-se a tutela jurisdicional para que se possa exercer o direito de acesso ao

ensino superior, após aprovação em vestibular embora sem ter completado o Segundo Grau, por meio de exame supletivo, independente de se ter idade mínima de 18 anos. Todos os mandados de segurança que possuem este objeto trazem a mesma fundamentação legal, o direito constitucional de acesso aos níveis mais elevados de ensino.

Porém verifica-se pelos dados apresentados que não foram todas as ações que tiveram julgamento de procedência. O que ocorreu, então?

Excetuados os casos de extinção, sem julgamento do mérito, porque para o presente estudo esses casos não interessam, vez que somente questões processuais são analisadas, conforme foi visto no item anterior, restam duas hipóteses. A primeira refere-se à procedência do pedido e, conseqüentemente, à concessão da segurança para o fim de permitir ao jovem estudante que realize o exame supletivo e, ao final, obtendo aprovação, possa usufruir do certificado de Segundo Grau completo. A segunda refere-se à improcedência do pedido e por via de conseqüência a não realização do exame supletivo.

Imperioso se torna dizer que o Juiz, ao decidir, embora possua o livre convencimento[85], deve, por força de norma constitucional[86], fazer de forma fundamentada. Assim, não importa qual seja o entendimento do Magistrado, deve ele sempre fundamentar as suas decisões.

Os números revelam que no ano de 2002 houve a maior incidência de mandados de segurança (Tabela B). Da análise dos dados obtidos junto à Central de Informática do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, depreende-se que naquele ano ocor-

---

[85] O juiz é soberano na análise das provas produzidas nos autos. Deve decidir de acordo com o seu convencimento. Não basta que o juiz, ao decidir, afirme que defere ou indefere o pedido por falta de amparo legal; é preciso que diga qual o dispositivo de lei que veda a pretensão da parte ou interessado e porque é aplicável ao caso concreto (NERY JUNIOR, Nelson. **Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil extravagante em vigor.** 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001, p. 439).

[86] É o que dispõe o art. 93, inciso IX da CF: "Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes" (BRASIL. Constituição (1988). **Constituição [da] República Federativa do Brasil.** Brasília: Senado Federal, 1988).

reu um *boom* de mandados de segurança com este objeto. Assim, nota-se que os Juízes estavam seguindo uma tendência de conceder a segurança para esse fim.

A fundamentação era no sentido de que o escopo do artigo 38 da Lei 9.394/96 é o de permitir, a quem já tenha maturidade biológica e intelectual, a prestação de exames para concluir o Segundo Grau. A aprovação no exame vestibular certamente traz a presunção de que o candidato goza de maturidade intelectual suficiente, razão pela qual estaria atingida a finalidade da norma. As sentenças de procedência traziam, em suma, o seguinte:

> [...] O art. 38 da Lei n°9.394/96 estabelece um limite de idade para a prestação do exame supletivo [...]. A legislação anterior fixava o limite para o exame supletivo em 21 anos de idade, e atualmente, este limite é de 18 anos. Se o limite é rígido, e categoricamente insuperável, porque a própria lei diminuiu a idade limite? Este limite deve obedecer a um amadurecimento biológico-intelectual, que se aplica indistintamente a todos? Ou devem ser excepcionados os que demonstram capacidade além de ordinária, em comparação com o homem médio que inspirou a limitação imposta? Convém ressaltar que a própria imposição legislativa não é completamente destituída de vinculação com uma fundamentação razoável, e a opção dos critérios legais – que se faz mediante uma decisão do legislador (Luhmann) –, deve ser razoável, sob pena de violação do princípio da legalidade igualitária (Holmes), sendo esta a orientação moderna do direito constitucional (Canotilho, Bonavides, Barroso, Baracho), decorrente do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade.[...] A aprovação no concurso vestibular a que se submeteu, antes de concluir o ensino médio, traz a presunção de que a parte impetrante possui capacidade além do homem médio. [...] e se possui uma capacidade diferenciada da média presumida pela lei, a aplicação desta deve considerar esta excepcionalidade. Não se pode tratar igualitariamente situações desiguais.[...] Em resumo: deve ser aplicado o art. 38 da Lei n.9394/96, com os limites da idade nele fixados, se excepcionado, porém, as situações em que a capacidade individual reclame tratamento próprio. Nestes casos, aplica-se o art. 4º, V, da Lei 9.394/96 e o próprio art. 208, V, CF/88.

Atualmente, por força da mudança de posicionamento dos tribunais superiores, não se tem concedido a segurança, pelo entendimento de que a pessoa que ainda não completou 18 anos não tem direito à matrícula em curso superior, porque não houve implementação do requisito relacionado à idade, o que ocasionou uma queda acentuada na propositura de mandados de segurança para este fim.

Mesmo assim, embora a certeza da concessão da segurança não exista, busca-se o Poder Judiciário, pois o simples ajuizamento da ação já é por si mesmo um exercício de cidadania. Assim, o que se pôde verificar com os dados pesquisados foi que as senten-

ças nos mandados de segurança relativos aos centros supletivos tiveram tanto resultado de procedência como de improcedência da ação, mas não houve nenhum prejuízo para a análise proposta, haja vista que o objetivo da pesquisa era analisar o Mandado de Segurança como instrumento de exercício da cidadania e de acesso à Justiça.

O acesso ao Poder Judiciário é uma forma de participação cívica, cuja garantia se baseia na existência de uma Justiça eficiente, barata e acessível a todos. Luiz Werneck Viana (1999, p. 153) afirma que se visualiza o Judiciário como um dos requerimentos para a formação de uma plena cidadania do País:

> A percepção cappellettiana do caráter estratégico do acesso à justiça para a formação da cidadania encontrou recepção na magistratura brasileira. Segundo a versão elaborada por algumas de suas vanguardas intelectuais, o Judiciário deveria fazer um movimento em direção à sociedade, implementando formas mais democráticas, simples e rápidas de acesso à justiça. Sua expectativa era a de que essa reforma seria capaz de alterar a "mentalidade popular" quanto à defesa de seus direitos, favorecer o cumprimento mais espontâneo da norma e conferir maior vitalidade à ordem jurídica.

Com as inovações no sistema jurídico brasileiro para garantir a efetiva postulação em juízo, associava-se o acesso desimpedido ao Judiciário à democracia. Voltados para a democratização do acesso à Justiça, os Magistrados mantiveram-se circunscritos ao seu universo específico de atuação profissional. A posição assumida foi a de operador técnico-científico, mas consciente das dificuldades apostas pelo conservadorismo jurídico (VIANNA, 1999, p. 154). Assim, dá-se ênfase ao tema da democratização do acesso à Justiça e à expansão da capacidade de o Judiciário intervir no plano da sociabilidade.

Analisando o caso concreto, verifica-se que é possível que por meio da educação se consiga atingir a cidadania plena. Essa é a opinião defendida por BOSI (1992, p. 318), para quem:

> Toda educação atuante e racionalmente exercida mantém com a sociedade a que serve uma relação dialética de concordância e assimilação de crítica e de superação. Assim a educação pode atuar como motor do processo social, e o projeto educativo deve ser concebido em vista da realização de uma sociedade mais conformada às exigências de atualização da pessoa humana. [...] existe uma correlação estreita, simultânea e diferida, entre as transformações sócio-econômicas e as estruturas e os modos de educação, e que também esta contribui funcionalmente para o movimento da história. [...] a educação, pelo conhecimento que oferece ao meio em que se exerce, pode ajudar a sociedade a tomar consciência de seus próprios problemas e, à condição de centrar seus

> esforços sobre a formação de homens completos, pode concorrer grandemente para a transformação e humanização da sociedade.

Pode-se afirmar, então, que a ausência de uma população educada pode ter interferido de maneira significativa no processo de construção da cidadania no Brasil, ao alterar a ordem lógica de aquisição de direitos, permitindo que somente as classes mais favorecidas tivessem acesso à Justiça. No entanto, a consciência desses direitos já não é mais restrita às elites, na medida em que se compreende que é através da educação e da oferta de escolarização para o povo que o Brasil poderá se inserir no mundo civilizado.

Nesse sentido, se a educação é uma forma de cidadania, e o Mandado de Segurança se constitui também em instrumento da cidadania, conforme ficou demonstrado, o Magistrado atua no papel de ator desse processo (WOLKNER, 2003, p. 90). A interferência do Poder Judiciário nas relações pessoais das partes é para garantir que sejam cumpridos os princípios fundamentais[87] do Estado Democrático de Direito, especialmente, a cidadania.

Por esse motivo, pode-se dizer que o Juiz não responde a uma tendência individual, pois, quando invocada a tutela jurisdicional, sua atuação fica condicionada ao limites impostos pela Constituição Federal e pelas leis infraconstitucionais, como também, atualmente, pela súmula vinculante[88].

Todavia, houve uma mudança de consciência quanto ao papel social dos juízes devido à grande atuação da Magistratura dos Estados Unidos da América, iniciada com a inovadora atuação do Juiz Marshall, que enfrentou o Poder Executivo da época, proferindo, no caso Madison vs. Marbury, decisão no sentido de firmar o primeiro passo rumo à independência do órgão jurisdicional.

---

[87] A cidadania está prevista no art. 1º, inciso II da Constituição Federal, compreendido no Título I "Dos Princípios Fundamentais", como fundamento da República Federativa do Brasil.

[88] Esse instrumento da súmula vinculante foi criado pela Emenda Constitucional n. 45, segundo o qual as instâncias inferiores são obrigadas a seguir as decisões dos Tribunais Superiores. Com isso, a interpretação dada por um tribunal a uma lei ordinária deve vincular os demais juízes.

Essa é a tendência de um Judiciário pensante, reforçada cada vez mais nos dias atuais. O padrão da Magistratura inerte e legitimadora do poder estatal tem perdido, de forma definitiva, seu poder de influência sobre aqueles que possuem o mister de compor lides com justiça. Esse é o pensamento delineado por Rigaux (apud NOBRE, 2004, p. 150). Senão vejamos:

> Ninguém ousaria mais sustentar que um juiz é a 'boca da lei'. Não obstante, as opiniões continuam a divergir sobre a necessidade e, portanto, sobre a extensão de seu poder de apreciação. As explicações precedentes sugerem que a aplicação do Direito não se reduz a puro mecanismo, nem sequer a uma série de operações exclusivamente lógicas. Entre os conceitos que descrevem uma situação de fato e os que formulam a hipótese de uma regra de direito, não existe a harmonia preestabelecida que um simples silogismo, ou mesmo um encadeamento de silogismos, permitiria constatar. Não somente o fato não se deixa verificar facilmente e o direito é freqüentemente obscuro, antinômico ou incompleto, mas é o ajuste mútuo deles que confere ao juiz uma função propriamente criadora.

Assim, para que o Mandado de Segurança seja um efetivo instrumento de acesso à Justiça, é necessário que tanto o Juiz quanto as partes do processo colaborem no exercício da cidadania, para que esse instituto processual, regulado no ordenamento jurídico brasileiro, tenha o seu real alcance, qual seja, garantir a qualidade de cidadão para aqueles que já exercem sua cidadania plena, como também para aqueles que estão na condição de adquirentes de direitos, permitindo a agilidade dos serviços da Justiça e a igualdade no tratamento das partes, fazendo jus aos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A judicialização das relações sociais elevou o Direito à categoria de objeto e problema para a História. As mudanças nas ciências humanas, nas insurgências de conflitos sociais e as transformações na forma de vida contemporânea determinam uma renovação dos métodos de estudo das instituições jurídicas.

Pretendeu-se, neste trabalho, compreender a utilização do Mandado de Segurança como instrumento de cidadania na sociedade brasileira pós-Constituição de 1988, demonstrando, para tanto, que se constitui na prática forense em um célere mecanismo jurídico de acesso à Justiça.

Inicialmente, foi necessário abordar a relação interdisciplinar entre a História e o Direito, pois é na História que os juristas se apóiam para a reflexão científica da História do Direito e da Justiça. Constatou-se, de conseguinte, que a integração das disciplinas é fundamental, tendo em vista a necessidade de se diagnosticar e de se resolver as crises da sociedade, mantendo-se um debate crítico entre as ciências humanas.

A essa abertura no campo das ações sociais para que o Direito passasse a organizar a vida em sociedade convenciou-se chamar de judicialização das relações sociais. Foi por esse motivo que o Poder Judiciário começou a intervir no plano das novas experiências sociais, tendo um papel de grande importância para a democracia brasileira, e como uma alternativa para o alcance da cidadania.

Vale destacar que o conceito de cidadania desenvolveu-se inicialmente na Inglaterra por T. H. Marshall, reunindo-se três elementos: o civil, o político e o social. Os direitos civis surgiram em primeiro lugar, posteriormente, os direitos políticos, e por fim, os direitos sociais. Com base no exercício dos direitos civis, foi possível a reivindicação dos direitos eleitorais, e com a participação do povo nas eleições, introduziram-se os direitos sociais.

Sabe-se que, no Brasil, não houve respeito à aquisição de direitos relativos à cidadania, tal como foi idealizada por T. H. Marshall na Inglaterra, já que se primou, em primeiro lugar, pelos direitos sociais, enquanto os ingleses encontraram a base para consolidar a cidadania, primeiro nos direitos civis e políticos, e só posteriormente nos direitos sociais.

Essa situação, entretanto, alterou a ordem de aquisição de direitos, afetando-se, de conseguinte, a natureza da cidadania, pois se estabeleceu de certa forma uma “ignorância cívica”, que faz com que os cidadãos desconheçam seus direitos e a forma de reivindicá-los.

A Constituição de 1988, fruto de um processo de redemocratização do Brasil, conhecida com “Constituição Cidadã”, traz em seu bojo algumas garantias constitucionais postas à disposição do cidadão para reivindicar seus pretensos direitos. Dentre essas garantias insere-se o Mandado de Segurança, seguindo uma tradição histórica.

Da forma como foi disciplinado na Constituição da República de 1988, o Mandado de Segurança se caracteriza como um instituto de atuação célere e eficaz, destinado à proteção das prerrogativas do indivíduo e da coletividade face ao Estado, em busca da correção jurídica dos abusos do Poder Público iminentes ou já perpetrados por autoridade coatora.

Isso significa um grande avanço no sentido de se estabelecer um processo de convivência que vise à justiça social e à garantia do regime democrático, já que um Estado Democrático de Direito deve assegurar medidas eficazes contra os arbítrios praticados pelo Estado.

É justamente neste ponto que reside a importância do Mandado de Segurança, como instrumento eficaz no combate de ilegalidades ou abusos de poder praticados pelo Poder Público, na medida em que garante os direitos individuais e coletivos ameaçados ou violados por ato de pessoa que exerça função pública.

Partindo-se de uma visão holística do mandado de segurança para uma visão particular, o caso da 1º Vara da Fazenda Pública Estadual de Vitória, verificou-se que no campo jurídico analisado, existem contradições entre a realidade fática dos processos de mandados de segurança e a letra da lei, haja vista a inversão na conquista dos direitos.

Como se viu, o Mandado de Segurança é uma garantia constitucional de natureza célere, cujo rito permite que o Magistrado preste a tutela jurisdicional reduzindo expressivamente a morosidade, em relação aos outros processos, o que pôde ser comprovado com os dados extraídos das ações consultadas, em que o tempo máximo de duração foi 21 meses, menos que 2 anos.

Da mesma forma, o fato de não ter previsão de condenação em honorários advocatícios, bem como a possibilidade de isenção das custas processuais, permitem que os cidadãos possam utilizar o instituto, buscando os elevados propósitos da própria justiça.

Em contrapartida, na presente análise, constatou-se que esse instituto, embora seja posto à disposição de todos os cidadãos, ainda é utilizado, na grande maioria, por pessoas que já possuem a cidadania completa. Essa situação se verificou com o estudo dos dados, constatando-se que a grande parte das ações propostas referia-se a pretensões de pessoas oriundas de classe média.

Refere-se ao caso específico dos mandados de segurança impetrados em face da negativa do Diretor do Centro Supletivo de Ensino. Esses mandados tinham por escopo a possibilidade de jovens já aprovados no vestibular, realizarem os exames dos Centros Supletivos. Grande parte dessas pessoas era oriunda de escolas particulares e pretendia ser inserida em instituições de ensino superior, também particulares.

Esta constatação vem afirmar que, embora seja verdadeira a alegação de que um grande número da população tem acesso à escola, essa escolarização perpetuou-se numa escola dual, aquela a que as classes médias e as elites têm acesso, e uma outra para os pobres[89].

Imperioso torna-se ressaltar que essa disparidade de divisão de classes encontra fundamento no próprio processo histórico que o Brasil atravessou, o que também traz conseqüências na formação da cidadania, haja vista que com o conhecimento dos direitos civis, garantem-se as relações civilizadas entre as pessoas; com os direitos políticos, dá-se ao cidadão a oportunidade de se sentir membro da sociedade civil; e por fim, os direitos sociais, que compreendem pré-requisito para a expansão dos outros direitos.

No modelo de T. H. Marshall desenvolvido na Inglaterra, os direitos sociais ressurgiram com a introdução da educação popular, permitindo às pessoas tomarem conhecimento de seus direitos e se organizarem para lutar por eles. No Brasil, todavia, essa realidade não foi aplicável, pois o fato de os direitos sociais serem precedentes impediu a expansão dos demais direitos. Além disso, a ausência de uma população educada, com acesso ao ensino escolar, pode ter sido um dos principais obstáculos à construção da cidadania, partindo-se do pressuposto que no caso inglês ela foi o alicerce.

Verificou-se, então, que o problema não está na instituição das leis, mas sim no sistema que exclui as pessoas de menor poder aquisitivo do processo cívico, acentuando as desigualdades sociais e perpetuando a ausência de “cultura cívica”, pois ao se tratar da ordem da efetividade dos direitos civis, políticos e sociais, e a inversão ocorrida no Brasil, enfatizou-se a precariedade dos direitos civis, que estão ligados à Justiça. Por essa razão, as pessoas que buscam a prestação de serviços jurisdicionais são aquelas que já gozam da cidadania plena.

---

89 Sobre esse assunto, ver a obra: FRANCO, Sebastião Pimentel. **Do privado ao público:** o papel da escolarização na ampliação de espaços sociais para a mulher na primeira república (Tese de Doutorado). São Paulo: Universidade de São Paulo, 2001.

Isto, porém, não invalida a utilização do *mandamus*, tendo em vista não se tratar apenas de instrumento de resgate da cidadania, pois não há como pretender que aquele cidadão que não tenha conhecimento de seus direitos possa saber da existência desse instituto processual que permite o acesso de todos, indistintamente, à Justiça.

No entanto, com a compreensão da cidadania, a consciência do direito já não é mais restrita às elites, como há décadas no século passado. Os dados apresentados mostram o maior uso dos instrumentos de garantia da cidadania, especialmente o Mandado de Segurança.

Ao longo de mais de quatro décadas, a utilização do Mandado de Segurança tornou-se tão comum que ocasionou uma hipertrofia de proporções incalculáveis. Várias causas contribuíram para esse crescimento desordenado. De um lado, os advogados impacientes de qualquer demora na solução da controvérsia, erigiram o Mandado de Segurança em uma espécie de “pedra filosofal” idônea para salvar todas as indigitadas injustiças, ilegalidades ou abusos de poder, mas que também apresentava um resultado satisfatório ou não, de forma célere.

Por outro lado, a multiplicidade de casos para cuja solução se invocou o Mandado de Segurança, abrangeu decisões proferidas em pleitos de variada natureza, dificultando aos tribunais, inicialmente, elaborar uma jurisprudência sistemática, que definisse os princípios gerais do instituto. Todavia, preocupados com as peculiaridades de cada hipótese, ao longo dos anos de utilização desse instituto processual, os tribunais foram, sistematicamente, delimitando o seu campo de aplicação.

Nesse diapasão, pode-se concluir que o Mandado de Segurança está posto à disposição de todos os cidadãos. Embora seja muito utilizado para garantir a qualidade de cidadão para aqueles que já exercem sua cidadania plena, com a progressão da consciência dos direitos está sendo utilizado também para aqueles que estão na condição de adquirentes de direitos. Isso significa que está sendo criado no povo um grau de consciência e de organização que permite o conhecimento de seus direitos e a necessidade de reivindicá-los.

5 ANEXOS

SUBSÍDIOS PARA A HISTÓRIA DO MANDADO DE SEGURANÇA[90]

A) Legislação precursora

B) O Mandado de Segurança nas Constituições

C) Cronologia das Normas referentes ao Processo do Mandado de Segurança

LEGISLAÇÃO PRECURSORA DO MANDADO DE SEGURANÇA

Ordenações Filipinas (1603)

Livro III, Título 78, § 5.º: "... se algum se temer de outro, que o queira ofender na pessoa, ou lhe queira sem razão ocupar e tomar suas coisas, poderá requerer ao Juiz, que segure a ele e as suas coisas do outro, que o quiser ofender, a qual segurança lhe o Juiz dará; e se depois dela ele receber ofensa daquele, de que foi seguro, restituí-lo–á o Juiz, e se tornará tudo o que foi cometido e atentado depois da segurança dada, e mais procederá contra o que quebrantou, e menosprezou seu mandado, como achar por Direito."

AÇÃO SUMÁRIA ESPECIAL

Lei n. 221, de 20-11-1894, sobre a organização da Justiça Federal

Art. 13. Os juízes e tribunais federais processarão e julgarão as causas que se fundarem na lesão de direitos individuais por atos ou decisão das autoridades administrativas da União.

---

[90] Anexo extraído da obra: SIDOU, J.M. Othon. **Hábeas corpus, mandado de segurança, ação popular:** as garantias ativas dos direitos coletivos. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

§ 1.º As ações dessa natureza somente poderão ser propostas pelas pessoas ofendidas ou por seus representantes e sucessores.

§ 2.° As autoridades administrativas de quem emanou a medida impugnada serão representadas no processo pelo Ministério Público.

§ 3.° A petição inicial conterá, além dos nomes das partes, a exposição circunstanciada dos fatos e as indicações das normas legais ou princípios jurídicos, de onde o autor conclua que um seu direito foi violado por ato, medida ou decisão da autoridade administrativa.

§ 4.° A petição inicial indicará também as testemunhas e as demais provas em que o autor se baseia e deverá ser desde logo instruída com a prova documental, salvo demora imputável às partes interessadas.

§ 5.° A ação poderá ser desprezada *in limine* se for manifestamente infundada, se não estiver devidamente instruída, se a parte for ilegítima, ou se houver decorrido um ano da data da intimação ou publicação da medida que for o objeto do feito. Desta decisão caberá o recurso de agravo.

§ 6.° Admitida a ação, serão citados o competente representante do Ministério Público e mais partes interessadas, assinando-se-lhes o prazo de dez dias para a contestação. Este prazo poderá ser prorrogado até o dobro, a requerimento de qualquer dos interessados.

§ 7.° A requerimento do autor, a autoridade administrativa que expediu o ato ou medida em questão suspenderá a sua execução se a isso não se opuserem razões de ordem pública. (Essa medida liminar foi suprimida pelo art. 2.º do Decreto n. 1.930, de 28.08.1908).

§ 8.° Findo o prazo de que trata o § 6.º, observar-se-á o processo descrito no art. 848, de 11 de outubro de 1890. (O processo a que se refere o dispositivo remetido contém-se nos arts. 183 a 188, os quais versam a audiência para a leitura da petição inicial e exibição de documentos, a defesa oral ou escrita, a inquirição de testemunhas, o arra-

zoado das partes, a conclusão, as diligências necessárias pelo juiz e a audiência para leitura da sentença).

§ 9.° Verificando a autoridade judiciária que o ato ou resolução é ilegal, o anulará no todo ou em parte, para o fim de assegurar o direito do autor.

a) Consideram-se ilegais os atos ou decisões administrativas em razão da não aplicação ou indevida aplicação do direito vigente. A autoridade judiciária fundar-se-á em razões jurídicas, abstendo-se de apreciar o merecimento dos atos administrativos, sob o ponto de vista de sua conveniência ou oportunidade;

b) A medida administrativa tomada em virtude de uma faculdade ou poder discricionário somente será havida por ilegal em razão da incompetência da autoridade respectiva, ou do excesso de poder.

§ 10. Os juízes e tribunais apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de aplicar aos casos ocorrentes as leis manifestantes incompatíveis com as leis ou com a Constituição.

§ 11. As sentenças judiciais passarão em julgado e obrigarão as partes e administração em relação ao caso concreto que fez objeto da discussão.

§ 12. A violação do julgado por parte da autoridade administrativa induz em responsabilidade civil e criminal.

§ 13. Decaindo o autor da ação e verificando-se ter sido esta maliciosamente intentada, poderá ser condenado nas custas em dobro a arbítrio da autoridade judiciária.

§ 14. A Fazenda Nacional terá direito regressivo contra o funcionário público para haver as custas que pagar.

§ 15. Nas causas de que trata a presente lei, bem como em todas aquelas em que forem decididas questões constitucionais, não haverá alçada.

§ 16. As disposições do presente artigo não alteram direito vigente, alçada.

a) ao *habeas corpus;*

b) às ações possessórias;

c) às causas fiscais.

ANTEPROJETO ALBERTO TORRES

(Em "A Organização nacional", 1914)

Art. 73. É criado o mandato de garantia, destinado a fazer consagrar, respeitar, manter, ou restaurar, preventivamente, os direitos individuais públicos ou provados lesados por ato do poder público ou de particulares para os quais haja outro remédio especial.

PROJETO N. 148 DO DEPUTADO GUDESTEU PIRES[91]

Apresentado à Câmara Federal em 11-8-1926.

Estabelece que todo direito pessoal líquido e certo, fundado na Constituição ou em lei federal, será protegido contra quaisquer atos lesivos de autoridades administrativas da União, e dá outras providências.

Art. 1.º Todo direito pessoal líquido e certo, fundado na Constituição ou em lei federal, e que não tenha como condição de exercícios a liberdade de locomoção, será protegido contra quaisquer atos lesivos de autoridades administrativas da União, mediante o processo dos artigos seguintes.

Parágrafo único. O processo de que trata a presente lei será igualmente aplicável aos atos e decisões das autoridades administrativas dos Estados e dos Municípios, sempre que a respectiva ação tenha de ser proposta no Juízo Federal por ser fundada em dispositivos da Constituição da República (art. 60, letra a).

---

[91] Ao Projeto Gudesteu Pires foram apresentados ainda à Câmara Substitutivos dos Deputados Matos Peixoto (23-9-1927), criando a "ação de manumentação"; Odilon Braga (4-10-1927), com a "ordem de garantia"; Bernardes Sobrinho com o "mandado proibitório"; Clodimir Cardoso com o "mandado de reintegração, de manutenção ou proibitório"; e Sergio Loreto, com o "mandado assecuratório ou recuperatório" (esses últimos em 1928). Nenhum destes projetos chegou a ser votado em Plenário e todos foram arquivados em conseqüência da dissolução do Congresso Nacional pela Revolução de 1930.

Art. 2. ° Quando se tratar de simples ameaça, a autoridade administrativa será citada, preliminarmente, para uma justificação, em que se prove a iminência do fato alegado, quando esta não constar do documento emanado da própria autoridade.

Art. 3. ° Iminente, ou já consumado, o ato lesivo, a autoridade ofensora será citada, nos termos da legislação processual vigente, para comparecer, perante o juiz ou tribunal, no termo improrrogável de 48 horas, que será contado a partir da apresentação, em cartório, da certidão da citação.

Parágrafo único. Em caso de urgência pode a precatória citatória ser transmitida por telegrama, contendo, em resumo, o que a repartição expedidora mencionará.

Art. 4 ° Exposto o fato na petição, provado com documento que faça prova plena e absoluta, e citado o dispositivo da lei ou da Constituição Federal, em que se funda o direito do autor, o juiz ou tribunal mandará que o indiciado ofensor responda e produza sua prova no prazo improrrogável de cinco dias, findo o qual sentenciará, sem mais alegações, dentro de cinco dias.

§ 1.° Quando a prova do direito ofendido, ou da violência iminente ou consumada depender de documento que tenha sido recusado pela autoridade ofensora, o requerente fará explicita declaração desse fato na petição inicial.

§ 2.° Verificada a hipótese do parágrafo anterior, o juiz ou tribunal fará inserir no mandado de citação a cláusula de imediata entrega do documento necessário sob pena de desobediência, além da multa de 500$ a 5:000$000.

Art. 5.° Desde que o juiz ou tribunal considere provada a ameaça de violência e a liquidez e certeza do direito fundado na Constituição, ou em lei federal, expedirá à autoridade ofensora um mandato de proteção, em favor do requerente, para que aquela autoridade se abstenha da prática do ato incriminado.

Art. 6.° Provada a consumação do ato lesivo, nos termos do art. 1.°, o juiz ou tribunal expedirá um mandado de restauração, em favor do requerente, e dirigido à autoridade ofensora, determinando-lhe que faça cessar imediatamente a violência, restituindo ao paciente o pleno gozo do direito ofensivo.

Art. 7. ° Os mandados, de que tratam os dois artigo s anteriores, devem ser escritos pelo escrivão e assinados pelo juiz ou presidente do tribunal.

Art. 8.° Em todos os casos em que o juiz ou tribuna l, que conceder um dos mandados de que trata a presente lei, verificar que houve, da parte do agente do Poder Executivo, excesso ou abuso de autoridade, deverá mandar dar vistas dos autos ao Ministério Público, para que este ofereça a denúncia, quando lhe competir, ou represente a quem de direito, para se tornar efetiva a responsabilidade da autoridade, que assim abusou.

Art. 9.º É reconhecido e garantido o direito de justa indenização e, em todo caso, das custas contadas em tresdobro, a favor de quem sofre a violência, contra o responsável por semelhante abuso de poder.

Art. 10. Da sentença de primeira instância concedendo um dos mandados, de que trata a presente lei, cabe agravo de instrumento.

Parágrafo único. Se a sentença for denegatória do mandado requerido, o recurso será o de agravo de petição.

Art. 11. Os juízes e tribunais federais julgarão as causas, de que trata a presente lei, com recurso para o Supremo Tribunal Federal.

Parágrafo único. Compete ao Supremo Tribunal Federal ordinária e privativamente as mesmas causas, quando a lesão do direito individual proceder diretamente do Presidente da República ou de algum Ministro de Estado.

Art. 12. A autoridade administrativa, de quem emanou a medida impugnada, poderá comparecer pessoalmente ou fazer-se representar pelo Ministério Público, na forma das leis de organização judiciária.

Parágrafo único. Em todos os casos, porém, será citado o Procurador da República.

Art. 13. A ação de que trata a presente lei prescreverá em seis meses, a contar da data da intimação ou publicação do ato que for objeto do litígio, e não havendo publicação ou notificação, da data em que os interessados tiveram ciência do referido ato.

Art. 14. A decisão final do Supremo Tribunal Federal, nos casos em que a ação se basear na Constituição Federal, será sempre proferida com a presença de dez, pelo menos, de seus membros desimpedidos.

Art. 15. A violação do julgado, por parte da autoridade administrativa, induz responsabilidade civil e criminal.

Art. 16. Revogam-se as disposições em contrário.

Sala das Sessões, 11 de agosto de 1926 – Gudesteu Pires.

PROJETO SUBSTITUTO DA COMISSÃO DE JUSTIÇA DA CÂMARA

“Ao elaborar o importante projeto n. 148, do ano próximo passado, o talentoso Deputado por Minas na ultima legislatura, Dr. Gudesteu Pires, teve como objetivo procurar para os direitos pessoais um sistema pronto e eficaz de garantia como o que já protege, na legislação em vigor, a posse das coisas corpóreas e a quase-posse dos direitos reais.

Entendemos que para os fins visados pelo ilustre autor do projeto, basta estender aos direitos pessoais os mesmos remédios de proteção que se têm mostrado suficientes à defesa dos direitos reais.

Assim pensando, a Comissão tem a honra de apresentar e de recomendar à aprovação da Câmara dos Srs. Deputados o seguinte substituto ao projeto n. 118, do eminente ex-Deputado por Minas, Dr. Gudesteu Pires:

Art. 1.º Todo aquele que for ilegalmente privado do exercício de um direito pessoal, turbado no mesmo exercício, ou sob ameaça de o ser, por ato ou decisão de uma autoridade administrativa, poderá requerer à justiça um mandado de reintegração, de manutenção ou proibitório.

Art. 2.º O pedido inicial deverá conter a indicação das leis que conferem ou asseguram o direito do requerente e a exposição circunstanciada dos fatos de onde resulte que es-

te direito está ameaçado, turbado ou que foi violado, com documentos que ao mesmo requerente parecerem úteis, sendo-lhe facultado ainda indicar até três testemunhas.

Art. 3.º Sobre as alegações e documentos do autor será obrigatoriamente ouvida a autoridade de que emanou o ato ou decisão, assinando-lhe o juiz o prazo de cinco dias, improrrogáveis, para que preste informações, que poderão ser também documentadas.

Art. 4.º Se, em vista das alegações e da resposta (sem admitir mais discussão), achar o juiz que é certo e incontestável o direito do requerente e que é manifesta a inconstitucionalidade ou a ilegalidade de ato ou decisão administrativa, ordenará a expedição do mandato proibitório, de manutenção ou reintegração no exercício do direito ameaçado, tentado ou violado.

Art. 5.º No caso contrário, indeferirá o pedido, que não poderá mais ser renovado, sendo, entretanto, lícito ao requerente intentar a ação sumária especial do art. 13 da Lei n. 221, de 20 de novembro de 1894, ou a ordinária, como no caso couber.

Art. 6.º Coincidido o mandado, a causa seguirá o rito sumário das ações possessórias.

Art. 7.º Do despacho que conceder o mandado caberá o recurso de agravo de instrumento para o Supremo Tribunal Federal, e, do despacho denegatório do mandado, caberá o recurso de agravo de petição.

Art. 8.º Se, afinal, a ação for julgada procedente, o juiz declarará ineficazes e carecedores de força jurídica o ato ou decisão administrativos e oficiará à autoridade de que estes emanaram, transmitindo-lhe imediatamente a sentença e arbitrando desde logo nela a indenização que se pagará ao ofendido pelo prejuízo já sofrido, bem como a que, em caso de desobediência da autoridade responsável, deverá ser paga até que a lesão do direito violado seja reparada definitivamente pela revogação, pela dita autoridade, do ato ou decisão ofensivos.

Art. 9.º Não terá lugar a concessão do mandado:

a) As na data do pedido já houver decorrido mais de 30 dias da publicação, notificação ou comunicação do ato ou decisão administrativos;

b) Tratando-se de impostos ou de multas fiscais, cuja cobrança se tenha de fazer judicialmente.

Art. 10. Quando a prova do direito, da ameaça, ou da violência depender de documento que tenha sido recusado pela autoridade, poderá o juiz, em vista da declaração explícita do interessado, requisitá-lo, sob pena de desobediência e multa de 500$ a 5:000$000.

Art. 11. É competente para esta ação o juiz da seção em que for estabelecida a autoridade cujo ato lhe deu causa.

Art. 12. A ação ocorrerá com o procurador seccional respectivo, que será intimado da expedição do mandado, para interpor os recursos que couberem e acompanhar a causa até final decisão.

Art. 13. O processo de que trata a presente lei será igualmente aplicável aos atos e decisões das autoridades administrativas dos Estados e dos Municípios, sempre que a respectiva ação tenha que ser proposta no Juízo Federal, por ser fundada diretamente em dispositivo da Constituição da República (art.60, letra a da Constituição Federal).

Art. 14. As custas do processo serão contadas em tresdobro a favor de quem sofrer a violência, contra o responsável pelo ato de decisão de que ela emanou.

Art. 15. Além da responsabilidade criminal em que possa incorrer a autoridade de que tenha emanado o ato ou decisão ofensivos do direito individual deverá ressarcir à Fazenda da União, do Estado ou do Município o prejuízo que lhe tenha advindo do dito ato ou decisão.

Parágrafo único. Essa ação regressiva da União terá a forma executiva e será acompanhada pela certidão de sentença que houver condenado a Fazenda Nacional ao pagamento da indenização.

Art. 16. Em todos os casos em que um juiz ou tribunal que conceder um dos mandados, de que trata a presente lei, verificar que houve, da parte do agente do Poder Executivo,

excesso ou abuso de autoridade, deverá mandar dar vista dos autos ao Ministério Público, quem for de direito, para se tornar afetiva a responsabilidade do referido agente.

Art. 17. Revogam-se as disposições em contrário.

Sala das Comissões, 9 de julho de 1927. – Afrânio de Mello Franco, Presidente e relator. – Annibal B. Toledo. – Sergio Loreto, com restrições. – Flores da Cunha. – Horacio Magalhães. – Raul Machado. – Francisco Valladares. – Luiz Pinto."

ANTEPROJETO DE CONSTITUIÇÃO

Elaborado pela conhecida por Comissão do Itamaraty; texto publicado no Diário Oficial da União, de 4-2-1933, pág. 2246, alusivo a sessão de 27 de janeiro precedente, e de autoria de João Mangabeira.

Art. – Toda pessoa que tiver um direito incontestável, ameaçado ou violado por um ato manifestamente ilegal, do Poder Executivo, poderá requerer ao Poder Judiciário que o ampare com um mandado de segurança. O juiz, recebendo o pedido, resolverá dentro de setenta e duas horas, depois de ouvida a autoridade coatora. E se considerar o remédio legal, expedirá o mandado, ou proibindo esta de praticar o ato, ou ordenando-lhe estabelecer integralmente a situação anterior, até que a respeito resolva definitivamente o Poder Judiciário.

PROJETO DE CONSTITUIÇÃO

Enviado pelo governo Provisório à Assembléia Nacional Constituinte, em 16-11-1933.

Art. 102, § 21. Quem tiver um direito, certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestante ilegal do Poder Executivo – poderá requerer ao juiz competente um mandado de segurança. A lei estabelecerá processo sumaríssimo que permita ao juiz, dentro de cinco dias, ouvida neste prazo, por 72 horas, a autoridade coatora, resolver o caso, negando o mandado ou, se o expedir, proibindo-a de praticar o ato, ou ordenan-

do-lhe restabelecer, integralmente a situação ameaçada; será concedido o mandado se o requerente tiver, há mais de trinta dias, conhecimento do ato ilegal, ou se a questão for sobre impostos, taxas ou multas fiscais. Nestes casos, caberá ao lesado recorrer aos meios normais.

5. REFERÊNCIAS

ALVIM, Eduardo Arruda; BUENO, Cássio Scarpinella; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Aspectos Polêmicos e Atuais do Mandado de Segurança:** 51 anos depois. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

ALVIM, Eduardo Arruda. Suspensão da eficácia da decisão liminar ou da sentença em mandado de segurança – aspectos controvertidos do art. 4º da Lei 4348/64. In: BUENO,

Cássio Scarpinella. **Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança:** 51 anos depois. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 253-254.

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Justiça:** acesso e descesso. Disponível em: www.jusnavegandi.com.br. Acesso em: 21 mar. 2005.

ARAPIRACA, J. O. **A USAID e a educação:** um estudo a partir de uma abordagem crítica da teoria do capital humano. São Paulo, 1982.

BARBETTA, Pedro Alberto. **Estatística aplicada às ciências sociais**. 3. ed. Florianópolis. Editora da UFSC, 1999.

BARBI, Celso Agrícola. **Do mandado de segurança**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

BARDIN, Laurence. **Análise de conteúdo**. Lisboa: Edições 70, 2003.

BERCOVICI, Gilberto. "Instabilidade constitucional e direitos sociais na era Vargas". In: BITTAR, Eduardo C.B. (org.). **História do direito brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2003, p. 222.

BITTAR, Eduardo C.B. (org.). **História do direito brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2003.

BLOCH, M. **Apologia da história ou ofício do historiador**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade**. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

_____. **A era dos direitos.** Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOCHENEK, Antônio César. A autoridade coatora e o ato coator no mandado de segurança individual. In: BUENO, Cassio Scarpinella. **Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 3. ed., Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas. 1972.

_____. **Curso de Direito Constitucional**, 11. ed., Editora Malheiros, p. 21-27. São Paulo. 2001.

BOSI, A. **Dialética da colonização.** São Paulo: Campanhia das Letras, 1992.

BOURDIEU, P. **O poder simbólico**. Lisboa: Difel, 1989.

BOURGUIGNON, Álvaro Manoel Rosindo. **Embargos de retenção por benfeitorias e outras questões relativas ao exercício judicial do direito de retenção por benfeitorias.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2002.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição [da] República Federativa do Brasil.** Brasília: Senado Federal, 1988.

BRUNO, Deusa da Cunha. **Brasil República**: o jogo do poder oligárquico. Niterói: EDUFF, 1995, p. 20-2

BUENO, Cássio Scarpinella. **Mandado de segurança**. São Paulo: Saraiva, 2002.

BURKE, Peter. **A Escola dos Annales 1929-1989**. São Paulo: UNESP, 1991.

_____. **O mundo como teatro – estudos de antropologia histórica**. Lisboa: Difel, 1992.

_____. (Org.). **A escrita da história**: Novas Perspectivas. São Paulo: Editora UNESP, 1992.

_____. **História e teoria social**. São Paulo: Editora UNESP, 2002.

BUZAID, Alfredo. **Da mandado de segurança.** vol. I, São Paulo: Saraiva, 1989.

CAMPOS, Adriana Pereira. **Nas barras dos tribunais: Direito e escravidão no Espírito Santo do século XIX**. Rio de Janeiro: UFRJ/IFCS, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição,** 7. ed., Coimbra: Editora Almedina, , 2003.

CAPELATO, M. H. & DUTRA, E. Representações e política: o reconhecimento de um conceito na historiografia brasileira. In: CARDOSO, Ciro Flamarion & MALERBA, J. **Representações: contribuição para um debate transdisciplinar.** Campinas (SP): Papirus, 2000.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça.** (Tradução de Ellen Gracie) Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARDOSO, Ciro Flamarion. **Ensaios racionalistas. Filosofia, Ciências Naturais e História**. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1988.

CARDOSO, C.F.S. & MALERBA, J. **Representações**: contribuição para um debate transdisciplinar. São Paulo: Papirus, 2000.

CARVALHO, José Murilo. **A construção da ordem:** a elite política imperial. Teatro de sombras: a política imperial. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

_____. **Cidadania no Brasil:** o longo caminho. 5. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional didático**. Belo Horizonte: Del Rei, 2002.

CASTEL, Robert. **As metamorfoses da questão social**: uma crônica do salário. Petrópolis: Editora Vozes, 2001.

CHAUVEAU, A.; TÉTARD, Ph. Questões para a História do presente. In: COHEN, Ilka Stern (Trad.). **Questões para a História do presente.** Bauru, SP: EDUSC, 1999.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. O cidadão, a administração pública e a nova Constituição, Revista de Informação Legislativa, n. 106, p. 83.

DALLARI, D. A. **O futuro do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2001.

DUBY, G. **A história continua**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1993.

DURO, Pedro. **Uma nova contextualização do direito**: a trandisciplinaridade. Universidade de Nova Lisboa, 2000. Disponível em: ancs@fd.unl.pt. Acesso em: 22 mai. 2003.

ESPÍRITO SANTO. **Código de Organização Judiciária do Estado do Espírito Santo**. Espírito Santo: Diário Oficial, 2002.

FAUSTO, Boris. **A revolução de 30**: historiografia e história. São Paulo: Brasiliense, 1995.

_____. **História Concisa do Brasil**. 1. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, Imprensa Oficial do Estado, 2002.

FAZENDA, I.C.A. Educação no Brasil anos 60: o pacto do silêncio. São Paulo: Loyola, 1985.

FERREIRA, Marieta de Moraes. **A Nova "Velha História":** o retorno da história política. Revista Estudos Históricos, Rio de Janeiro, vol. 5, n. 10, 1992, p. 265-271.

FERREIRA, Maria Cristina; MOURA, Maria Lucia Seidl; PAINE, Patrícia Ann. **Manual de elaboração de projetos de pesquisa.** Rio de Janeiro: EdEuerj,1998.

FERRAZ, Sérgio. Mandado de segurança e acesso à justiça. In: BUENO, Cássio Scarpinella (Cord.) **Aspectos polêmicos e atuais do Mandado de Segurança:** 51 anos depois. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco e RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Direito ambiental e patrimônio genético**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

FONTES, Virgínia Maria; MENDONÇA, Sônia Regina de Mendonça. **História do Brasil Recente** (1964-1980)**.** São Paulo: Ática, 1988.

FRANCO, Sebastião Pimentel. **Do privado ao público:** o papel da escolarização na ampliação de espaços sociais para a mulher na primeira república (Tese de Doutorado). São Paulo: Universidade de São Paulo, 2001.

_____. **O projeto educacional brasileiro ou de como privilegiar as elites em detrimento das classes populares.** In: Dimensões – Revista de História da Ufes. Vitória: Universidade Federal do Espírito Santo, Centro de Ciências Humanas e Naturais, nº 13, 2001.

FRANCO, Sebastião Pimentel e HEES, Regina Rodrigues. **A república e o Espírito Santo**. Vitória: Multiplicidade, 2003.

FREIRE, A. M. A. **Analfabetismo no Brasil:** da ideologia, da interdição do corpo à ideologia nacionalista, ou de como deixar sem ler e escrever desde as Catarinas (Paraguaçu), Filipas, Madalenas, Anas, Genebras, Apolônias e Grácias, até os Severinos. São Paulo: Cortez,1989.

FREITAG, B. **Escola, estado e sociedade.** 4. ed., São Paulo: Moraes, 1986.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

GRAMSTRUP, Erik Frederico. Do Mandado de Segurança. In: BUENO, Cássio Scarpinella (Cord.) **Aspectos polêmicos e atuais do Mandado de Segurança:** 51 anos depois. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 317 a 353

GRINOVER, Ada Pellegrini et. al. **Teoria Geral do Processo.** 20. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

GRINOVER, Ada Pellegrini [et al.]. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor:** comentado pelos autores do anteprojeto. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

HOBSBAWN, Eric J. **A era das revoluções:** Europa 1789-1848. (trad). Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1977.

JULLIARD, J. A. A política. In: LE GOFF, J. & NORA, P. **História:** novas abordagens. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1976.

LE GOFF, J. & NORA, P. **História: novas abordagens**. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1976.

MACFARLANE, L. J. **Teoria política moderna**. Brasília: Editora da UnB, 1981.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas de processo civil:** o acesso à justiça e os institutos fundamentais do direito processual. vol. 24, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MARSHALL, T. H. **Cidadania e classe social.** Brasília: Fundação Projeto Rondon,1988.

MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. **O mandado de segurança e o Direito Administrativo.** In: Revista do Advogado, n. 64, São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, outubro/2001.

MONTESQUIEU. **Do espírito das leis.** 1. ed. São Paulo: Editora Martin Claret, 2002.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2002. p. 125.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual**: sexta série. São Paulo: Saraiva, 1997.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NOBRE, Ana Karena. **O formalismo jurídico e o mito da neutralidade estrita.** In: Cidadania e Justiça, Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros, ano 7, nº 13, 1º semestre de 2004.

NUNES, Castro. **Mandado de segurança e outros meios de defesa.** São Paulo: Editora Forense, 1994.

PAULA, Adriano Perácio de. Do procedimento do mandado de segurança coletivo. In: BUENO, Cássio Scarpinella (Cord.) **Aspectos polêmicos e atuais do Mandado de Segurança:** 51 anos depois**.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro, Forense, 1995.

RÉMOND, René (org.). **Por uma história política**. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 1996.

RIBEIRO, Maria Luisa. **História da educação brasileira.** São Paulo: Soares, 1989.

RODRIGUES, Bercito Souza Deus. **Nos tempos de Getúlio Vargas**: da revolução de 30 ao fim do Estado Novo. São Paulo: Atual, 1990.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos de Direito Processual Civil.** vol. I. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

ROMANELLI, Otaiza de Oliveira. **História da educação no Brasil.** 5. ed. Petrópolis: Vozes, 1978.

SANTOS, André Luiz Lopes dos. Acesso a que justiça? (Novos argumentos para o debate acerca do ensino jurídico no Brasil). In: REIGOTA, João Manoel dos Santos. **Direito, ciência e arte:** estudos jurídicos interdisciplinares. Campinas: Edicamp, 2001.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Pela mão de Alice**. O social e o político na pós-modernidade. São Paulo: Cortez, 1996.

_____. **Um discurso sobre as ciências**. Porto: Edições Afrontamento, 2002.

_____. **Introdução à sociologia da administração da justiça,** RePro, v. 37.

SEABRA, Giovanni de Farias. **Pesquisa Científica:** o método em questão. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.

SIDOU, J. M. Othon. **Hábeas corpus, mandado de segurança, ação popular:** as garantias ativas dos direitos coletivos. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico.** 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, vol. III e IV.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo, 5. ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000.

SOUZA, P. N. P. **Educação na constituição e outros estudos.** São Paulo: Pioneira, 1986.

STRAYER, Joseph R. **As origens medievais dos estado modernos.** Lisboa: Gradiva, 1969.

TALAMINI, Eduardo. As Origens do Mandado de Segurança na Tradição Processual Luso-Brasileira. In: **Aspectos Polêmicos e atuais do Mandado de Segurança:** 51 a-nos depois. São Paulo: Editora RT, 2002, p. 286-312.

TALLON, Miguel Depes, COSTA, Luciana Osório. **A revolução de 1930 no Espírito Santo**. Vitória: Departamento de Imprensa Oficial, 1980.

TRIVINOS, Augusto Nibaldo Silva. **Introdução à pesquisa em Ciências Sociais**: a pesquisa qualitativa em educação. São Paulo: Atlas, 1987.

VIANNA, Luiz Werneck et al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil.** Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VON JHERING, Rudolf. **A finalidade do direito**. Campinas: Bookseller, 2002.

WOLKNER, Antônio Carlos. **História do Direito no Brasil.** Rio de Janeiro: Forense, 2003.