

MANDADO DE SEGURANÇA EM MATÉRIA ADMINISTRATIVA *

JOSÉ MANOEL DE ARRUDA ALVIM
Procurador da Fazenda Nacional e Professor na Universidade Católica de São Paulo

O tema proposto diz respeito ao mandado de segurança considerando-se, de modo especial, o ato administrativo. Antes, porém, de ingressarmos propriamente na sistemática positiva do mandado de segurança, compreensiva do texto constitucional e da legislação infraconstitucional que minucientemente disciplina a matéria — e que aqui será abordada o quanto possível — convém lembrar alguns princípios, cuja poeira no presente, não deve impedir que vislumbremos no passado as grandes causas que estruturaram a nossa sociedade tal como ela se encontra e na qual, em decorrência de tais princípios, se instalou um remédio como o do mandado de segurança. É que os conceitos jurídicos, na realidade, se constituem na cristalização verbal, intelectual, e, pois, transmissível, de uma experiência histórica que em si mesma alberga determinados valores. Assim, o Direito se encontra enraizado no passado, é traduzido no presente e há de se projetar para o futuro, em nome e por causa desses princípios.

Dos remotos precedentes do mandado de segurança, podemos, numa visão embora algo amorfa do passado, apontar três facetas dessa realidade, as quais, de certa forma, refluindo para a formação do Estado ocidental contemporâneo, poderiam dar uma idéia do surgimento do remédio. Assim é que, sob o *aspecto filosófico*, tivemos “no limiar do século XIX, uma noção de liberdade contra

* Conferência promovida pela Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, através da Procuradoria de Divulgação Jurídica, no dia 15 de julho de 1976, no auditório “Desembargador Nelson Ribeiro Alves”.

o Estado, aquela noção jusnaturalista de BENJAMIN CONSTANT e por ele pregada e que se propalou, instalando-se nos sistemas positivos. Sob o *aspecto sociológico*, devemos verificar que o produto do Estado moderno, na realidade, significou a ascensão da burguesia e o seu alojamento no poder e a constituição de um instrumental jurídico preordenado à satisfação e à manutenção dos interesses por ela encarnados. Sob o *aspecto jurídico*, pode-se dizer que a ascensão da burguesia e a instalação do Estado moderno, que encontra seu ponto alto de cristalização na Revolução Francesa, serviu ao próprio nascimento dogmático do Direito Público, que, em verdade, veio moldar o Estado moderno aos interesses da burguesia, que, do ponto de vista político (da pregação e legitimação políticas), se pretendia estavam identificados com o interesse da própria população.

Se perpassarmos os olhos no plano processual, o que verificaremos é que a evolução do Direito europeu foi bem mais teórica, no sentido de não dotar os administrados, ou os cidadãos, de um instrumental mais eficiente, desde logo, contra os atos da administração Pública. Realmente, já, se olharmos o panorama evolutivo nos Estados Unidos da América do Norte, veremos que aí foi essa evolução bem mais prática, na linha do pragmatismo em que vive na civilização norte-americana, conferindo desde logo ao cidadão um instrumental mais sério e eficiente contra o Poder Público.

Em verdade, um pouco antes, no fim do século XVIII e limiar do XIX, não existia, no cenário jurídico, a conceituação do ato administrativo. Essa conceituação surgiu posteriormente, na tentativa, por assim dizer, de bornar a atividade estatal, pretendendo-se alojar, dentro do ato administrativo, o princípio da legalidade. Encontramos em várias obras, e cito especialmente a do Prof. OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO, *Princípios Gerais de Direito Administrativo* — sem dúvida a mais densa obra a respeito publicada em nosso Continente — a referência a várias leis, no limiar da Revolução Francesa, que procuravam definir o ato administrativo. Assim a lei de 16-8-70, em que — embora se vedasse a apreciação do ato administrativo pelo Judiciário, o que seria feito tendo-se em vista existência do organismo do contencioso administrativo — pela primeira vez na História se definiu o ato administrativo. Verifica-se, portanto, que, com a instalação do

Estado moderno, surgiu, dentro da sistemática, a preocupação de limitar os poderes estatais. Sucessivamente, a lei de 16 de frutidor do ano III, cuidou de redefinir o ato administrativo, e assim por diante. Desse modo, tivemos, pois, no cenário jurídico, o nascimento do ato administrativo, em cujo bojo sempre, e cada vez mais, se viu imanente o princípio da legalidade, que deve moldar a administração pública na consecução da sua atividade, animada e preordenada à satisfação do interesse público.

Se examinarmos o panorama na Alemanha, a partir do século XV, veremos que diversos autores, dentre eles JELLINEK, observam que aí preexistiu ao chamado Estado-polícia, ao Estado-gendarme, um Estado de Justiça, possivelmente dos séculos XV ao XVIII, onde, nos grandes feudos em que se subdividia a Alemanha e que viriam a constituí-la no século XIX, aflorou uma sistemática em que já existiam, digamos assim, uma definição limitativa da atividade da administração pública e, correlatamente, toda uma série de medidas de que dispunham os administrados, tais como as *inhibitiones*, justamente destinadas a limitar a atividade da administração e fazer com que ela agisse dentro dos parâmetros da legalidade. Isso, entretanto, foi mudando, e só no século XIX veio a Alemanha a readquirir definitivamente a idéia do princípio da legalidade a informar a atividade da administração.

Igualmente, se observarmos o panorama da Inglaterra, verificaremos que também a partir do século XV inúmeras foram as medidas destinadas em submeter à legalidade a atividade do poder público.

Assim, numa apertada síntese do panorama geral, que realmente se pode ter, dos sistemas jurídicos, a partir das suas Constituições, veremos que depois da Revolução Francesa se instalou nos Estados modernos um verdadeiro dualismo de direitos e garantias: direitos assegurados pela Constituição e pelas leis materiais e, ao lado desses direitos, toda uma série de garantias, que se traduziam num instrumento processual, exatamente com vistas a manter o Estado dentro dos limites da legalidade.

No Brasil, não muito se pode dizer sobre o assunto nessa perspectiva histórica, porque, em verdade, até a nossa República muito pouco houve. Hoje, encontramos insculpida em nossa Carta Constitucional a regra do art. 153, § 21, que encontra sua primeira previsão constitucional no texto de 1934, o qual, a seu turno, so-

freu o influxo de toda uma evolução, criando-se, a partir de então — porque as Constituições posteriores o repetiram — o instituto do mandado de segurança, regulado, sucessivamente, pela Lei n.º 191, de 1936, pelo Código de Processo Civil de 1939 e, finalmente, pela Lei n.º 1.533, de 1951, como também por diversas leis que gravitam em torno desta última, e que se constituem, todas, no sistema infraconstitucional da disciplina do mandado de segurança.

Enfocando especificamente o ato administrativo, basicamente podemos dizer que o mandado de segurança é o instrumento pelo qual se discute a legalidade daquele ato, dado que tanto a Constituição, quanto a lei infraconstitucional, a de n.º 1.533, no art. 1.º, usam as palavras “ilegalidade”, aquela, e “ilegalmente”, esta; e, desdobrando a idéia, o mandado de segurança é o remédio pelo qual também se discute a legalidade, não em função de um ato administrativo vinculado, mas também de um ato administrativo discricionário, porque em uma e em outra norma, se alude, também, ao “abuso do poder”.

Num perfil preliminar, podemos dizer que as vantagens do mandado de segurança são as de se dispensar o particular, contra a administração, de uma instrução demorada e, também, dotá-lo, desde logo, e eventualmente — se preenchidos os pressupostos legais específicos, constantes do art. 7.º da Lei do Mandado de Segurança — de uma suspensão liminar, que tranca a auto-executoriedade dos atos administrativos. Sintetizando, as vantagens ínsitas no mandado de segurança são: a rapidez; a suspensão liminar; a ausência da fase probatória, em si mesma, eis que o mandado de segurança só terá cabimento quando os fatos forem incontrovertidos e documentalmente comprovados *ab initio*.

Examinemos, por um momento, a atividade da administração, apenas em razão da pertinência com aquilo que a seguir se dará.

A administração se utiliza do ato administrativo como a sua linguagem e o seu instrumento, que é preordenado à criação na ordem empírica de um interesse público ou do bem comum. É noção cediça e verdadeiramente axiomática, nos dias de hoje, a da predominância do Estado sobre os indivíduos. O Estado aglutina os interesses individuais, consubstancia e corporifica o interesse de todos nós. É evidente, portanto, que o Estado deve sobrepor-se ao indivíduo isoladamente considerado. Se reduzíssemos esta rea-

lidade a uma imagem matemática, diríamos que é evidente que o todo há de valer mais do que a parte. Essas idéias, pois, se colocam hoje como verdadeiros axiomas.

No Estado de direito, todavia, em que vivemos, e em que, de modo geral, vivem os países ocidentais, temos o primado do Direito e da lei como, possivelmente ainda, o maior valor por eles vivenciado. O Estado de direito não significa, em verdade, apenas a submissão dos jurisdicionados à lei. Mais do que isso, significa a submissão dos governados e dos governantes à ordem jurídica. Avulta a lei, portanto, na ordem das grandezas sociais.

Essa, porém, é uma visão estática da ordem jurídica, que é um catálogo de normas hierarquicamente colocadas e dirigidas aos jurisdicionados e também aos governantes. Além desse *aspecto estático* da ordem jurídica, existe, também, do ponto de vista da administração pública, um aspecto dinâmico, aspecto este que é admiravelmente focalizado, entre outros, pelo Prof. CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, no seu trabalho "Regime Jurídico Administrativo", publicado na *Revista de Direito Público*, já um clássico em nossa literatura.

Dentre as inúmeras lições vazadas nesse trabalho, colhemos, sob esta perspectiva dinâmica, a de que a administração pública, para frutificar em seus fins e para criar utilidade pública, preordenada à criação do bem comum, há de ter um instrumento, que se realiza na inexorabilidade do seu desempenho. A administração pública não pode, em nome do bem comum, ficar peiada. Por isso, os atos administrativos, que, como atrás foi referido, são a linguagem da administração para com os administrados, são necessariamente dotados de uma eficácia excepcional, que é, especificamente concretizada tendo em vista a sua auto-executoriedade.

Se, entretanto, à Administração Pública se dá esse poder, que é uma decorrência das funções que lhe incumbe desempenhar, em razão do que é ela colocada nessa situação de eminência, de outro lado, deve ela operar e realizar o bem comum dentro dos estritos parâmetros da legalidade. Diante disso, pode-se dizer que a legalidade deve encontrar-se imanente em todo e qualquer ato da administração pública, em especial no contexto de um Estado de direito. Exemplo disto, cristalizando a jurisprudência, é a Súmula n.º 346 do Supremo Tribunal Federal, em que se lê: "A Administração Pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos."

A essa redação cabe uma observação, no sentido de que a administração pública *deve* declarar a nulidade dos seus próprios atos, de modo a não restar à administração a faculdade de declarar ou deixar de declarar a nulidade, daquilo de que ela própria tem ciência plena de estar maculado pelo vício da ilegalidade.

Se perquirirmos a evolução do nosso Direito no tocante aos precedentes do mandado de segurança, teremos de remontar, como atrás mencionado, ao início da República, até porque o nosso Império, pela própria circunstância de ser um império, foi vazio e escasso pela ausência de clima político-constitucional à criação desses tipos de medidas contra a Administração.

Encontramos no Brasil, à semelhança do que vemos nos povos estrangeiros, toda uma série de tendências, emergentes inclusive pela construção de uma jurisprudência pretoriana, vigente de 1891 a 1926, apesar da inexistência de um remédio específico, que objetivaram subordinar o Estado, nos seus atos administrativos, ao princípio da legalidade. Toda a vivência brasileira, cristalizada na jurisprudência de 1891 a 1926, se calçava no art. 72, § 22, da Constituição de 1891, que regulamentava o *habeas corpus*. Lia-se nesse dispositivo:

"Dar-se-á *habeas corpus* sempre que o indivíduo sofrer, ou achar em iminente perigo de sofrer, violência ou coação, por ilegalidade ou abuso do poder."

A construção do Supremo Tribunal Federal, principalmente ao influxo de trabalhos de RUY BARBOSA, a que foi receptivo PEDRO LESSA, acabou criando aquilo que se pode chamar de teoria brasileira do *habeas corpus*, em que este instrumento extravasou do estrito campo do Direito Criminal e serviu também à defesa de direitos individuais. Uma síntese dessa jurisprudência, que durou quase quarenta anos, pode ser feita deste modo: caberia o *habeas corpus*, em matéria extrapenal, se no bojo do movimento do indivíduo houvesse um direito de índole não penal; assim, se se proibisse alguém de ingressar no Parlamento, ou se se vedasse a alguém o exercício de função pública, como, também, se um magistrado fosse suspenso por um interventor.

Em 1926, todavia, com a reforma da Constituição de 1891, certamente já prenunciando uma crise que abalaria o País — como efetivamente veio a sacudi-lo em 1930 — limitou-se o instituto do

habeas corpus, com a recondução dele a seus parâmetros clássicos, ou seja, aos limites e estritos termos da matéria criminal. Aquela redação do § 22 do art. 72, que falava em ilegalidade ou abuso de poder, foi substituída pela seguinte:

“Dar-se-á o *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência, por meio de prisão ou constrangimento ilegal, em sua liberdade de locomoção.”

Ajustou-se, assim, a definição e o conceito de *habeas-corpus* à sua matriz clássica, que, como se sabe, vem do Direito inglês.

De 1926 a 1934 nossa literatura foi farta em trabalhos a respeito da chamada posse dos direitos pessoais, cumprindo serem mencionados o trabalho do Prof. LINO DE MORAES LEME e do Prof. VICENTE RAO. Penso que se pode explicar essa florescência de trabalhos no sentido de se aplicar a posse aos direitos pessoais —portanto, as ações possessórias à posse dos direitos pessoais — à semelhança do que já fizera RUY nos idos de 1890, exatamente pela carência de um remédio específico, que decorreu da modificação constitucional de 1926, drasticamente restritiva do alcance do *habeas corpus*.

A primeira referência ao mandado de segurança, em nosso Direito Positivo, se deu na Constituição de 1934, no art. 113, § 33. Nesse texto e na Lei n.º 191 se falava em “direito certo e incontestável”.

Não foi de imediato que se conseguiu conceituar, com exatidão, o que significava a expressão “direito certo e incontestável”, como também o que significa, hoje, a expressão “direito líquido e certo”. BENTO DE FARIA, no Supremo Tribunal Federal, aludiu a “motivos ponderáveis”. CARLOS MAXIMILIANO aludiu a “direito translúcido”. Outros, como CASTRO NUNES, fizeram alusão a um problema de graduação da dificuldade. Parece que a primeira palavra lúcida a respeito foi dita pelo Ministro COSTA MANSO, paulista, para quem a essência do conceito, o aspecto mais importante, diz respeito ao fato. Sua frase era esta: “O fato é que o peticionário deve tornar certo e incontestável.” Sucessivamente, a partir dessa idéia, o Desembargador LUÍZ ANDRADE bem observou, já agora não com relação ao fato, mas ao direito, que a controvérsia não exclui juridicamente a certeza; vale dizer,

sendo certo o fato, mesmo que o direito seja altamente controvertido, isso não exclui, mas também justifica o cabimento do mandado de segurança. Numa palavra: a controvérsia e a certeza jurídica, esta a ser conseguida a final, na sentença, não são idéias antinômicas, não são idéias que inelutavelmente brigam entre si. Portanto, o direito é certo desde que o fato seja certo; incerta será a interpretação, mas esta se tornará certa, mediante a sentença, quando o juiz fizer a aplicação da lei ao caso concreto controvertido.

Assim, retrazendo um perfil, agora um pouco mais amplo, e já pretendendo estabelecer um denominador comum entre a lei vigente e as leis passadas, cujos fulcros e objetivos se identificam, podemos dizer, numa segunda síntese, que no mandado de segurança é essencial que os fatos sejam absolutamente incontroversos, o que supõe, no sistema, que sejam, desde logo, comprovados por via documental. Trata-se de um verdadeiro pressuposto processual, que, se inócurre, leva ao próprio descabimento da medida.

Em segundo lugar, os fatos só podem ser provados por documento e liminarmente. É evidente que à Administração se dá o direito de responder e contra provar, mas sempre de forma documental. Pode-se dizer, diante disso, que o mandado de segurança se filia àquilo que no Direito europeu se conhece como *processos documentais*. É evidente, também, que essa idéia de processo documental se ancora na outra idéia, condicionante da anterior que se tem da própria finalidade do mandado de segurança, que é a da sua celeridade, e que, por definição, não comporta uma fase probatória. As informações são hoje, predominantemente, tidas como sendo uma contestação, entendendo a opinião majoritária só possível discutir o mérito por parte da Administração Pública, ou, por outras palavras, só possível a discussão das consequências jurídicas do fato, tais como pretendidas pelo impetrante, salvo o caso do impetrado evidenciar que a versão fática não corresponde à verdade.

No que tange ao epílogo, àquilo que resulta de uma sentença sem mandado de segurança, no meu entendimento — porque esta é uma questão discutida, sobre a qual o próprio Supremo Tribunal Federal, a meu ver, vem voltando atrás, ao desconhecer a súmula que firmou em face dos arts. 15 e 16 da Lei n.º 1.533 — se ela for favorável ao impetrante, produzida estará a coisa julgada; se,

entretanto, lhe for desfavorável, *tenha ou não sido julgado o mérito*, o impetrante não perde o direito de usar a chamada ação “petitória”, ou a ação de rito ordinário cabível — embora deva ser ressaltado que esta opinião, na jurisprudência contemporânea, se encontra vencida.

O mandado de segurança, como já visto, tem especial pertinência com os atos administrativos. Aliás, em termos práticos, seria até desnecessário um desdobramento a este respeito, pois quando se fala em mandado de segurança se compreende, *ipso facto*, a idéia de ato administrativo.

Os atos administrativos, também já se viu, objetivam, por parte da Administração Pública, a realização de uma determinada finalidade pública, tal como definida pelo sistema. Contudo, exatamente porque vivemos nos quadrantes e num contexto de legalidade, requisitos há, respeitantes aos atos administrativos, que deverão ser cumpridos. Convém lembrar, sem que com isto se esteja trazendo alguma coisa de novo, os aspectos da competência, da finalidade, da forma, do motivo e do objeto, os quais são requisitos essenciais para que o ato administrativo deve preencher para realmente poder operar, legitimamente, os seus efeitos na ordem jurídica.

Outrossim, e igualmente, sem que nisto não vá também novidade alguma, mas apenas o intuito de examinar algumas facetas que são interessantes ao tema, devemos acentuar, num primeiro enfoque, a classificação dos atos administrativos em função da latitude dos poderes que a norma jurídica outorga ao administrador. Quanto a isto, podemos dizer que a linguagem da norma jurídica, do legislador para o administrador, poderá ser rígida e estritamente vinculada; ou, ao contrário, por ter o legislador entendido mais factível à criação do interesse público, poderá servir-se de um modelo legal flexível, ou seja, de uma norma com que deliberadamente investe o administrador de poderes discricionários. Temos, assim, o ato vinculado e o ato discricionário. Defeito do primeiro é a ilegalidade; defeito do segundo é o abuso de poder, abstendo-me de fazer aqui as distinções que poderiam ser feitas entre o abuso e o excesso de poder, por entender que isso transcenderia dos limites do tema. Cabe mandado de segurança quando haja ilegalidade, porque a Constituição usa a palavra “ilegalmente”, como também a usa a lei infraconstitucional, que nada mais faz

senão regulamentar a norma da Constituição; como, igualmente, cabe mandado de segurança quando haja abuso de poder.

Num segundo enfoque, devemos verificar qual o tipo de eficácia de que a norma jurídica dota o ato administrativo. Quanto a isto, podemos classificar os atos administrativos em exigíveis e executórios; ou, usando terminologia diversa, ato executório e auto-executório. Deixando de lado palavras que, muitas vezes, servem menos para comunicar uma realidade, porém mais para confundir, acentuemos que o tipo de ato, a que a lei dota de uma eficácia, mas, para cujo desencadeamento dessa eficácia há necessidade de que acuda o Poder Judiciário, embora esse acesso ao Judiciário já se dê numa posição privilegiada para a Administração. É o caso, por exemplo, da cobrança de uma dívida por parte da Administração, fundada em título executivo. Não precisa valer-se ela do processo de conhecimento, pois já ingressa no plano do processo de execução. Não pode, entretanto, adentrar o patrimônio do obrigado, responsabilizá-lo, sem que isto seja precedido de uma ordem do juiz. O outro ato, o auto-executório, é aquele que, em si mesmo e autonomamente, portanto e independentemente de qualquer ordem do juiz, dá à Administração o direito-dever de praticar aquilo que lhe incumbe. No primeiro caso, há que se conjugar o ato com uma ordem jurisdicional; no segundo caso, precinde-se, por definição e implicação sistemática, da intervenção do Judiciário, e a Administração pode agir diretamente, desde, é óbvio, que preenchidos os pressupostos específicos. Estas as possíveis modalidades de atuação da Administração Pública que interessam ao tema.

Fala a Constituição em ferimento a direito líquido e certo, em consonância com a Lei n.º 1.533, e do que encontramos ressonância também em todos os diplomas do passado. Outrossim, todo e qualquer direito que porventura seja amparado por *habeas corpus* não dá direito ao mandado de segurança. O mandado de segurança, portanto, há de ser eleito como o caminho utilizável por um critério de exclusão: cabe contra a ilegalidade e contra o abuso de poder.

Numa casuística preliminar, veremos que cabe o mandado de segurança contra o ato administrativo executório. Quanto a isto, podemos desde logo firmar um princípio: toda vez que a esfera do indivíduo seja agredida ilegalmente, cabe mandado de segu-

rança. Exatamente em nome desse princípio, e encarando-o às avessas, descabe mandado de segurança contra ato normativo, isto é, descabe contra a lei, contra o regulamento, etc. E, ainda em nome deste princípio, se estivermos em face da chamada lei de efeitos concretos, caberá mandado de segurança, desde que se entenda que essa lei padece de uma ilegalidade, exatamente porque, nesse caso, embora geneticamente a lei esteja ligada ao Poder Legislativo, com sua eficácia, que é concreta, agride desde logo o indivíduo. É a chamada lei executória, de efeitos concretos, ou auto-executável. Assinale-se, a propósito, que nossa jurisprudência faz uma série de transigências — se se pode usar do termo — com os princípios, concedendo mandado de segurança em vários casos nos quais, pelo texto da lei infraconstitucional, a medida não caberia. Assim, por exemplo, o acórdão do Tribunal de Alçada, na *Revista dos Tribunais*, volume 318, que diz que “cabe mandado de segurança mesmo havendo recurso, desde que o recurso não tenha efeito suspensivo”. Ora, pelo art. 5.º da lei, se houver recurso, não será caso de mandado de segurança. Entendo, todavia, corretos esses acórdãos, mesmo em função de parâmetros dogmáticos, diante do fato de não poder a lei infraconstitucional atrofiar a imensa grandeza com que o mandado de segurança foi previsto no texto da Constituição.

No que toca ao sujeito passivo, não há no mandado de segurança, ao contrário do que alguns equivocadamente têm sustentado, uma substituição processual. Nesta figura, há alguém que fica fora do processo, que nada tem a ver imediatamente com ele, e outrem que age por aquela pessoa. Não é isso o que se passa com o mandado de segurança. Na realidade, a autoridade coatora deverá responder pelo seu ato, mas ela o faz representando o Estado. É este que está presente quando a autoridade coatora presta as informações, respondendo, por assim dizer, por aquela ilegalidade que lhe é imputada, na qualidade de agente de certo órgão integrante do Estado. O que há, portanto, é uma modalidade de representação. Indo mais além, e lembrando uma expressão feliz de PONTES DE MIRANDA, em seus *Comentários ao Código de Processo Civil de 1939*, sequer de representação se trataria, porque, como o Estado só pode agir por órgãos — é impossível ao Estado agir diversamente — ele, na verdade, se “presenta” por seus órgãos, em função do agir dos seus agentes que se encontram alojados

nesses órgãos. Parece, pois, que, inelutavelmente, o que ocorre é a representação, tal como a conhece a doutrina do processo, e não se trata de substituição processual.

Aumentando um pouco, agora, aquele primeiro perfil traçado, o problema que, antes de mais nada se coloca, é o do cabimento e o do descabimento do mandado de segurança. Para o cabimento há de existir direito líquido e certo, documental e totalmente provado, preambularmente, no início do processo. E a lesão a esse direito há de ser oriunda de órgãos estatais, ou de particulares, naquilo que diga respeito com a função delegada a esses particulares, em nome do Poder Público, ou, ainda, de particulares quando no desempenho de funções reconhecidas pelo Poder Público como sendo funções públicas.

O prazo para a utilização do mandado de segurança é de 120 dias, previsto no art. 18 da Lei n.º 1.533/51, e é um prazo decadencial. É evidente, outrossim, que não deverá existir decisão sobre o mesmo objeto, em mandado de segurança, que porventura tenha apreciado o mérito, pois, nesse caso, não mais caberá o mandado de segurança, embora, a meu ver, caiba uma ação “ordinária”.

No mandado de segurança, desde que admitido, se profere uma sentença de mérito: pela procedência, ou pela improcedência. Entendo que poderá o mandado de segurança se revestir de qualquer dos cunhos ou aspectos peculiares em função dos quais se classificam as ações: poderá ser declaratório, ou constitutivo, ou condenatório, como expressamente prevê, nesta última modalidade, hoje, a Lei n.º 5.021. Os que destacam, da categoria ação/sentença constitutiva, a ação/sentença mandamental, certamente classificarão o mandado de segurança como sendo principalmente uma ação mandamental, ensejando, congruente e correlatamente, se procedente, uma sentença mandamental.

Quanto à medida liminar, prevista no art. 7.º, II, da Lei n.º 1.533, exige a lei que dois requisitos se coloquem diante do magistrado para que a conceda, e, isto feito, que terá o condão de paralisar a auto-executoriedade do ato administrativo, ou a sua executoriedade, quando se tratar, por exemplo, de cobrança tributária: exige-se um fundamento jurídico relevante, que, evidentemente, será aferido mediante uma valoração do juiz tendo em vista o direito material; e, também, que senão concedida a medida

liminar possa resultar a ineficácia da medida, na proteção do direito do cidadão, se ela vier a ser concedida só a final.

Relativamente à sua natureza jurídica, tem a medida liminar natureza cautelar, geneticamente ligada, portanto, aos destinos que venha a ter o mandado de segurança, em seu mérito. É evidente que, se julgada improcedente a ação do mandado de segurança, por uma sentença de efeitos declaratórios negativos, *ipso facto* cairá a medida liminar, e, nesse caso, a meu ver, estará a Administração livre para a prática de atos, eficazes, executórios, podendo, assim, adentrar a esfera daquele em cuja área pretendia penetrar antes da medida liminar, o que não era possível fazer durante a durabilidade dessa medida.

Indagação interessante, quando a sentença é de efeitos declaratórios negativos, porque se tenha negado ao indivíduo o direito do mandado de segurança, é saber-se em nome do que, nesse caso, age a Administração. Ela age em nome dos efeitos do próprio ato administrativo. São esses efeitos que a Administração vai operar, e que, enquanto durou a medida liminar, se colocavam como efeitos meramente potenciais. A partir do momento da queda da liminar, esses efeitos se tornarão de potenciais em atuais.

A sistemática do mandado de segurança, hoje, confina, basicamente, a durabilidade da medida liminar a 90 dias, prorrogável esse prazo por mais 30 dias, diante de acúmulo de serviço. Entendo ser essa regra manifestamente inconstitucional. Na realidade, aquilo que dá a conotação, que define o *quid* do mandado de segurança, é a proteção pronta. Se o indivíduo vai ao Judiciário e obtém essa proteção pronta, porque o Judiciário lhe reconhece *direito líquido e certo* e, ao reverso, simultaneamente *ipso facto*, reconhece que o ato administrativo está maculado da ilegalidade ou de abuso de poder, é verdadeiramente absurdo que, em virtude da demora do Judiciário, venha o indivíduo, que teve o seu direito definido, embora provisoriamente, como líquido e certo, venha a perder essa proteção. Daí me parecer indisputavelmente inconstitucional o que a esse respeito dispôs a Lei n.º 4.346.

Em determinadas hipóteses, porém, e estas a meu ver justificáveis, vedou o legislador a concessão da medida liminar. Há, nesses casos, realmente, motivos ponderáveis, em razão dos quais se havia efetivamente de negar a medida liminar. Assim o caso

previsto na Lei n.º 4.348/64, que veda a liminar quando se tratar de reclassificação ou equiparação de servidores públicos, ou colimar a concessão de aumento ou objetivar a extensão de vantagens. Assim também o caso previsto na Lei n.º 2.770, de 1956, no que diz respeito à liberação de mercadorias. Ainda, o caso previsto na Lei n.º 5.021, de 1966, relativamente ao pagamento de vantagens pecuniárias — no que, aliás, parece ser essa lei de certo modo repetitiva da de n.º 4.348/64, embora firmem o mesmo princípio. A razão que a doutrina encontra para a não concessão da liminar, nesses casos de pagamento ou concessão de aumento, é a possível insolvência futura do funcionário, em caso de reforma da decisão concessiva do benefício patrimonial, pelo que, se a sentença vier a reconhecer, a final, que aos funcionários não assistia razão, ficará o Estado sem condições de recuperar aquilo que lhes pagou indevidamente. A esse respeito, construiu-se no Supremo Tribunal Federal, antes dessas leis, uma jurisprudência, que vem sendo modificada, no sentido de que as execuções definitivas em mandado de segurança, se fosse reformada a decisão, não davam à Administração o direito de recuperação daquilo que houvera pago.

Mais especificamente, agora, no que diz respeito à coisa julgada, o Supremo Tribunal Federal firmou uma súmula, a de n.º 304, em que se lê:

“Decisão denegatória de mandado de segurança, não fazendo coisa julgada contra o impetrante, não impede o uso da ação própria.”

Essa súmula, que é calcada na hermenêutica do art. 15 da Lei n.º 1.533, é rigorosamente correta. Dispõe esse artigo que:

“A decisão do mandado de segurança não impedirá que o requerente, por ação própria, pleiteie os direitos e os respectivos efeitos patrimoniais.”

É o caso de mandado de segurança que tenha sido admitido, isto é, tido por cabível, mas cujo *conteúdo da sentença de mérito*, seja contra o particular.

O art. 16 da mesma lei regula hipótese diversa. Diz:

“O pedido de mandado de segurança poderá ser renovado se a decisão denegatória não lhe houver apreciado o mérito.”

São, como vê, situações distintas: 1.º) se não ocorreu apreciação de mérito, o próprio mandado de segurança poderá ser renovado; 2.º) se houve apreciação de mérito, não pode ser renovado, mas, inquestionavelmente, pode o interessado utilizar-se da “ação ordinária” (*rectius*, de conhecimento). Essa regra se insere, aliás, na tradição do nosso Direito. O § 33 do art. 113, da Constituição de 1934 dispunha que “o mandado não prejudica as ações petitórias competentes”. Tal forma foi repetida no art. 2.º da Lei n.º 191/1936, e foi também no art. 329 do Código de Processo Civil de 1939, quando aí esteve regulado o mandado de segurança.

Jurisprudência mais recente do Supremo Tribunal Federal, estretanto, vem se inclinando no sentido do desautorizar o que ele mesmo firmara na Súmula n.º 304, com o entendimento de que, se foi apreciado o mérito, faz-se coisa julgada, mesmo nos casos em que a decisão teria sido contra o impetrante. Esse entendimento não se coaduna, absolutamente, com o art. 15 da Lei do Mandado de Segurança, nem com a Súmula 304 do próprio Supremo Tribunal Federal, que esclareceu o sentido, alcance a função daquele dispositivo.

No tocante aos aspectos inconstitucionais do mandado de segurança, já se aludiu, aqui, àquele que confina a durabilidade da medida liminar a 90 dias, eventualmente, prorrogáveis por mais 30 dias. É evidente que esse aspecto avulta, porquanto a grande vantagem do mandado de segurança é a medida liminar. De outra parte, se observamos o vigente Código de Processo Civil, no seu art. 808, II e III, e se lembrarmos o que dispunha o art. 587, § 1.º, do Código de 1939, veremos que as medidas cautelares — e a *liminar* medida cautelar é — têm e tinham, via de regra, durabilidade total, salvo quando a sentença viesse a dar pela improcedência da ação, exceto se especificamente modificada. Ora, é um verdadeiro absurdo que, num remédio altamente privilegiado, se dê à medida cautelar, nele embutida, uma dimensão e uma eficácia protetiva menores do que tem remédio cautelar, no próprio processo comum. Este contraste deixa clara a manifesta inconstitucionalidade do art. 1.º da Lei n.º 4.348/54.

Relativamente ao problema da execução no mandado de segurança, entendo que se deverá tender, cada vez mais, para uma execução plena. Os quadros do nosso Direito Positivo, todavia, não dão ao Judiciário um instrumental tão eficiente para realizar efe-

tivamente a eficácia de uma sentença, quando proferida contra o Poder Público, senão por maneiras indiretas. Prevê-se no art. 10, VI, da Constituição, a intervenção da União nos Estados-federados, quando haja descumprimento de ordem ou decisão judiciária. No art. 15, § 3.º, dispõe-se sobre a intervenção do Estado-federado no Município, na mesma hipótese. O procedimento a ser observado nesses casos é o da Lei n.º 4.337, de 1954, que regulamenta a intervenção federal nos Estados, a que a Lei n.º 5.778, de 1972, mandou também aplicar em relação aos Municípios, investindo o Estado-federado desse poder de intervenção.

Na esfera federal, há a lei n.º 1.079, de 10 de janeiro de 1950, que responsabiliza, pelo descumprimento da decisão judiciária, o Presidente da República, os Ministros de Estado e o Procurador-Geral da República. A lei n.º 3.526 de 03-01-1969, mandou aplicar às disposições daquela aos Prefeitos. Quanto ao art. 330 do Código Penal, que tipifica o crime de desobediência a ordem legal, jamais foi aplicado, no caso de descumprimento da decisão judiciária. Entendeu o Supremo Tribunal Federal que se trata de disposição cuja inobservância só diz respeito ao particular, e não à autoridade pública, e tendo em vista ato nessa qualidade praticado, e, com isso, retirou ao Judiciário um instrumento genérico, que seria este tipo criminal inserido no Código Penal. A decisão que assim entendeu, e que foi proferida com grande pompa, se deu na Representação n.º 221, do antigo Distrito Federal, e foi publicada no “Diário da Justiça” da União de 16 de maio de 1950.

Vejamos a questão dos recursos.

A decisão favorável ao impetrante leva a uma eficácia desde logo. Hoje há uma eficácia provisória, exceto, é óbvio, naqueles casos em que leis especiais a neguem. Anteriormente, havia o recurso *ex officio*. Hoje, há o chamado duplo grau de jurisdição, cuja sistemática, do art. 475 do Código de Processo Civil, foi estendida ao mandado de segurança pela Lei n.º 6.014, de 1973, que re-redigiu o art. 12, parágrafo único, da Lei n.º 1.533. A diferença de regime jurídico, ou seja, o regime comum do Código e o do mandado de segurança, está em que o duplo grau da jurisdição, nos casos do art. 475 do Código de Processo Civil, se coloca como *conditio sine qua non* da própria eficácia sentencial; se não houver apreciação pelo Tribunal *ad quem*, a sentença não produz efeito algum. Já o duplo grau da jurisdição, no caso do mandado de segurança, não

impede a eficácia, embora provisória, da sentença proferida. Essa, a meu ver, a especificidade mais notável, no tocante aos recursos.

O agravo de petição foi substituído pelo recurso de apelação, como se sabe.

Questão que muito se tem discutido, e há mesmo decisões do Tribunal Federal de Recursos a respeito, é a de se saber se, havendo voto vencido no julgamento da apelação, cabem, ou não, os embargos infringentes previstos no Código de Processo Civil. O Tribunal Federal de Recursos, em decisão, de há pouco mais de um ano, firmou a tese de que, em tal caso, os embargos infringentes não cabem, decisão essa tomada com um só voto contrário. Entendo incorreta essa posição, em Tribunal de São Paulo, embora com alguns votos vencidos, vem-se inclinando em sentido contrário a ela. Ora, se o objetivo da Lei n.º 6.014, e também o da Lei n.º 6.071, que o consertou aquela, foi o de incorporar, no que tange ao sistema dos recursos, as leis extravagantes à sistemática do Código de Processo Civil, e ela o declara especificamente, segue-se que, do ponto de vista dogmático nada justifica o entendimento de que, havendo voto vencido, não teria cabimento o recurso de embargos infringentes, só porque se trata de mandado de segurança.

Outro problema que tem sido suscitado, ainda no quadro dos recursos ou anexo ao dos recursos, é o de se saber se cabe, ou não, a chamada uniformização de jurisprudência. Essa figura, como se sabe, não constituindo em si mesma um recurso, é uma técnica que veio fazer as vezes do recurso de revista, e do prejudgado, no respeitante ao objetivo último colimado. A uniformização de jurisprudência pode ser solicitada pelas partes, pelo juiz e pelo Ministério Público, quando parte ou também como fiscal da Lei. É ela, a meu ver, um desdobramento do recurso interposto — que, em mandado de segurança, será sempre o da apelação. Se se entender, no momento em que vai ser julgado o recurso de apelação em mandado de segurança, que existe divergência da tese jurídica, não tenho dúvida de que o Tribunal, pela sua seção civil, ou, se se tratar de Tribunal só civil, pelo seu todo, deverá fixar a tese correta e, depois, deverá o recurso voltar ao órgão ao qual compete o julgamento da apelação, que, aplicando concretamente a lei à hipótese, concluirá o ciclo do procedimento do recurso, o qual, portanto, é desdobrado.

Cabe fazer aqui um rápido exame das várias súmulas do Supremo Tribunal Federal sobre mandado de segurança, as quais se constituem na cristalização daquilo que, grosso modo, compõe o contexto panorâmico jurisprudencial do mandado de segurança.

A Súmula n.º 101 diz:

“O mandado de segurança não substitui a ação popular.”

Entendo correta essa súmula, porque o mandado de segurança diz respeito a direito individual, ao passo que a ação popular se refere a ato lesivo tendo em vista o patrimônio de entidades públicas, embora a legitimidade da ação seja atribuída a um ou a mais de um cidadão.

A Súmula n.º 269 reza:

“O mandado de segurança não é substitutivo de ação de cobrança.”

Também essa súmula é substancialmente correta, cabendo lembrar, todavia, que, depois da Lei n.º 5.021, de 09 de junho de 1966, que permite se obtenha, no mandado de segurança, pagamento de vencimentos, vale a súmula naquilo que não conflitar com essa lei.

Outra súmula, que é desdobramento desta última, de n.º 259, é a de n.º 271, que diz:

“Concessão de mandado de segurança não produz efeitos patrimoniais em relação a período pretérito, os quais devem ser reclamados administrativamente ou pela via judicial própria.”

Esta súmula, basicamente correta, sobrevive, dada que a Lei n.º 5.021, que modificou a Súmula n.º 269, faz a ressalva constante dessa de n.º 271.

A Súmula n.º 268 declara:

“Não cabe mandado de segurança contra decisão judicial com trânsito em julgado.”

Igualmente correta, a meu ver, essa súmula. A discussão que tem razão de ser, é a existente a respeito do cabimento ou do descabimento de mandado de segurança, quando caiba, ou não caiba, recurso, com ou sem efeito suspensivo. Ação recisória é entidade

jurídica muito diversa; é, tecnicamente, uma ação. Portanto, realmente não é possível usar-se o mandado de segurança para destruir uma coisa julgada, se no ordenamento existe remédio específico. Ademais, o uso do mandado de segurança, com medida liminar, seria um caminho para retirar a eficácia da sentença, o que incorre com a propositura da ação rescisória (art. , do Código de Processo Civil).

A Súmula n.º 266 se afina com tudo quanto se disse até aqui:

“Não cabe mandado de segurança contra lei em tese.”

Essa súmula, é curial, não se aplica quando se trata da lei de efeitos concretos, justamente porque essa *Lei*, se geneticamente ligada no Poder Legislativo, tem os predicados próprios do ato administrativo executório.

A Súmula n.º 257 diz:

“Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição.”

Entendo que o mandado de segurança é também cabível contra ato judicial. É esta uma das questões mais controvertidas, tanto na doutrina quanto na jurisprudência. Alguns distinguem, entendendo que se cabe mandado de segurança contra ato judicial da natureza administrativa. Creio que — salvo se houver realmente um recurso eficiente, isto é, que suspenda a eficácia do ato — diante da grandiosidade e dimensão da regra constitucional, que alcança toda e qualquer autoridade, não poder a lei infraconstitucional ser interpretada de molde a atrofiar a operatividade do mandado de segurança.

A Súmula n.º 510 reza:

“Praticado o ato por autoridade, no exercício de competência delegada, contra ela cabe o mandado de segurança ou a medida judicial.”

Correta é essa súmula. Na realidade, não é a autoridade delegante que invade concretamente a esfera jurídica de alguém, mas é a autoridade delegada que o fará. Logo, aquele que obteve poderes e que, em nome dessa delegação, pratica a ilegalidade, que lhe é imputada, que deverá responder por essa mesma ilegalidade.

A Súmula n.º 429 diz:

“A existência de recurso administrativo com efeito suspensivo não impede o uso de mandado de segurança contra emissão da autoridade.”

É evidente que a idéia de recurso, essencialmente, se liga a uma idéia de utilidade. Se a autoridade se omite, é rigorosamente inócuo o recurso administrativo interposto. Portanto, claro está que não é a esse tipo de recurso que alude o art. 5.º, II, da Lei do Mandado de Segurança, como suscetível de impedir a utilização do remédio ora considerado.

A Súmula n.º 430 reza:

“Pedido de reconsideração na via administrativa não interrompe o prazo para o mandado de segurança.”

Como este tipo de recurso, qual seja, o pedido de reconsideração, não tem efeito suspensivo, é óbvio que não possui ele a virtude jurídica de impedir que a Administração pratique o ato. O que conta, para o ato, é a lesão, ou a possibilidade de lesão. Logo, o prazo para a utilização do mandado de segurança há de ser contado do ato, e não do julgamento do pedido de reconsideração, que não tem o condão de impedir atividade da Administração Pública, que se tem ou que se pode ter por ilegal ou representativa de abuso de poder.

Esse, basicamente, o quadro da nossa jurisprudência sobre mandado de segurança.

Uma observação, ainda, cabe ser feita. De tudo quanto se expôs, vê-se que no sistema jurídico brasileiro, apesar dos grandes progressos logrados com o mandado de segurança, ainda há uma lacuna, atinente ao problema da chamada posse de direitos, posse essa que, no Direito norte-americano, por exemplo, que muito inspirou o nosso, particularmente neste passo, é hoje objeto de defesa; ou seja, é possível, em determinadas circunstâncias, sem dúvida especialíssimas, paralisar a atividade da Administração Pública mesmo que não se prove liminarmente por documento, e de forma completa, a ilegalidade ou o abuso de poder de um ato da Administração.

Verifica-se, pela pesquisa feita, que, quando se subtraiu de nosso sistema o mandado de segurança, foram muito férteis os

nossos juristas nos trabalhos pertinentes à aplicabilidade dos remédios possessórios aos direitos pessoais. Há uma grande celeuma, na verdade de cunho teórico, entre os civilistas, pois a grande maioria entende que o instrumental possessório só tem pertinência a coisa, no sentido de se saber se é ou não é possível utilizar-se um remédio possessório tendo-se em vista um direito pessoal. O próprio Código Civil alude, em vários passos, à posse do estado de casado, à posse de direitos.

É evidente que poderemos nos defrontar com uma situação em que o indivíduo se encontre alojado em determinado posto ou situação e que não tenha, de pronto, condições para se defender, porque os requisitos do mandado de segurança são altamente formais e peremptórios no sentido de que, se não preenchidos, descabe a medida.

Existe em nosso Direito um excelente trabalho, do Prof. RUBENS LIMONGI FRANÇA, no qual o autor estudou especificamente o mandado de segurança e a posse dos direitos pessoais. Bom civilista que é, entende que a sistemática do Direito Civil brasileiro, afeiçoado à sistemática continental, é refratário à utilização dos instrumentais possessórios para a posse dos direitos pessoais. Não deixa de reconhecer, entretanto, que existe em nosso Direito uma lacuna que, se preenchida, consistiria na defesa de determinadas situações pessoais por meio de remédios processórios.

Não tenho dúvida alguma de que seria extremamente difícil essa construção, exatamente porque não poderia existir um instrumento, contra o Poder Público, que viesse, sem uma aparência clara e evidente de legalidade, paralisar a atividade da Administração Pública. Disto estou ciente. Creio, todavia, que essa é uma lacuna do nosso sistema. Entendó que a executoriedade deverá ceder diante de uma situação jurídica com foros aparentes de indisputável legalidade, embora não possa, liminar e completamente, ser comprovada por documento. Creio que só assim se poderá completar o instrumental de garantias processuais, existentes em nome e por causa da pessoa humana, em si, seja isoladamente, seja em grupo, como sendo a única destinatária da ordem jurídica, na qual ocupa posição pinacular. O Direito e o Estado, do qual aquele emana, não devem desconhecer essa destinatária digna, em torno da qual gravitam e gravitarão todos os sistemas jurídicos.

Por outro lado, inexistente razão plausível em se defenderem só as coisas pela posse, e, não se defenderem as situações jurídicas agregadas e coladas à personalidade humana. O próprio SAVIGNY fundava a defesa das coisas em nome da pessoa humana, idéia e fundamento rigorosamente axiomáticos. Se assim é, creio ser desarrazoado manter-se o indivíduo frente ao Estado despojado de mais essa garantia, que outros povos têm, garantia essa que, por certo, lhe seria concedida por lei e que lhe seria outorgada, em concreto, pelo juiz, que, sem dúvida, é também Estado.

Creio que ao Judiciário caberia sopesar os valores éticos inóscios nos relacionamentos jurídicos dos indivíduos em face do Estado, e em certa medida garantir o indivíduo em seu direito (= pretensão) claramente aparente, em detrimento, então, do que se lhe apresente como configurativo de mero interesse estatal, o qual pretende agredi-lo em sua personalidade e em seus direitos, atributos e predicados que dela emanam, os quais se constituem, ou devem se constituir, no patrimônio mais resguardável do Direito, em especial por todos nós, que falamos em nome e lutamos por um *Direito justo*.