

Estudo comparativo sobre a acción de tutela, no Direito colombiano, e o mandado de segurança individual, no Direito brasileiro

Pedro Navarro Cesar*

1. Introdução

O presente estudo de direito constitucional comparado tem por objetivo confrontar 02 (dois) institutos processuais distintos, a saber: a *acción de tutela* colombiana e o mandado de segurança individual brasileiro.

Com o propósito de delimitar o objeto de estudo foram selecionadas 04 (quatro) variáveis, que cumprem a função de estabelecer um parâmetro firme para o método comparativo, quais sejam: (i) base jurídica; (ii) bem jurídico tutelado; (iii) legitimidade ativa; e (iv) legitimidade passiva.

A determinação prévia dessas variáveis constitui exigência científico-metodológica, sem a qual a pesquisa comparativa perde em densidade e propósito, transformando-se, na maior parte dos casos, em mera exposição geral e descritiva de institutos jurídicos pré-selecionados.

O interesse específico pela *acción de tutela* colombiana decorre de sua importância prática para o complexo processo de interpretação constitucional, exigindo dos operadores do direito um conhecimento teórico para além do campo dogmático instrumental.

Por outro lado, a escolha do mandado de segurança individual brasileiro, como contraponto comparativo ao instituto processual colombiano, justifica-se pela (i) inevitável semelhança *prima facie* entre os institutos; e (ii) importância que o mandado de segurança tem para a prática jurídica brasileira, comprovada através de sua recorrente utilização perante os órgãos jurisdicionais do país.

* Advogado e Mestre em Ciências Jurídicas (PUC-Rio). E-mail: pedro_navarro@ig.com.br.

2. Base jurídica

2.1 Acción de Tutela

A *acción de tutela*¹ aparece pela primeira vez no ordenamento jurídico colombiano com o advento da Constituição Política de 1991 (“CPC/1991”)². O artigo 86 da CPC/1991 estabelece as suas principais características:

ARTICULO 86. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución.

¹ Diana María Ángel Arbeláez presenta justificativas para a escolha do termo *acción de tutela* no lugar de *amparo*: “Se utiliza el término “acción de tutela”, en lugar de “amparo”, porque se considera que en otras legislaciones se le da el nombre de amparo al conjunto de mecanismos de protección. Si aquí hiciéramos lo mismo se confundirían ciertas especies de amparo con figuras concretas que ya tenemos consagradas, como la acción pública de constitucionalidad, el sistema contencioso administrativo de acciones públicas y privadas, la acción de nulidad, etcétera. Por eso se le da esse nombre para evitar confusiones con otras figuras que a pesar de ser semejantes, definitivamente son distintas.” Ángel Arbeláez, 1996, p. 319.

² De acordo com Julio C. Ortiz Gutiérrez: “Como se observa, antes de 1991 hacía falta el amparo o la tutela de los derechos constitucionales, que facilitara a toda persona el derecho de acudir ante cualquier juez o tribunal, con muy sencillos requisitos de oportunidad, prueba y controversia, para obtener la protección o defensa extraordinaria de sus derechos constitucionales, por todo tipo de acción u omisión de la administración pública en todos sus niveles y aun cierto tipo de personas privadas que cause perjuicio actual y cierto. En efecto, es claro que entre nosotros no se había adoptado la fórmula del ‘amparo constitucional’ para promover con sus órdenes la garantía del derecho a la Constitución y en especial, de los derechos fundamentales del individuo, como, se había asegurado en los sistemas constitucionales de México, Argentina, Brasil y Venezuela.” ORTIZ GUTIÉRREZ, pp. 18-19. Disponível em <http://www.us.es-cidc-Ponencias-fundamentales-JulioCesarOrtiz.pdf>.

La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.

Com base nesse dispositivo constitucional, o Chefe do Poder Executivo à época, Cesar Gaviria Trujillo, editou o Decreto nº 2.591, de 19.10.1991, valendo-se da faculdade extraordinária concedida pelo artigo transitório nº 05, alínea “b”, da CPC/1991³, combinado com o artigo transitório nº 06, alínea “a”⁴, e o artigo transitório nº 10⁵, ambos da CPC/1991⁶.

Portanto, coube ao Decreto nº 2.591/1991 regulamentar a *acción de tutela* prevista no artigo 86 da CPC/1991. O referido diploma legal foi objeto de inúmeros questionamentos perante a Corte Constitucional colombiana, que, em alguns casos, considerou determinados dispositivos legais exequíveis, ou seja, conforme a Constituição, e, em outras situações, declarou-os inconstitucionais, por entender que afrontavam o texto constitucional vigente⁷.

³ Artigo Transitório nº 05 da CPC-91: “*Revístese al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias para: (...) b. Reglamentar el derecho de tutela.*”

⁴ Artigo Transitório nº 06 da CPC-91: “*Créase una Comisión Especial de treinta y seis miembros elegidos por cuociente electoral por la Asamblea Nacional Constituyente, la mitad de los cuales podrán ser Delegatarios, que se reunirá entre el 15 de julio y el 4 de octubre de 1991 y entre el 18 de noviembre de 1991 y el día de la instalación del nuevo Congreso. La elección se realizará en sesión convocada para este efecto el 4 de julio de 1991. Esta Comisión Especial tendrá las siguientes atribuciones: a. Improbar por la mayoría de sus miembros, en todo o en parte, los proyectos de decreto que prepare el Gobierno Nacional en ejercicio de las facultades extraordinarias concedidas al Presidente de la República por el artículo anterior y en otras disposiciones del presente Acto Constituyente, excepto los de nombramientos. Los artículos improbados no podrán ser expedidos por el Gobierno (...).*”

⁵ Artigo Transitório nº 10 da CPC-91: “*Los decretos que expida el Gobierno en ejercicio de las facultades otorgadas en los anteriores artículos tendrán fuerza de ley y su control de constitucionalidad corresponderá a la Corte Constitucional.*”

⁶ O Artigo Transitório nº 11 da CPC-91 estabelece a seguinte regra: “*Las facultades extraordinarias a que se refiere el Artículo Transitorio 5, cesarán el día en que se instale el Congreso elegido el 27 de octubre de 1991. En la misma fecha la comisión especial creada por el artículo transitorio 6 también cesará en sus funciones.*”

⁷ Como exemplo, cabe mencionar a *Sentencia* C-531 de 1993, que declarou inexecutável o inciso 2 do numeral 1º do artigo 6º do Decreto nº 2.591-1991; a *Sentencia* C-543 de 1992, que declarou inexecutáveis os artigos 11º, 12º e 40º do Decreto; e a *Sentencia* C-134 de 1994, que afastou do ordenamento jurídico colombiano trechos de alguns dispositivos legais. Por outro lado, as *Sentencias* C-018 de 1993, C-054 de 1993, C-155 de 1993, C-616 de 1997, C-186 de 1998 e C-1.716 de 2000, são exemplos do reconhecimento da constitucionalidade de dispositivos legais (declaração de executabilidade) por parte da Corte.

2.2. Mandado de Segurança

Assim como a *acción de tutela* colombiana, o mandado de segurança brasileiro também tem previsão constitucional e regulamentação estabelecida pela legislação ordinária. Há, entretanto, 02 (duas) espécies de mandados de segurança no ordenamento jurídico brasileiro: o individual e o coletivo. Para fins do presente estudo comparativo, limitaremos nossa análise ao mandado de segurança individual, tendo em vista que a *acción de tutela* guarda íntima relação com esse instituto, sendo certo também que o ordenamento jurídico colombiano não estabelece qualquer distinção entre “*acción de tutela* individual” e “*acción de tutela* coletiva”.

O mandado de segurança surgiu pela primeira vez no direito brasileiro com a Constituição de 1934 (art. 113, 33)⁸, tendo sido afastado do ordenamento pela Constituição de 1937⁹. Somente com a entrada em vigor da Carta Política de 1946 (art. 141, 24)¹⁰, o mandado de segurança retornou definitivamente ao direito pátrio, permanecendo nas Constituições posteriores de 1967 (art. 150, 21)¹¹, e de 1988 (art. 5º, LXIX e LXX).

⁸ Artigo 113: “A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (...) 33) Dar-se-á mandado de segurança para 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 sempre ouvida a pessoa de direito público interessada. O mandado não prejudica as ações petitorias competentes.”

⁹ A Carta de 1937 foi a “quarta constituição da história brasileira, outorgada pelo presidente Getúlio Vargas em 10 de novembro de 1937, no mesmo dia em que, por meio de um golpe de Estado, era implantada no país a ditadura do Estado Novo. Foi elaborada pelo jurista Francisco Campos, ministro da Justiça do novo regime, e obteve a aprovação prévia de Vargas e do ministro da Guerra, general Eurico Dutra. A essência autoritária e centralista da Constituição de 1937 a colocava em sintonia com os modelos fascizantes de organização político-institucional então em voga em diversas partes do mundo, rompendo com a tradição liberal dos textos constitucionais anteriormente vigentes no país. Sua principal característica era a enorme concentração de poderes nas mãos do chefe do Executivo.” Fonte: *site* do Centro de Pesquisa e Documentação de História Contemporânea do Brasil da Fundação Getúlio Vargas (CPDOC-FGV): http://www.cpdoc.fgv.br-nav_historia-htm-anos37-45-ev_poladm_1937.htm.

¹⁰ Artigo 141: “A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (...) 24 - 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.”

¹¹ Artigo 150: “A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) 21 - 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.”

Ante o exposto, cumpre transcrever o teor do artigo 5º, inciso LXIX, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (“CF/88”), que disciplina o mandado de segurança individual:

ARTIGO 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)

LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por “habeas-corpus” ou “habeas-data”, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

Com relação à regulamentação infraconstitucional, vige o disposto na Lei nº 1.533, de 31.12.1951, modificada posteriormente pelas Leis nºs 4.166/1962, 6.014/1973, 6.071/1974 e 9.259/1996. Importante ressaltar que a Lei nº 1.533/1951, quando promulgada, alterava as disposições do Código do Processo Civil vigente à época (Decreto-Lei nº 1.608, 18.09.1939), relativas ao mandado de segurança.

Por fim, cumpre transcrever o inciso LXX do artigo 5º da CF/88, que dispõe sobre o mandado de segurança coletivo: “O mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por: a) partido político com representação no Congresso Nacional; e b) 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.”

3. Bem jurídico tutelado

3.1. *Acción de Tutela*

Os bens jurídicos protegidos pela *acción de tutela* colombiana são os direitos constitucionais fundamentais, nos termos do artigo 86 da CPC/91. A tutela desses direitos deve ser imediata, sempre que os mesmos resultem violados ou ameaçados pela ação ou omissão de qualquer autoridade pública ou de particulares, nesse caso, somente nas hipóteses previstas na regulamentação infraconstitucional.

Importante destacar a regra contida no artigo 2º do Decreto nº 2.591/1991, que autoriza a procedência de demandas fundadas em direitos constitucionais fundamentais que não tenham previsão expres-

sa na Constituição, porém, cuja natureza autorize a concessão da tutela no caso concreto¹².

O dispositivo legal anterior coaduna-se com a sistemática constitucional colombiana, na medida em que o ordenamento jurídico daquele país prevê: (i) direitos constitucionais fundamentais expressos (artigos 11 ao 41 da CPC/91); (ii) direitos fundamentais consagrados em outros dispositivos constitucionais, como, por exemplo, alguns artigos do capítulo II (direitos sociais, econômicos e culturais) do título II da Constituição Política de 1991; (iii) a prevalência interna de tratados e convênios internacionais, ratificados pelo Congresso, que reconheçam direitos humanos (artigo 93 da CPC/91); e (iv) a aplicação do princípio da interpretação extensiva, através do reconhecimento de direito e garantias implícitos à Constituição e a convênios internacionais vigentes (artigo 94 da CPC/91).

Portanto, a *acción de tutela* enfatiza a natureza jurídica do bem tutelado, conferindo uma dimensão mais substantiva e material para a utilização desse instituto processual. Vale dizer, o importante é classificar corretamente o direito ameaçado ou violado, seja ele explícito ou implícito, no agrupamento dos direitos fundamentais que decorrem da Constituição. Compete ao magistrado colombiano acolher ou não o enquadramento sugerido pelo postulante.

A conseqüência imediata da estratégia adotada pelo constituinte originário é a atribuição de legitimidade a interpretações expansivas e abarcantes do direito, que pretendam destacar a sua fundamentabilidade e afetação constitucional, conforme assevera Eduardo Cifuentes Muñoz:

La Corte Constitucional ha extendido la acción de tutela a derechos que no aparecen bajo al epígrafe de la Constitución destinado a regular los derechos fundamentales, pero tienen este carácter por su propia naturaleza o porque, en la situación concreta, tienen una conexidad objetiva e íntima con un derecho fundamental, hasta el punto de que su no protección judicial podría acarrear la violación de estos últimos (Corte Constitucional, Sentencia T-406/1992).

¹² Artigo 2º do Decreto nº 2.591-1991: “*La acción de tutela garantiza los derechos constitucionales fundamentales. Cuando una decisión de tutela se refiera a un derecho no señalado expresamente por la Constitución como fundamental, pero cuya naturaleza permita su tutela para casos concretos, la Corte Constitucional le dará prelación en la revisión a esta decisión.*”

3.2. Mandado de Segurança

O bem jurídico tutelado pelo mandado de segurança individual brasileiro é o direito individual líquido e certo do impetrante, nos termos do artigo 5º, inciso LXIX, da CF/88. De acordo com Hely Lopes Meirelles:

Direito individual é o que pertence a quem o invoca e não apenas à sua categoria, corporação ou associação de classe. É direito próprio do impetrante. 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 interpretação¹³.

Mais adiante, conclui o administrativista:

Quando a lei alude a direito líquido e certo, está exigindo que esse direito se apresente com todos os requisitos para seu conhecimento e exercício no momento da impetração. Em última análise, direito líquido e certo é direito comprovado de plano¹⁴.

Portanto, diferentemente da *acción de tutela* colombiana, o bem jurídico tutelado pelo mandado de segurança brasileiro exige o cumprimento de requisitos procedimentais para o exercício regular do direito de ação. Trata-se de enfatizar a capacidade probatória do postulante, e, portanto, seus esforços devem estar orientados para a produção de provas que assegurem a certeza e a liquidez do direito invocado. Não se exige, para fins de procedência do pedido, a discussão do enquadramento do direito em determinada categoria jurídica (por exemplo, direitos fundamentais); basta a apresentação de provas pré-constituídas acerca das situações e fatos alegados para o cabimento da medida judicial.

O resultado prático é a transferência da discussão da natureza do direito ameaçado ou violado (como na *acción de tutela*) para a capacidade de instrução do impetrante (mandado de segurança). Logo, poderão ser tutelados pelo mandado de segurança todos os direitos que preenchem os requisitos de certeza e liquidez, independentemente de sua natureza e/ou classificação.

¹³ MEIRELLES, 1999, pp. 34-35. O Supremo Tribunal Federal já decidiu que: “Descabe mandado de segurança quando o impetrante não tem em vista a defesa de direito subjetivo, mas mero interesse reflexo de normas objetivas.” (vide RTJ 120-328).

¹⁴ MEIRELLES, 1999, p. 35.

4. Legitimidade ativa

4.1. *Acción de Tutela*

O artigo 86 da Constituição Política da Colômbia de 1991 estabelece que “*toda persona (...), por sí misma o por quien actúe a su nombre*” é legítima para propor a *acción de tutela*. O artigo 10 do Decreto nº 2.591/1991 procura detalhar a determinação constitucional anterior:

La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos.

También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud.

También podrán ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales.

A partir da conjugação das 02 (duas) disposições normativas mencionadas acima, podemos inferir quem são os legitimados para propor a *acción de tutela*: (i) qualquer pessoa, em nome próprio ou alheio; nesse último caso, somente quando o titular do direito não estiver em condições de promover a sua própria defesa; (ii) o *defensor del pueblo*¹⁵; e (iii) os *personeros municipales*¹⁶.

¹⁵ Com relação ao *defensor del pueblo*, conferir os artigos 281 e 282 da CPC-91: “Art. 281 - El Defensor del Pueblo formará parte del Ministerio Público y ejercerá sus funciones bajo la suprema dirección del Procurador General de la Nación. Será elegido por la Cámara de Representantes para un período de cuatro años de terna elaborada por el Presidente de la República.” e “Art. 282 - El Defensor del Pueblo velará por la promoción, el ejercicio y la divulgación de los derechos humanos, para lo cual ejercerá las siguientes funciones: 1. Orientar e instruir a los habitantes del territorio nacional y a los colombianos en el exterior en el ejercicio y defensa de sus derechos ante las autoridades competentes o entidades de carácter privado. 2. Divulgar los derechos humanos y recomendar las políticas para su enseñanza. 3. Invocar el derecho de habeas corpus e interponer las acciones de tutela, sin perjuicio del derecho que asiste a los interesados. 4. Organizar y dirigir la defensoría pública en los términos que señale la ley. 5. Interponer acciones populares en asuntos relacionados con su competencia. 6. Presentar proyectos de ley sobre materias relativas a su competencia. 7. Rendir informes al Congreso sobre el cumplimiento de sus funciones. 8. Las demás que determine la ley.” Ver também os artigos 46 e 47 do Decreto nº 2.591-91: “Artículo 46. El Defensor del Pueblo podrá, sin perjuicio del derecho que asiste a los interesados, interponer la acción de tutela en nombre de cualquier persona que se lo solicite o que esté en situación de desamparo e indefensión” e “Artículo 47. Cuando el Defensor del Pueblo interponga la acción de tutela será, junto con el agraviado, parte en el proceso.”

¹⁶ Os artigos 49 e 50 do Decreto nº 2.591-1991 regulamentam a atividade dos *personeros municipales*: “Artículo 49. En cada municipio, el personero en su calidad de defensor en la respectiva

Cabe também destacar o trecho do artigo 13 do Decreto nº 2.591/1991, que prevê a interveniência: “Quien tuviere un interés legítimo en el resultado del proceso podrá intervenir en él como coadyuvante del actor o de la persona o autoridad pública contra quien se hubiere hecho la solicitud.”

Por fim, ressaltamos que a *acción de tutela* colombiana pode ser proposta diretamente pela pessoa afetada sem a necessidade de um advogado (princípio da informalidade). O artigo 14 do Decreto nº 2.591/1991 confirma esse entendimento: “La acción podrá ser ejercida, sin ninguna formalidad o autenticación, por memorial, telegrama u otro medio de comunicación que se manifieste por escrito, para lo cual se gozará de franquicia. No será necesario actuar por medio de apoderado”¹⁷.

A consequência da incorporação do princípio da informalidade como uma característica da *acción de tutela* foi bem sintetizado por Diana Maria Ángel Arbeláez:

(...) la acción de tutela implica un cambio en la relación entre la Constitución y el hombre de la calle. A través de la tutela, la Constitución baja de las alturas en que el formalismo kelseniano la había colocado, para convertirse en un instrumento del ciudadano para combatir la arbitrariedad y promover sus intereses por las vías institucionales. La Constitución aspira a dejar de ser documento de juristas para transformarse en consejera del ciudadano. Además, la tutela modifica las relaciones de la persona con la justicia. De una administración inaccesible para la persona común, pasamos a una justicia a la cual se puede acudir sin intermediarios, ni trabas, ni autenticaciones, ni honorarios¹⁸.

4.2. Mandado de Segurança

São legitimados para impetrar o mandado de segurança os titulares de direitos individuais líquidos e certos. Estes podem ser (i) pessoas físicas ou jurídicas; (ii) órgãos públicos despersonalizados, mas dotados de capacidade processual (ex: as chefias do executivo, a presidência

entidad territorial podrá, por delegación expresa del Defensor del Pueblo, interponer acciones de tutela o representarlo en las que éste interponga directamente” e “Artículo 50. Los personeros municipales y distritales podrán requerir del Defensor del Pueblo la asistencia y orientación necesarias en los asuntos relativos a la protección judicial de los derechos fundamentales.”

¹⁷ O princípio da informalidade também tem aplicação no *habeas corpus* colombiano (art. 30 da CPC-91) e brasileiro (artigo 5º, LXVIII, da CF-88 c-c o artigo 654 do CPP – Decreto Lei nº 3.689, de 03.10.1941, e alterações posteriores).

¹⁸ ÁNGEL ARBELÁEZ, 1996., p. 317.

da mesa do legislativo, as comissões autônomas); e (iii) universalidade reconhecida por lei (ex: espólio, massa falida, condomínio)¹⁹. O artigo 19 da Lei nº 1.533/1951, alterado pela Lei nº 6.071/1974, admite a aplicação das regras do litisconsórcio previstas no Código de Processo Civil (artigos 46 a 49 da Lei nº 5.869/1973, e alterações posteriores).

Diferentemente da *acción de tutela*, o mandado de segurança exige a representação por advogado. Aplica-se, nesse caso, a legislação que regulamenta o exercício da advocacia (Lei nº 8.906, de 09.01.1994, c/c os artigos 36 a 40 da Lei nº 5.869, de 11.01.1973, e alterações posteriores).

5. Legitimidade passiva

5.1. *Acción de Tutela*

A *acción de tutela* pode ser proposta em face de (i) qualquer autoridade pública que viole ou ameace direito fundamental constitucional através de sua ação ou omissão; e (ii) particulares em 03 (três) hipóteses que serão desdobradas pela legislação infraconstitucional.

O artigo 13 do Decreto nº 2.591/1991 assim dispõe sobre as *acciones de tutela* propostas em face das autoridades ou representantes de órgãos públicos:

La acción se dirigirá contra la autoridad pública o el representante del órgano que presuntamente violó o amenazó el derecho fundamental. Si uno u otro hubiesen actuado en cumplimiento de órdenes o instrucciones impartidas por un superior, o con su autorización o aprobación, la acción se entenderá dirigida contra ambos, sin perjuicio de lo que se decida en el fallo. De ignorarse la identidad de la autoridad pública, la acción se tendrá por ejercida contra el superior.

Conforme afirmado anteriormente, a Constituição Política Colombiana de 1991 prevê 03 (três) hipóteses, a partir das quais a tutela poderá ser proposta em face dos particulares. Para tanto, eles deverão ocupar uma das seguintes posições: (i) prestar serviço público; (ii) praticar conduta que afete grave e diretamente o interesse coletivo²⁰; ou (iii) manter o solicitante em um estado indefeso ou de subordinação.

¹⁹ MEIRELLES, 1999, pp. 22-23.

²⁰ Essa hipótese prevista no artigo 86 da CPC-91 parece conflitar com outro dispositivo constitucional, qual seja, o artigo 88, que regulamenta as *acciones populares*: “La ley regulará las

Por sua vez, o Capítulo III do Decreto nº 2.591/1991 regulamenta e detalha a *acción de tutela* proposta em face dos particulares. O artigo 42 elenca 09 (nove) hipóteses que procuram concretizar o comando constitucional.²¹ No entanto, 03 (três) hipóteses foram parcialmente derrogadas pela Corte Constitucional, com a finalidade de evitar um estreitamento indevido do objeto passível de proteção por meio da tutela (*Sentencia C-134 de 1994*).

5.2. Mandado de Segurança

O mandado de segurança individual pode ser proposto contra autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público quando estes pratiquem ilegalidade ou abuso de poder (art. 5º, LXIX, da CF/88).

Importante observar, em conformidade com o magistério de Hely Lopes Meirelles, que o impetrado “é a autoridade coatora, e não a pessoa jurídica ou o órgão a que pertence e ao qual seu ato é imputado em razão

acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella. También regulará las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares. Así mismo, definirá los casos de responsabilidad civil objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos.” A afirmação anterior é reforçada ao se constatar que o Decreto nº 2.591-91 não incorporou essa hipótese constitucional no elenco de casos previsto em seu artigo 42.

²¹ O artigo 42 do Decreto nº 2.591-1991 assim dispõe: “*La acción de tutela procederá contra acciones u omisiones de particulares en los siguientes casos: 1. Cuando aquel contra quien se hubiere hecho la solicitud esté encargado de la prestación del servicio público de educación. 2. Cuando aquel contra quien se hubiere hecho la solicitud esté encargado de la prestación del servicio público de salud. 3. Cuando aquel contra quien se hubiere hecho la solicitud esté encargado de la prestación de servicios públicos domiciliarios. 4. Cuando la solicitud fuere dirigida contra una organización privada, contra quien la controle efectivamente o fuere el beneficiario real de la situación que motivó la acción, siempre y cuando el solicitante tenga una relación de subordinación o indefensión con tal organización. 5. Cuando aquel contra quien se hubiere hecho la solicitud viole o amenace violar el artículo 17 de la Constitución [prohíbe a escravidão, a servidão e o mau trato dos seres humanos em todas as suas formas]. 6. Cuando la entidad privada sea aquella contra quien se hubiere hecho la solicitud en ejercicio del habeas data, de conformidad con lo establecido en el artículo 15 de la Constitución. 7. Cuando se solicite rectificación de informaciones inexactas o erróneas. En este caso se deberá anexar la transcripción de la información o la copia de la publicación y de la rectificación solicitada que no fue publicada en condiciones que aseguren la eficacia de la misma. 8. Cuando el particular actúe o deba actuar en ejercicio de funciones públicas, en cuyo caso se aplicará el mismo régimen que a las autoridades públicas. 9. Cuando la solicitud sea para tutelar quien se encuentre en situación de subordinación o indefensión respecto del particular contra el cual se interpuso la acción. Se presume la indefensión del menor que solicite la tutela.”*

do ofício. Nada impede, entretanto, que a entidade interessada ingresse no processo a qualquer tempo, como simples assistente do coator²².

Autoridade coatora é a pessoa que ordena ou omite a prática do ato impugnado. Será improcedente o mandado de segurança impetrado contra autoridade que não tenha competência para corrigir a ilegalidade impugnada ou cessar o abuso de poder.

Diferentemente da *acción de tutela*, o mandado de segurança não pode ser impetrado contra particulares; admite-se apenas o mandado de segurança dirigido contra agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

6. Conclusão

Após apresentarmos as principais características das variáveis escolhidas, podemos concluir que os institutos processuais têm diferenças significativas, embora, em um primeiro momento, possa se presumir o contrário.

Ao focar a proteção de uma categoria específica de direitos (os direitos constitucionais fundamentais), a *acción de tutela* acaba por ampliar o espectro de possíveis demandados judicialmente (autoridades públicas e particulares). Trata-se de uma conseqüência inevitável do enfoque dado pelo legislador colombiano ao privilegiar o aspecto substantivo.

O mandado de segurança, por sua vez, não se interessa pela natureza do bem jurídico tutelado, mas sim pela forma como o mesmo será apresentado em juízo (instrução probatória). Portanto, prevalece o aspecto formal, em detrimento da dimensão substantiva do direito ameaçado ou violado.

A maior restrição ao número de demandados judicialmente no mandado de segurança justifica-se pela preocupação técnica do legislador brasileiro em evitar a superposição de medidas judiciais, ciente de que o postulante deverá perseguir as vias ordinárias caso queira pleitear algo contra os particulares.

Por outro lado, a *acción de tutela* colombiana cumpre um importante papel na democratização do acesso à justiça daquele país ao simplificar os procedimentos e permitir o acesso de pessoas comuns, inclusive diretamente, ao Poder Judiciário (princípio da informalidade).

²² MEIRELLES, 1999, p. 53.

O mandado de segurança, por sua vez, continua a exigir a representação por advogado e conhecimento técnico suficiente para gerar a instrução processual de acordo com a legislação vigente e com a jurisprudência mais atualizada.

Tais diferenças deixam transparecer que os fundamentos de tais institutos processuais divergem em pontos importantes, e que o legislador de cada país aspirava a propósitos distintos quando da sua concepção.

Referências bibliográficas

ÁNGEL ARBELÁEZ, Diana Maria et al. Protección de los derechos humanos en Colombia mediante la acción de tutela. In: *Temas de derecho procesal: Memoria del XIV Congreso Mexicano de Derecho Procesal. Serie Textos y Estudios Legislativos*, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México– NAM, n.92, 1996.

Centro de Pesquisa e Documentação de História Contemporânea do Brasil da Fundação Getúlio Vargas (CPDOC/FGV). Consulta ao endereço da internet: http://www.cpdoc.fgv.br/nav_historia/html_anos37-45/ev_poladm_1937.htm.

CORREA HENAO, Néstor Raúl. La acción de tutela y los medios judiciales ordinarios de defensa de los derechos. In: VEGA GOMEZ, Juan & CORZO SOSA, Edgar (coords.). *Instrumentos de tutela y justicia constitucional: Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. Serie Doctrina Jurídica, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México – UNAM, n.99, pp. 135-150, 2002.

ESTRADA, Alexei Julio. La eficacia entre particulares de los derechos fundamentales. Una presentación del caso colombiano. In: CARBONELL, Miguel (coord.). *Derechos Fundamentales y Estado: Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. Serie Doctrina Jurídica, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México – UNAM, n.96, pp. 267-296, 2002.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança, ação popular, ação civil popular, mandado de injunção, “habeas data”*. 21.ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

- MUÑOS, Eduardo Cifuentes. Jurisdicción Constitucional en Colombia. In: BELAUNDE, D. Garcia & SEGADO, F. Fernández (orgs.). *Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica*. Madrid: Editorial Dykinson, 1997.
- ORTIZ GUTIÉRREZ, Julio C. *Los derechos fundamentales en el ordenamiento constitucional de Colombia*. Disponível em <http://www.us.es/cidc/Ponencias/fundamentales/JulioCesarOrtiz.pdf>. Acesso em 9 de maio de 2005.
- OSUNA PATIÑO, Néstor Iván. Los primeros diez años de la corte constitucional colombiana. In: VEGA GOMEZ, Juan & CORZO SOSA, Edgar (coords.). *Tribunales y justicia constitucional: Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. Serie Doctrina Jurídica, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México – UNAM, n.108, 2002.
- UPRIMNY, Rodrigo; RODRÍGUEZ, César & GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. Entre el protagonismo y la rutina: análisis sociojurídico de la justicia en Colombia. In: FIX-FIERRO, Héctor; FRIEDMAN, Lawrence M. & PÉREZ PERDOMO, Rogelio (editores). *Culturas jurídicas latinas de Europa y América en tiempos de globalización*. Serie Doctrina Jurídica, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México – UNAM, n.139, 2003.