

SÉRGIO FERRAZ (Org.)
LÚCIA VALLE FIGUEIREDO
CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO
CARLOS MÁRIO VELLOSO
CELSO AGRÍCOLA BARBI

MANDADO DE SEGURANÇA

Sergio Antonio Fabris Editor
e
Instituto dos Advogados Brasileiros

*SÉRGIO FERRAZ (Org.)
LÚCIA VALLE FIGUEIREDO
CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO
CARLOS MÁRIO VELLOSO
CELSO AGRÍCOLA BARBI*

**CINQUENTA ANOS
DE
MANDADO DE SEGURANÇA**

**Sergio Antonio Fabris Editor
e
Instituto dos Advogados Brasileiros**

Porto Alegre/1986

(Elaborada pela equipe da Biblioteca do Tribunal de Justiça do RS)

Ferraz, Sérgio
Cinquenta anos de mandado de segurança. Porto Alegre, Fa-
bris, 1986.
95p. 22 cm.

1. Mandado de segurança. I. Título.

CDU 347.919.6

Índice para catálogo sistemático

1. Mandado de segurança 347.919.6

Reservados todos os direitos de publicação, total ou parcial, a
SERGIO ANTONIO FABRIS EDITOR
Rua Miguel Couto, 745
Caixa Postal 4001 – Telefone (0512) 33-2681
90000 Porto Alegre, RS – Brasil

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	
Sérgio Ferraz	7
DA LIMINAR EM MANDADO DE SEGURANÇA	
Sérgio Ferraz	9
AUTORIDADE COATORA E SUJEITO PASSIVO	
Lucia Valle Figueiredo	21
ATO COATOR	
Celso Antonio Bandeira de Mello	31
DIREITO LÍQUIDO E CERTO. DECADÊNCIA	
Carlos Mário Velloso	51
MANDADO DE SEGURANÇA: FUNDAMENTOS HISTÓRICOS E CONSTITUCIONAIS	
Celso Agrícola Barbi	71

APRESENTAÇÃO

Por todo o ano de 1984 foi amplamente comemorada, pelos setores jurídicos do país, a criação, na Constituição de 1934, do Mandado de Segurança. E nada mais justo: o mandado de segurança representa, sem resquícios de dúvidas, o ponto alto da criatividade jurídica brasileira, no campo do direito público. Aparentado com os *writs* do direito anglo-saxão, afinado com o "amparo" mexicano, o mandado de segurança, entretanto, a todos eles ultrapassa, seja na horizontalidade do seu universo de abrangência, seja na verticalidade dos efeitos que produz. Ademais disso, nascido e vicejado num país de história e vivência autocráticas, o mandado de segurança, em que pesem suas vicissitudes, tem sido, ao lado do *habeas corpus*, o grande bastião da proteção do indivíduo, contra o poder.

O Instituto dos Advogados Brasileiros festejou intensamente a data histórica. No bojo das comemorações, há que registrar o Ciclo de Palestras memoráveis, realizado, perante platéias participantes e numerosíssimas, por conhecidos especialistas na matéria. Tal Ciclo teve, por certo, a preocupação de fazer um levantamento da história e do estágio atual de desenvolvimento, desse fundamental instituto. Todavia, sua principal meta foi em verdade diversa. A finalidade basilar da promoção assentou-se naquilo que, segundo o mestre Seabra Fagundes, seria a maior homenagem que se poderia prestar ao evento histórico: promover a revitalização do mandado de segurança, o alargar e ampliar generoso de suas fronteiras, o aprofundamento e elasticimento de seu universo de incidência. Nessa perspectiva precípua, espera o Instituto dos Advogados Brasileiros ter prestado relevante papel à nacionalidade, com o Ciclo que realizou. Entretanto, tão nobres propósitos restariam como preciosos tesouros à espera de eventual e futura descoberta, não houvesse sido implantado o programa editorial do I.A.B., que colhe, agora, seu segundo capitoso fruto.

Fazendo público o agradecimento do I.A.B. a quantos contribuíram para essa obra, que talvez, em outras eras, suspeitar-se-ia que o tempo fizesse baixar sobre o Ciclo o manto do esquecimento, manifesto, com a esperança de dias melhores para o país, a certeza de que assim o I.A.B. continua a luta de quantos se empenham por um Brasil mais livre, mais democrático, por fim transmutado em autêntico Estado de Direito.

SÉRGIO FERRAZ

Presidente do I.A.B.

– outubro de 1985

DA LIMINAR EM MANDADO DE SEGURANÇA

Sérgio Ferraz

Brevemente, e apenas com um caráter vestibular do tema, relembriaria que as chamadas medidas liminares em Mandado de Segurança têm, indiscutivelmente, a natureza de uma providência antecipadora dos efeitos que se busca obter através da sentença. Esse conglomerado de conotações vai revelar-se, mais adiante, de grande importância, no buscar traçar o perfil e a delimitação de como deva ser entendido o âmbito de incidência dessa faculdade de magna importância, quer na estrutura processual do Mandado de Segurança, quer sobretudo quando se tem em mente a finalidade maior ainda, de natureza constitucional, que o Mandado de Segurança visa realizar. Sua índole generosa encontra uma clara revelação, se buscarmos, no curso do tempo, simples rememoração de como se apresentou no Direito Positivo Brasileiro, desde que prevista, por primeira vez, essa medida liminar. Assim é que, por exemplo, na Lei 191, de 1936, se afirmava ao juiz a possibilidade de conceder medida liminar, desde que houvesse um relevante fundamento e desde que a parte, que alegasse o relevante fundamento, tivesse, caso fosse obrigada a esperar pela sentença final, a possibilidade de uma lesão grave ou irreparável. Era preciso que a lesão ameaçada se apresentasse ao mesmo tempo com essas duas configurações: a de ser grave e a de ser irreparável em potencial.

Em 1939, com o advento do Código de Processo Civil, verificou-se uma generosa caminhada, na tentativa de alargar estas pautas restritas, de sorte que, onde constava a copulativa *e*, usou-se a alternativa *ou*, e duas circunstâncias eram exigidas. De um lado, ainda uma vez, o relevante fundamento no pedir a medida cautelar; e do outro lado, a possibilidade da lesão grave ou irreparável.

Por fim, já na formulação hoje em dia vigente, defluente da Lei 1.533, significativo passo se deu adiante, já não mais se aludindo à gravidade da lesão, já não mais se aludindo à irreparabilidade. A irreparabilidade não é de sorte alguma relevante, quer para a concessão da segurança, quer para a concessão da liminar. Em dias presentes, as coordenadas que presidem a concessão da medida liminar estão, de um lado, ainda uma vez, repousadas na invocação de um relevante fundamento; e do outro, na circunstância de que, não concedida esta medida de caráter antecipatório, está a parte realmente na iminência de se ver frustrada pela absoluta falta de aptidão da sentença final, com vistas a uma produção de efeitos que a essa altura já será tardia e não-reparatória.

O Mandado de Segurança é um remédio que busca a reparação específica do direito que foi ameaçado ou lesado. Não é medida que se contente com a reparação de natureza subsidiária, com a tutela substitutiva. Através do Mandado de Segurança, o que se busca realmente é a restauração do direito tal como ele foi conferido. Não se busca e não se admite uma simples substituição daquilo que é direito, por pecúnia. E exatamente em razão dessa preocupação de índole constitucional é que a medida liminar tem sido elastecida nas suas coordenadas de concessão, porém ainda aquém do que me parece absolutamente imprescindível, para a realização dos fins de natureza constitucional que esta faculdade visa realizar. Por isso me parece importante meditarmos mais aprofundadamente sobre algumas das questões críticas, realmente polêmicas, que a medida liminar propõe, e que não têm sido freqüentemente resolvidas, sequer com generosidade, ao menos com a prudência que a gravidade e a majestade da matéria estavam a recomendar.

Diz a lei que a liminar é uma faculdade concedida ao juiz, de antecipar os efeitos da tutela jurisdicional que lhe é pedida, conferindo-a, antes mesmo do desvendar final da causa. Freqüentes vezes se diz que o fulcro dessa medida liminar está lançado numa capacidade de avaliação *discrecionária* de que seria investido o Juiz para, em face das circunstâncias propostas pela causa, e das alegações produzidas pela parte, conferi-la ou não àquele que a requer. Os autores, com muita freqüência, buscam inclusive fazer uma distinção entre discricionariedade administrativa e discricionariedade judicial, a discricionariedade administrativa propondo, inclusive, uma série de conseqüências, de dramática formulação para a temática geral do controle jurisdicional da atividade da administração pública; e a atividade dis-

cricionária judicial, por analogia, acabando também, segundo entendem estes autores, por deflagar toda uma série de cogitações que se revelam, afinal, tão dramáticas quanto aquelas inerentes à faculdade discricionária do administrador.

Adianto, desde já, postura muito pessoal, que tenho freqüentemente sustentado e que não é a predominante no direito brasileiro.

Início por afirmar que não vejo diversidade neste tema da discricionariedade na atuação judicial. Porém, mais: tenho sustentado a inexistência da categoria conceitual *discricionarietà*. Sempre refiro que não distingo atos discricionários e atos motivados. O que habitualmente se chama discricionariedade não é senão fruto da insuficiência das palavras que traduzem o mandamento legal, ou insuficiência do raciocínio do administrador e do julgador, que tem que aplicar as palavras da lei. Por isso, onde se vê discricionarietà, o que se tem na verdade é pura e simplesmente inanidade semântica, dificuldade terminológica e, de qualquer maneira, uma impossibilidade do raciocínio de, em face de várias possibilidades, de várias alternativas de atuação do julgador ou do administrador, saber escolher uma única e somente aquela, *que é a que estão obrigados* administrador e julgador: qual seja, a melhor. Tanto o administrador quanto o julgador, em face de um possível leque de opções, em razão das quais possa atuar, se sente liberado para escolher qualquer dessas vias? Assim não é: sempre que um administrador ou um julgador se coloca perante uma dificuldade ou um desafio desta ordem, na verdade a dificuldade não está tanto na hipótese, mas sim na mente do julgador, que, por motivos de natureza técnica, por motivos de insuficiência de conhecimentos, por motivo até mesmo da própria carência de desenvolvimento do conhecimento sobre o qual vai ter que decidir, se sente autorizado a decidir da forma *a*, *b* ou *c*, quando no plano lógico *a*, *b* ou *c*, nunca valem a mesma coisa e sempre, dessas três alternativas, só uma delas será a melhor. O Administrador e o julgador têm a obrigação legal de optar sempre pela solução que mais se aproxime dos interesses da coletividade, que mais realize a tônica do interesse público. Daí não ser exata a afirmativa que se faz, de que não cabe, por exemplo, ao Poder Judiciário controlar a chamada atividade discricionária da administração. Se renego a própria possibilidade da existência de um campo chamado de atividade discricionária, por óbvio reconheço que o Poder Judiciário pode tudo, no controle da atividade da Administração Pública. Só não pode, evidentemente, *substituir* a formulação de von-

tade da Administração Pública, manifestada através do administrador, por uma formulação de vontade que fosse do próprio julgador. O que não pode o julgador, em face da determinada hipótese, é dizer que, se chamado a decidir como administrador, agiria de maneira diversa e que portanto sentença no sentido de que esta forma diversa é que se cumpra na hipótese litigiosa que lhe é trazida a contexto. Mas sempre que o julgador, em face de uma possibilidade ampla, *aparente*, de ações, perceba que não foi escolhida aquela que mais adequadamente revela o interesse público, segundo o entender do *bonus paterfamilias*, poderá, invocando a construção da teoria dos erros, da teoria do abuso do Direito, do dever da boa administração, enfim, de toda uma série de teorias que não pertencem somente ao Direito Administrativo, invalidar, desfazer a opção administrativa, decretar a própria nulidade do ato, porque não terá este realizado o fim de bem administrar, que sempre significa escolher a melhor forma possível para o interesse público.

Tudo isso faz com que, por coerência, quando confrontado com a temática da medida liminar no Mandado de Segurança, se raciocine com categorias iguais de pensamento. Na verdade não existe discricionariedade para o Juiz, em face de um pedido de medida liminar. O que vai realmente ele verificar é se o fundamento é relevante e se existe realmente risco de a sentença final, se proferida em seu devido tempo, já se revelar frustrativa, porque o tempo criaria situação diversa daquela que se buscava fazer ocorrer ou que se buscava evitar. Nesse particular, em hipótese alguma está reservada ao Juiz a mínima dose de discricção. O que ele tem é que atuar de maneira extremamente cuidadosa, tormentosamente cuidadosa, angustiadamente cuidadosa. Mas a atividade do julgador é por essência difícil, dramática, é, por essência, daquelas que causam a maior perplexidade a quem tenha que exercê-la. Mas a dificuldade que a hipótese propõe não servirá, de sorte alguma, de indenidade para que, à luz desta possível inanidade, que é ou da norma ou da hipótese tratada na norma, ou do próprio julgamento do julgador, se chegue à colocação de que qualquer solução é válida, por isso que ditada tão apenas pela vontade, na qual estaria investido, quase que por mandamento divino.

Descabe, portanto, a tônica da discricionariedade judicial, como também da discricionariedade administrativa. Por isso, na medida liminar não há um campo de ampla ou pelo menos relativa liberdade de escolha por parte do julgador. Bem antes, aqui se registra mais um daqueles setores de atividade motivada até porque, a aplicação da lei, quer pela administração, quer pelo

Poder Judiciário, é sempre e sempre uma atividade servil, uma atividade de baixo do padrão da lei, uma atividade pura e simples de revelação da vontade da lei. E que, portanto, não abre margem de liberdade a quem tem de com ela, lei, lidar no dia-a-dia de suas atuações.

Alargado desta maneira o campo conceitual, isto coloca também, de imediato, a possibilidade de abrir-se um espaço muito grande de revitalização do Mandado de Segurança.

Entendida como necessariamente vinculada a atuação do julgador, quando confrontado com pedido de deferimento de medida liminar, de plano se abre, quer no caso de concessão, quer no caso de denegação, todo um amplo arsenal de instrumentos de irresignação, para a parte que se julgue prejudicada. Assim se começa, já, a adentrar em alguns dos temas que freqüentemente têm trazido controvérsia não pouca, quer na doutrina, quer na jurisprudência. Por exemplo, indaga-se: a concessão da medida liminar está sujeita a crivo de controle por parte dos interessados? Ou seja, concedida a medida liminar, abre-se alguma possibilidade processual de irresignação para aquele que se julgue prejudicado com a concessão? Ou, denegada a medida liminar, abre-se também para aquele que a havia requerido, e não teve acolhida, alguma fórmula para manifestar a sua inconformidade, no bojo de uma relação processual?

Esta questão, a respeito da qual controvertem doutrina e jurisprudência, com não pouca tinta derramada sobre o papel a respeito do assunto, na verdade é bem mais simples, ao menos na sua equação estética, quando compreendermos que a atividade do juiz, neste caso também, é uma atividade submissa à lei. E portanto, se o Juiz não concede quando deveria fazê-lo, ou concede quando não deveria fazer, na verdade o que ele está, pura e simplesmente, é a infringir o padrão de legalidade, havendo, conseqüentemente, a possibilidade da inconformidade por parte daquele que se julgue prejudicado. E com que instrumento? Basicamente, em primeiro lugar, na medida em que essa decisão concessiva ou denegatória não implica extinção da relação processual, através do caminho do agravo de instrumento. Mas por outro lado também, na medida exatamente em que o agravo de instrumento é despido de suspensividade e não propõe um remédio, uma solução pronta, justa e imediata para aquele que vê o seu destino em perigo, se abre a possibilidade de Mandado de Segurança contra a concessão ou contra a denegação da medida liminar, desde que essa concessão ou essa denegação não cumpra exatamente com esses padrões motivados, antes deduzidos.

Esta mesma série de colocações vai repetir-se para todas as outras cogitações que o tópico da medida liminar necessariamente levanta. Historicamente houve, num certo momento, um abuso na concessão das liminares, em prejuízo do interesse público. Tais males, tendo-se tornado estatisticamente muito repetidos, acabaram por gerar remédios piores do que as moléstias, daí tendo surgido a Lei 2.778, de 56 (que proibia a concessão de liminar nas hipóteses de importação de mercadorias estrangeiras), a lei 4.384/64 (que vedava também a liminar na hipótese de vantagens pecuniárias para o funcionalismo, ou de reclassificações) e a Lei 5.205/66 (no mesmo sentido da Lei 4.348). Na verdade, o que se buscava, através de remédios desta ordem, era evitar que a parte favorecida pela decisão concessiva da liminar (de regra hipossuficiente economicamente) mais adiante, à luz de uma decisão que terminasse por lhe denegar razão, não tivesse condições objetivas de recompor o patrimônio público afetado pela concessão da liminar. Ora, esse risco existe e existirá sempre. Esse risco existe até quando o juiz, correta e adequadamente, exerce o seu *munus* jurisdicional. Como homem, está sujeito a sentenciar bem ou mal e a ver suas sentenças revistas ou confirmadas. E nem sempre será possível, dentro do sistema recursal, chegar-se a uma solução que tipicamente garanta a recomposição do erário público, depois de uma final decisão contrária ao particular. Mas para esse desvio, para essa sequência de abusos, para essa repetição de concessão de liminares com liberalidade excessiva, sempre existiu, como existe hoje, um remédio claro e simples. O Código de Processo Civil atual, repetindo, no artigo 804, disposição do Código de Processo Civil de 39, afirma que o beneficiário de uma medida cautelar poderá ser chamado a prestar caução, com vistas a uma eventual futura reparação, na hipótese de a decisão final lhe ser desfavorável. Essa regra da caução já existia antes e poderia ter sido apropriada tranquilamente, quer pelos tribunais, quer também pela doutrina, sem a necessidade dessa estapafúrdia criação de leis que, denegando a possibilidade da medida liminar na verdade, frontalmente, infringiam o próprio valor maior que a Lei do Mandado de Segurança visava resguardar, com isso incidindo em críticas sob o ponto de vista da constitucionalidade.

Caminhe-se, agora, além da concessão ou da denegação da liminar. Lembre-se também, que, por força do disposto na Lei 4.348, admite-se a suspensão da concessão da liminar, em situação supinamente equívoca e não só de discutível constitucionalidade. Diz o preceptivo que a autori-

dade pública, contra a qual tenha sido endereçado o mandamento liminar, poderá pedir ao Presidente do Tribunal, que tomará conhecimento da causa, em grau de recurso, que suspenda os efeitos da liminar, desde que circunstâncias, que foram julgadas relevantes, que a lei elenca, contraindiquem a aplicação do mandamento jurisdicional.

Diviso vários desvios e anomalias nessa solução da lei. Em primeiro lugar, ela é uma verdadeira revisão de natureza jurisdicional, sem obediência à garantia do devido processo legal. O devido processo legal é uma garantia constitucional difusa, não-expressa, não-textual, mas que informa toda a atuação da atividade pública, e não apenas a de índole jurisdicional. Num processo, no bojo do qual se suprima a capacidade do julgador, e se defira ao Presidente da Corte recursal (é verdade que com direito a agravo para o Pleno, mas de qualquer maneira subtrai-se o mandamento judicial que ainda sequer está aperfeiçoado) antecipar individualmente o futuro papel revisor, profundamente atropelada está a cautela do devido processo legal. Porém, não só a solução da lei é ruim, mas a prática desse dispositivo legal se revela extremamente nefasta, porque, de regra, essas invocações são feitas com a conotação, ainda uma vez, da discricionariedade na avaliação do motivo invocado, o que cerceia dramaticamente o âmbito de controle por parte do Presidente do Tribunal, que terá de cotejá-la com o caso concreto. Raramente encontraremos pedidos de suspensão dos efeitos de uma liminar onde, de forma cabal, de forma nítida, de forma clara e leal, sejam ditas quais são as razões concretas de interesse público que estão a motivar a solicitação. E esse pedido não é sujeito a qualquer crivo de contraditório, o que é mais um atentado ao devido processo legal. O Presidente do Tribunal o acolhe ou não, havendo apenas a possibilidade, *a posteriori*, já com o peso da autoridade da manifestação do Presidente do Tribunal, de um agravo para o Pleno, que em regra, mais não faz senão confirmar aquilo que o Presidente já anunciou na primeira dicção.

Mas não é só o problema da suspensão que merece destaque. É também plausível falar-se em revogação da medida liminar. Essa possibilidade de revogação se encontra textualmente prevista no art. 2º desta mesma Lei 4.348. Adianta-se, nesta regra, que poderá o Juiz, que concedeu a liminar, revogá-la, na medida em que surpreenda, na atuação processual do beneficiado, uma série de atitudes que poderiam ser resumidamente englobadas sob a denominação “mau comportamento processual”. Ou seja, atitudes daquela parte no

sentido de que o processo ande morosamente, ou que não cumpre as diligências a seu devido tempo, ou ainda, que subtrai o processo a seu curso habitual, enfim, que se comporta com dolo processual, figura marcada, conotada e rotulada no atual Código de Processo Civil. Afirma esse art. 2º que poderá o Juiz, se julgar que realmente isso ocorre, decretar a revogação da liminar. Em verdade não é nem só nessa hipótese que isso seria possível. Há uma outra, que deflui do sistema, porque está inserida no Código de Processo Civil: o art. 807, quando cuida das medidas cautelares, afirma que, cessadas as razões que determinaram a concessão, deverá o Juiz revogá-la. E é do mais absoluto bom senso que assim seja. Se, no plano lógico, alguma coisa justificava a concessão da medida liminar, que é sempre um dado de índole excepcional, se o supedâneo de natureza lógica desaparece, a própria medida não tem mais razão de ser mantida. O que não é possível nem plausível, nem com a invocação do art. 807, nem com a invocação do art. 2º da Lei 4.348, é que, mediante mera provocação por parte do interessado, o Juiz, julgando-se habilitado a sobre a matéria proferir um juízo, revogue pura e simplesmente a liminar, sem audiência da parte contrária. Ainda uma vez o princípio do contraditório, a idéia do devido processo legal, em que está inserido necessariamente tal princípio, se encontra profundamente ofendido, quando um juiz pratica um ato dessa natureza.

Por óbvio, se o ato é praticado com esse tipo de desvio, como também poderia ser detectado desvio idêntico naquela outra hipótese da suspensão proferida pelo Presidente do Tribunal, é visível que a revogação da liminar, ou que a sua suspensão, coloca em grave risco o direito da parte, a ponto de ele não se revelar mais adiante satisfeito. Ainda que a sentença seja pela concessão da *mandamus*, o que houve foi violação do direito líquido e certo que tinha a parte, de obter a liminar e, conseqüentemente, pode ela, através de remédios recursais, ou através de novo Mandado de Segurança, procurar obter o coartamento dessa providência jurisdicional, de todo em todo desarrazoada.

As medidas liminares estão, dentro do arcabouço legislativo brasileiro, submetidas a tempo de duração. Esse tempo de vida, depois de larga discussão sobre a matéria, acabou sendo, no art. 1º da Lei 4.348, fixado em 90 dias. Na hipótese de se encontrarem os juizados repletos de processos, é possível prorrogá-la por mais 30 dias. Ou seja, uma sobrevida máxima, previsível, de 120 dias. Depois disso, haveria caducidade da liminar.

Parece-me evidente que uma liminar se exaure necessariamente com a sentença que é proferida no mandado de segurança. Porque das duas, uma. Ou a sentença é pela procedência do Mandado de Segurança e nesse particular ela já incorporará os efeitos inibidores da liminar, até porque o recurso que for interposto contra essa sentença não é dotado de caráter suspensivo, e conseqüentemente a liminar estará salvaguardada na plenitude dos seus efeitos; ou, pelo contrário, a sentença é pela improcedência, pela denegação do Mandado de Segurança. Se assim acontece, aquele relevante motivo de caráter jurídico, que tinha sido alegado, na verdade, ao menos em princípio, não existia, tanto assim que a sentença não o reconheceu. De uma forma, ou de outra, a sentença constitui-se num termo final de vida da liminar. Porém, limitá-la no tempo a 120 dias, ou a 90 ou a 60 ou a 30 dias, é de flagrante e aberrante inconstitucionalidade, porque, na verdade, o que a liminar tem que assegurar é a salvaguarda do direito que é discutido, enquanto persistir a ameaça de que esse direito, em razão do *fumus boni iuris*, e do *periculum in mora*, não possa aguardar pelo provimento jurisdicional definitivo, senão com grave risco de que este seja frustrado, quando afinal concedido. Se no remédio judicial se busca a recomposição *in specie* do direito que é alegado como violado ou ameaçado, admitir-se uma regra de coartamento, como essa, significa inviabilizar a própria garantia constitucional. A limitação no tempo, dessas medidas liminares, padece de grave mácula de natureza constitucional, portanto.

Relembre-se, no particular, discussão muitíssimo interessante, que também se reduz a uma voz isolada, mas que tem sido com freqüência trazida a debate. É o opinamento do eminente Professor gaúcho Alcides Mendonça Lima, que tem sustentado que, em hipóteses de Mandado de Segurança denegados, mas onde tinha havido a concessão da medida liminar, a interposição da apelação restauraria os efeitos da liminar. De sorte que ela haveria de durar até o final do julgamento em causa. Pelas razões expostas antes, assim não nos parece, porque a decisão, de uma sorte ou de outra, significa, ou por absorção, ou por frontal desfazimento, o fim da liminar. Mas imaginemos que, interposto o recurso, e pendente a ameaça ao direito da parte, ressurgja a ameaça da frustração de se ver a parte afinal inutilmente protegida por uma decisão: que fará o interessado? O Código de Processo Civil prevê o pedido de cautelares não apenas ao Juiz da causa em primeiro grau, mas também a seu Relator, em segundo grau, desde que persistam as ameaças, ou que supervenientemente elas surjam. Se a finalidade concreta desta ação de segurança é a de ga-

rantir um pronunciamento jurisdicional apto a realizar os seus fins constitucionais e se tais fins se resumem exatamente na recomposição *in specie* dos direitos que são postulados pelo remédio heróico, sem atritos com a própria estrutura do Mandado de Segurança, e com a configuração do sistema recursal no Brasil, resultado idêntico ao inortodoxamente desejado por Mendonça Lima pode ser atingido, pelo simples uso do arcabouço das medidas cautelares, tal como existe no Código de Processo Civil. Em resumo:

a) a sentença denegatória cassa a liminar, evidentemente só se produzindo tal efeito quando de seu trânsito em julgado (por força da formação da coisa julgada), ou quando da interposição do recurso (por ser despido de efeito suspensivo);

b) se a ameaça, motivadora do pedido de liminar, persistir, ou reviver, antes da existência de um relator do feito, no juízo recursal, caberá, aí, promover procedimento cautelar preparatório, com invocação subsidiária analógica aos artigos 796 e 800 do C.P.C. E competirá ao Presidente da Corte deferi-lo, inclusive sem contraditório, com amparo analógico subsidiário, nos artigos 797 e 804 do C.P.C.;

c) se a hipótese sub “b” supra ocorrer já em segundo grau, havendo Relator designado, a ele a providência será requerida, nos exatos termos dos preceitos do C.P.C. trazidos à colação.

Como última consideração, um tópico muitíssimo relevante, que é aquele que procura equacionar as conseqüências, em termos de responsabilidade civil, pela concessão ou denegação de liminar, onde três situações flagrantemente diferentes se põem. A medida liminar, reiterar-se, está revestida de um dado de provisoriedade, assim pedida, assim concedida. A medida liminar coloca entre parênteses o direito ou a relação jurídica subjacente, para que persistam vivos, aptos e eficazes, enquanto perdure o litígio. Mas uma vez falecida a medida liminar, restaura-se a relação jurídica, restaura-se o império de toda a situação precedente, tal como se esse intervalo nunca tivera existido, porque ele foi sempre de índole provisória. Isto ganha tanto mais razão de ser quando se tem em mente que o Mandado de Segurança se dirige contra atos da Administração Pública, atos de autoridade, atos esses balizados por um regime jurídico muito intensamente matizado de princípios, dentre os quais cumpre destacar a grande importância do princípio da permanência da prestação da atividade pública. A atividade pública é predisposta

para ser oferecida, mantida, cumprida e exercida sem interrupção. Conseqüentemente, a revogação da liminar, contra um ato da administração pública, significa a restauração, com efeito necessariamente retrotraído no tempo, de tudo aquilo que era a atuação congelada em razão do mandamento. Impõe-se que lembremos a incidência, na hipótese, de uma regra que é prevista no art. 811, do Código de Processo Civil, mas que com muito mais razão de ser atua no campo do Mandado de Segurança. Diz o art. 809, do Código de Processo Civil, que as medidas cautelares, sem audiência da parte contrária, são concedidas por conta e risco de quem as requereu. De sorte que, se a sentença final for contrária àquele que obteve a cautelar, deverá este responder por perdas e danos para com aquele, que teve de sofrer a impulsão da medida jurisdicional. Isso com muito mais razão acontece no campo da administração pública. Se alguém procurou obter uma medida liminar para congelar, suspender, imobilizar determinada atuação da administração pública, na hipótese de, na sentença final, se revelar a denegação do *mandamus*, eventuais danos e reparos deverão ser realmente cobrados de quem provocou a atuação jurisdicional, desde que, evidentemente, a liminar haja sido bem concedida, isto é, dentro das coordenadas e do perfil que é reservado para essa faculdade na lei processual. O quê de plano nos coloca em mão duas hipóteses, sumamente interessantes. Ou seja, a da liminar que é concedida com abuso; ou a liminar que é denegada também com abuso. Tanto uma hipótese quanto a outra podem propiciar situações de prejuízos para a parte. Uma vez comprovados eles, a quem devem ser imputados, a quem se deve pedir reparação?

Nessas duas hipóteses (que não têm que ver com aquela outra de liminar concedida lícitamente e que apenas não se viu corroborada na sentença final; neste caso, não há que se falar em atividade abusiva do magistrado, e pois, por invocação analógica ao art. 811 do Código de Processo Civil, o que há de se buscar é a reparação contra quem provocou o mandamento jurisdicional), em que o magistrado concede mal ou denega mal, com abusiva infringência ao padrão de concessão ou de denegação de liminar, existe responsabilidade pessoal inequívoca do Juiz. A parte pode realmente tomar a iniciativa da responsabilização civil, penal e administrativa do Juiz. Com uma decorrência a mais: é que por vezes tais prejuízos são de tal sorte vultosos, que a fortuna pessoal do magistrado pode ser insuficiente para a recomposição desejada. Pouco importa. O lesado está autorizado a promover, se desejar, a responsabilidade ou do Estado, ou do Agente do Estado, ou, se

preferir, de ambos, solidariamente. A regra do art. 107, da Constituição, não é construída em benefício da Administração Pública, mas em favor do administrado. O Tribunal Federal de Recursos tem, com frequência, entendido que o art. 107 obriga o administrado a promover a responsabilidade do Poder Público. E este é que poderá, posteriormente, buscar a recomposição reflexa no Agente. Isto, se de regra é uma boa solução em termos práticos, na medida em que o Poder Público deve possivelmente deter mais recursos do que seu próprio Agente, entretanto quando pensamos em alguns Agentes e em alguns danos, aqueles com fortuna às vezes senão maior, pelo menos mais disponível do que a do Poder Público, às vezes se afigura indesejável. Por isso seria extremamente saudável, além do retorno ético que o alvitre necessariamente envolveria, possa a parte acionar, como devedores solidários, o Estado e o seu Agente, que como tal atuou nessa hipótese (nos nossos exemplos, o magistrado).

AUTORIDADE COATORA E SUJEITO PASSIVO

Lucia Valle Figueiredo

Dou entrada no tema, falando sobre o problema que se colocou de maneira bastante difícil recentemente, em São Paulo, na ocasião em que foram editados dois decretos-leis; o do Empréstimo Compulsório, e, mais anteriormente, o do FINSOCIAL.

No atinente ao FINSOCIAL, o problema que se colocava era o seguinte: não havia, aparentemente, autoridade coatora. A apontada autoridade coatora, ao prestar informações, dizia que, simplesmente, não era coatora, porque não haveria constrição alguma. A contribuição estava lançada, mas só haveria coação por ocasião da propositura da execução fiscal. Se não há autoridade coatora, não há constrição. Se não há constrição, não há dever de pagar. É evidente que a toda obrigação tem que se antepor um dever. A contribuição, então, para o FINSOCIAL seria uma contribuição de moto próprio, uma contribuição voluntária? É óbvio que não. Mas no FINSOCIAL enfrentamos o problema, procurando demonstrar que a autoridade coatora seria aquela a quem estivessem afeitos os atos de constrição, caso a parte "voluntariamente" não cumprisse a obrigação, de recolher aos cofres públicos a quantia equivalente. Não havia ainda, talvez, a coação atual, mas havia uma coação iminente. E é lógico que a autoridade coatora seria, como me pronunciei na ocasião, aquela que estivesse com a obrigação de efetuar o lançamento e, posteriormente, encaminhar à Procuradoria da Fazenda Nacional para inscrição como dívida ativa. Então localizei aí a autoridade coatora.

Outro problema que se colocou, esse bastante mais sério, foi o do Empréstimo Compulsório. Neste, deliberadamente, as autoridades administrativas, que legislam, resolveram impossibilitar a interposição de Mandado de Segurança, por meio do artigo 7º do Decreto-Lei: "Cabe ao Ministro da Fa-

zenda praticar os atos necessários à execução deste Decreto-Lei e ao Secretário da Receita Federal expedir os avisos de cobrança do Empréstimo". Com isso, o Ministro da Fazenda praticaria os atos necessários à execução do Decreto-Lei. O Ministro da Fazenda é autoridade sediada em Brasília. E a seu turno seria o Secretário da Receita Federal que expediria os avisos de cobrança do Empréstimo. Com isso se pretendia deslocar também qualquer interposição, por via de Mandado de Segurança, contra o malsinado compulsório. É evidente. Se pensarem na extensão do Brasil, é evidente que alguém que está, por exemplo, sediado no Acre, não vai impetrar um Mandado de Segurança em Brasília, ainda mais se não se tratar de quantia vultosa. Se a quantia for um pouco mais módica, é evidente que esse Mandado de Segurança não seria interposto. Pretendia-se afastar a amplitude, a magnitude do Mandado de Segurança como está no texto constitucional, por meio de um decreto-lei como este.

Na ocasião realmente tivemos uma enorme dificuldade em enfrentar o problema. Em São Paulo, a maioria dos Juízes Federais entendeu que a ação não poderia ser colocada via Mandado de Segurança. E que apenas caberia uma Ação Declaratória ou uma Ação de Conhecimento. Realmente foram propostas algumas medidas cautelares para depósito inicial e depois, posteriormente, a ação de conhecimento ou a meramente declaratória.

Eu resolvi receber o Mandado de Segurança, o que foi um parto.

Tentei mostrar que a autoridade coatora é toda aquela que exerce ou pode vir a exercer a constrição. Primeiro, tive em mente a amplitude do Mandado de Segurança como dito no texto constitucional: "Dar-se-á Mandado de Segurança (essa é a dicção constitucional) para proteger direito líquido e certo, não amparado pelo *habeas corpus*, seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso do poder". Então, os termos constitucionais são os mais amplos possíveis. O que não era possível, certamente, era se pretender, por via de um decreto-lei, extinguir a magnitude do texto constitucional. Por outro lado, o Juiz Federal tem competência e poderia conhecer do Mandado de Segurança impetrado contra as autoridades federais no âmbito de sua jurisdição, vale dizer, do Estado de São Paulo.

No caso do Compulsório, eu usei até uma lupa para verificar se não havia no lançamento, se não existia alguma identidade, alguma identificação de que o aviso tivesse sido lançado em São Paulo. Mas realmente não existia. Mas sei eu que esses avisos são lançados pelo computador. São aqueles atos

administrativos praticados via computador. E não seria admissível que o Secretário da Receita Federal fosse fazer não só o programa do computador, como apertar o botão do computador. Então, para mim isso pareceu absolutamente irrelevante. Recorri ao Código Tributário, para verificar o que era o domicílio tributário. E lá está o art. 127, § 1º “Quando não couber a aplicação das regras fixadas em qualquer dos incisos deste artigo, considerar-se-á como domicílio tributário do contribuinte, ou responsável, o lugar da situação dos bens ou da ocorrência dos atos ou fatos que deram origem à obrigação”. Ora, os atos ou fatos, que deram origem à obrigação, tinham ocorrido, certamente, em São Paulo. Portanto, a regra era a do domicílio tributário. Não havia como excepcionar o domicílio tributário para criar a figura de uma autoridade de fato, uma pseudo autoridade coatora, desvinculada do domicílio tributário do contribuinte.

Uma outra argumentação que tinha que ser contornada, e que houve na época, era a seguinte: quem pode o mais, pode o menos. Como é possível se estipular a competência, seria possível mudar a competência. Então, o Presidente da República poderia por decreto-lei, mudar a competência. Ora, alterar a competência *ad hoc*, somente para um tipo de relação jurídica, seria um verdadeiro desvio de poder. Se normalmente a Secretaria da Receita Federal, desde o Ministério, se desconcentra por meio das repartições nos Estados e ali é fixado o domicílio do contribuinte, não teria cabimento que, para um determinado tipo de tributo, fosse deslocada a autoridade, inclusive porque, por via transversa, se vulneraria o mandamento constitucional, que é a amplitude do Mandado de Segurança. A dicção do texto constitucional é bastante ampla para não permitir engodos desse tipo e desta ordem. Mas infelizmente, em São Paulo mesmo, poucos Juízes acolheram a lide do Compulsório colocada via Mandado de Segurança. Os Juízes ficaram assim um pouco receosos e até mesmo os advogados. Pelo que delineei até agora, já que, para mim, autoridade coatora é todo aquele que tem uma parcela de competência pública, entendida essa como uma conotação muito ampla. É óbvio, e a lei do Mandado de Segurança é até expressa, que cabe Mandado de Segurança contra os Presidentes das empresas públicas, das sociedades de economia mista, dos concessionários dos serviços públicos, desde que eles estejam no exercício de função administrativa. Portanto, desde que alguém esteja incumbido de uma função pública, de uma posição pública, este alguém pode ser sujeito do Mandado de Segurança. Não seria o sujeito passivo, e vou entrar,

adiante, nesse tema. Seria a autoridade coatora. Quer dizer, seria aquele contra quem se pede a ordem, no sentido positivo ou negativo, ou que se retire o constrangimento ilegal, ou que se pratique algo que deixou de praticar.

Sobre a competência delegada, existe até uma Súmula expressa do Supremo, que é a Súmula 512. Praticado o ato por autoridade, no exercício de competência delegada, contra ela cabe o Mandado de Segurança ou a medida judicial.

Pergunta-se, agora: e este conceito de autoridade será o mesmo que se encontra no texto constitucional, no art. 107, que fala da responsabilidade do Estado? O art. 107 responsabiliza o Estado por todas as suas condutas lesivas dos seus funcionários que, nessa qualidade, causem a terceiros prejuízos.

O professor Celso Antonio Bandeira de Mello, comentando o conceito constitucional de funcionário, deu-lhe uma extensão, uma amplitude bem maior do que o que estritamente parecia significar, não se restringindo apenas a ocupantes de um cargo público em senso estrito. Para Celso Antônio, no seu livro *O agente público*, o texto constitucional abrange todos aqueles que estivessem no exercício de uma função pública. Ou seja, funcionário público, no texto constitucional, seria o equivalente a Agente Público, incluindo, portanto, todos aqueles contratados pela administração.

Entendo que o conceito de autoridade, como posto na Lei de Mandado de Segurança, é mais amplo do que o conceito de funcionários, que se sedia no texto constitucional, ainda que este conceito tenha merecido o alargamento daqueles que se preocuparam com a matéria. Mas mesmo assim, não tiraram esses autores todas as ilações necessárias.

Outro problema que se coloca é o seguinte: normalmente para se facilitar a identificação de autoridade coatora, se diz que autoridade coatora é aquela que pode desfazer o ato. É aquela que tem o poder de decisão e que pode desfazer seu ato. É muito comum, então, quando se pede informações à autoridade coatora, ela dizer: realmente não sou a autoridade coatora, estou apenas executando um texto de lei. A autoridade coatora seria quem o elaborou. A jurisprudência e a doutrina afastam essa possibilidade, mas colocam que autoridade coatora é aquela que pode desfazer o ato. Ora, isso não é verdade, quando nós estivermos diante de uma competência vinculada: aqui, a autoridade coatora não poderá desfazer o seu ato, porque, mesmo que a lei seja inconstitucional, a ninguém é possível descumprir lei, embora inconsti-

tucional, enquanto assim não declarada. Cumprindo a lei inconstitucional, a autoridade, que age dentro de sua competência vinculada, nesse momento exauriu a sua competência. Então, ela não tem mais competência para desfazer o ato. Portanto, não é verdade que a autoridade coatora é aquela que pode desfazer o ato. Obviamente, por ordem judicial, ela deverá desfazer o seu ato. Mas quando ela, autoridade, emitiu o ato, emanou o ato proveniente de uma lei inconstitucional, por exemplo, ela estava diante de uma competência vinculada e aquela era a única conduta possível. Portanto, não me parece correto se afirmar que a autoridade coatora sempre seria aquela que poderia desfazer o ato. Pode parecer que isso não tenha consequências. Tem. Quando nós, como Juízes, estamos procurando identificar a autoridade coatora, são problemas que aparecem, práticos e de difícil solução. Mas afinal quem é a verdadeira autoridade coatora? Porque muitas vezes, quando se fala em outros tópicos do Mandado de Segurança, o que é o ato coator, qual o objeto do Mandado de Segurança, etc., o problema não se coloca, porque não há problema de competência jurisdicional. Ao passo que, quando se põe o problema da autoridade coatora, há problema de competência jurisdicional. E como o Juiz, a primeira coisa que deve examinar, num processo, é a sua competência, este é um tópico que começa a embarçá-lo.

Diante da competência discricionária, realmente quem emanou o ato poderia desfazê-lo. E poderia desfazer porque está dentro da sua competência o prover e desprover num segundo momento. Porém, competência vinculada, somente o administrador desfaz o seu ato quando verifica, de ofício, ou provocadamente, que houve uma ilegalidade; ou então, por intermédio de uma ordem judicial. Mas ele não tem a competência para por e dispor, como parece para uma vista de olhos mais aligeirada no assunto.

O que importa é enfatizar isto: muitas vezes a autoridade não tem o poder de decisão e é a autoridade coatora, porque praticou o ato de constrição.

E aqui nós temos que distinguir também o mero executor do ato, da autoridade coatora. Se nós tivermos, por hipótese, um funcionário de escalão hierárquico inferior, que apenas cumpra uma ordem hierárquica, mas cumpra dentro das balizas legais, nós teremos que a autoridade coatora será aquele que determinou que a ordem seja cumprida. Se entretanto nós tivermos um funcionário, ainda que de escalão hierárquico inferior mas, por exemplo, com competência para interditar estabelecimentos diante de certos pressupostos, se ele desborda da sua competência, ele deixa de ser um mero exe-

cutor do ato e vai ser, realmente, a autoridade coatora. Então, a autoridade coatora é aquela que pratica a constrição. Pouco importa que ela tenha ou não poderes de decisão.

Aí se coloca o problema do sujeito passivo do Mandado de Segurança. O sujeito passivo do Mandado de Segurança, a maioria dos autores tem entendido que é a pessoa jurídica do Direito Público, que vai suportar os encargos decorrentes da ação. Nós temos que distinguir no Mandado de Segurança duas coisas. Uma parte em que ele é uma ordem dirigida ao funcionário, e outra, o que nós chamaríamos a sucumbência no Mandado de Segurança, que seria o problema já reflexo da ordem judicial. A autoridade coatora não é parte no Mandado de Segurança, se se pensar sob esse prisma. Será impetrado, mas o sujeito passivo do Mandado de Segurança, compondo a lide, será a pessoa jurídica de Direito Público. Aliás, a Lei do Mandado de Segurança diz o seguinte, para qualificar o que vem a ser autoridade federal: "Considerar-se-á federal a autoridade coatora se as consequências de ordem patrimonial do ato, contra o qual se requer o Mandado, houverem de ser suportadas pela União Federal ou pelas entidades autárquicas federais". Então, se as consequências do ato tiverem de ser suportadas pela União, o sujeito passivo da lide será a União. Se pelo Estado, o Estado. Se pelo Município, o Município. Então, uma coisa é a autoridade coatora que presta as informações e a quem se destinar a ordem judicial. E outra coisa, a meu ver, é o sujeito passivo do Mandado de Segurança, o que implicaria litisconsórcio necessário. Isso porque entendem também os doutrinadores que no Mandado de Segurança a autoridade presta as informações e não mais se manifesta, porque ela não é competente, por exemplo, para interpor recurso.

Ora, se é verdade que o Mandado de Segurança é uma ação especial, por outro lado também é verdade que as normas do Código de Processo se aplicam subsidiariamente. Além do que, na própria lei do Mandado de Segurança há uma referência expressa, de que se aplicam as normas do litisconsórcio. Inclusive os autores têm assentado o tema somente no que atina ao litisconsorte passivo necessário, quando houver um beneficiário do ato. Então, para que não haja nulidade posteriormente da sentença, esse beneficiário teria que ser chamado à lide. Porém, a pessoa de Direito Público normalmente não é chamada à lide e no caso da Justiça Federal, por exemplo, que conhece dos atos da autoridade federal, existe um problema particular. O Ministério Público, que deve atuar no Mandado de Segurança como *custos legis*, exerce na esfera

federal uma dupla função. Ele é o defensor da União, com todas as atividades procuratórias; e é, ao mesmo tempo também, o Ministério Público; o que ocorre então é que por certa inibição do Procurador da República, com raras e honrosas exceções, o mais das vezes o Procurador da República não atua como *custos legis*. Ele atua como defensor da União e defende o ato coator de todas as maneiras, mesmo as mais indefensáveis. Isso caberia ao Procurador da República se estivesse representando a União, mas como a União não vem à lide como sujeito passivo, normalmente, o Ministério Público assume esse papel de defensor da União, com raras e honrosas exceções, como já pude assinalar.

Disse o Professor Hely Lopes Meirelles que seria desejável, no seu último livro *Mandado de Segurança*, que a pessoa de Direito Público viesse integrar a lide, se o desejasse. Mas ele acha que isso talvez agredisse um pouco a agilidade do Mandado de Segurança, o fato de ter também que citar a pessoa de Direito Público.

Um outro problema a enfrentar. São os atos de autoridade na função controladora. Quem está na função controladora, ou está a fazer um controle de legalidade, ou um controle de mérito.

A autoridade coatora, a meu ver, será aquela de quem emanar o ato controlador. Isto porque, segundo se pensa, há um deslocamento da autoridade coatora. Se o ato foi submetido a controle, aí de fato aquele ato estaria dependendo daquele controle. Ora, o controlador, que era a autoridade superior, poderia ter, por hipótese, reformado este ato e não o reformou. Então, a construção ilegal, para mim, acontece por ocasião do segundo ato. Com isso não quero elidir a possibilidade, faço questão de aclarar isto, de que seja impetrado o Mandado de Segurança de logo, do primeiro ato. Cada ato deflagra os seus efeitos típicos. Se alguém quiser impetrar, de logo, praticado o primeiro ato, ainda sem controle, a pessoa poderá alegar, a meu ver com justeza, que está diante de uma iminência de lesão a um direito seu. Então, havendo uma lesão iminente, dar-se-ia o Mandado de Segurança, que seria preventivo. Porém, se houver o controle, segundo se pensa, desloca-se a autoridade coatora, que passará a ser aquela que realize o ato controlador. Nesse ponto divirjo da Súmula do Tribunal Federal de Recursos, que sustenta o contrário, embora, contraditoriamente, afirme a Súmula que esse prazo de decadência é contado do ato controlador. Se é contado do ato controlador, não tem razão para se dizer que a autoridade coatora seria a primeira e não a segunda. Isso tem im-

portância, como já afirmei no começo, não para a possibilidade de interposição de Mandado de Segurança. Sempre haveria a possibilidade a Mandado de Segurança de amplitude imensa. Mas a importância que vejo é na questão de quem é o juiz competente para conhecer desse feito.

Vejam, agora, o caso de colegiados. Por exemplo, interpõe-se o Mandado de Segurança contra OAB e o Mandado de Segurança é interposto contra o Presidente da OAB. Ora, o Presidente da OAB representa a OAB, mas o ato quando é do colegiado, a meu ver, só aparece juridicamente depois que todo o colegiado se pronuncia. A autoridade coatora não é Presidente. Ele representa o colegiado em juízo. Porque o ato emanado saiu da vontade do colegiado. Vejam que se isso não tem grande diferença prática para a propositura do Mandado de Segurança, tem diferença, e muito grande, por exemplo, para o caso de ser interposta, posteriormente, uma ação de reparação, uma ação de responsabilidade.

Uma outra questão interessante, também, tem que ver com o art. 5º, inciso II, do Mandado de Segurança, que diz que “não se dará Mandado de Segurança quando se trata de despacho ou decisão judicial, quando haja recurso previsto nas leis processuais ou possa ser modificado por via de correção”. A Jurisprudência, para contornar este artigo, que realmente violenta o texto constitucional, que fez com relação aos agravos de instrumento? Muita vez interposto um agravo, ou qualquer recurso que tenha efeito apenas devolutivo, a pessoa lesada interpõe, perante o Tribunal Superior, o Mandado de Segurança, para ver reconhecido o efeito suspensivo daquele recurso. O Tribunal normalmente defere, e liminarmente. Aí se dá uma coisa muito curiosa. Pedem-se as informações à ilustre autoridade coatora, o juiz de quem emanou o ato. O juiz tem que justificar o seu ato, o porque do constrangimento ilegal. O juiz manda as informações e diz que deu o efeito previsto em lei. Portanto, ele não agiu *contra legem*. Para construir uma figura que é necessária, no entanto, a volta dada pela jurisprudência foi tão grande que se **construiu, a meu ver, um verdadeiro absurdo**. Realmente o ato coator do Juiz teria sido dar o efeito adequado, que o Código de Processo prevê, para o recurso. O absurdo, segundo penso, está no art. 5º, inciso II, que pretende suprimir a magnitude do remédio constitucional. O Mandado de Segurança teria de ser voltado contra o prolator da decisão, decisão essa que não se estribou nos parâmetros legais. Realmente se inverte o problema. E vejam que tem relevância, volto a dizer, por exemplo, no tópico com referência à responsabi-

dade. Se eu dou a determinado recurso o efeito que ele tem, portanto, só o efeito devolutivo e não suspensivo, eu agi de acordo com a lei. Não pratiquei qualquer agressão ao ordenamento jurídico. Não posso, pois, ser responsabilizado. Se, por outro lado, eu agi agredindo esse ordenamento jurídico, por uma decisão qualquer, diverso é o problema. Imaginem uma liminar mal negada, em Mandado de Segurança. Um Mandado de Segurança pode ser interposto, contra a ausência de liminar, a ausência de uma possibilidade jurídica que estava contida no art. 7º. O art. 7º dá dois pressupostos para a liminar: o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*. Verificados esses dois pressupostos, o Juiz tem o dever de conceder a liminar. Ele não tem o direito. Não está à discricção, ao arbítrio, como ainda usam dizer dos juízes, a concessão ou não da liminar. A concessão é um direito da parte e portanto é um dever do Juiz. E é óbvio que cabe Mandado de Segurança, se esse dever não é atendido. Então, nós temos que tentar construir doutrina e jurisprudência partindo de colocações, a meu ver, desse tipo e não tentar contornar um artigo de lei que agride o texto constitucional, com construção que não se põe de pé. Mas realmente reconheço que foi a ânsia de fazer justiça que levou a jurisprudência a construir esse seguro. A questão dos honorários dos advogados no Mandado de Segurança. Este é outro problema que também acho que persiste sem solução e não sei por quê. Não tem cabimento e acho que não elidiria, de forma alguma, a ampla possibilidade de proposição do Mandado de Segurança, se se dessem honorários advocatícios. Até pelo contrário. Podendo-se propor sem advogado, tem cabimento não se dar honorários, exatamente para não dificultar a proposição. Mas se não se pode propor Mandado sem o advogado, por que não dar honorários advocatícios? E aí há um outro problema: alguns juízes são extremamente rigorosos com o valor da causa no Mandado de Segurança. E apesar de o Mandado de Segurança não ter um conteúdo pecuniário imediato, no entanto eles enfatizam e não deixam a ação prosseguir, se a parte não depositar aquele que eles entendem seja compatível. A meu ver, isso também é uma agressão ao texto constitucional, porque tira a possibilidade de interposições de Mandado de Segurança. Na verdade, para mim, são dois pesos e duas medidas. O valor da causa, a jurisprudência acha que deve seguir as normas do CPC; porém na sucumbência, não.

ATO COATOR

Celso Antonio Bandeira de Mello

Peço vênha aos colegas para iniciar recordando algumas obviedades mas que, de toda sorte, merecem ser referidas, na medida em que se constituem em pano de fundo das colocações que vou fazer. Quero dizer que elas funcionarão como verdadeiras premissas de alguns pontos que desenvolverei a propósito do Mandado de Segurança.

Todos sabemos que o Mandado de Segurança vem a ser um instrumento de especial valia para a defesa de direitos e garantias individuais. Constitui-se, portanto, o Mandado de Segurança, numa via processual, mas com um cunho muito específico constitucional, de realização completa ou de protelação completa de objetivos transfundidos no Estado de Direito. E é oportuno, por conseguinte, recordar então alguns pontos fundamentais concernentes ao Estado de Direito.

Como todos sabemos vem a ser uma realização jurídica de um propósito político. É a juricização de ambições políticas que deu margem a que se construísse essa estrutura que denominamos Estados de Direito, que é o fruto da confluência de duas vertentes de pensamento: o pensamento de Rousseau, com a idéia da soberania popular; e o pensamento de Montesquieu, mais técnico, no sentido de que se propunha a compor o instrumental ou uma estrutura, melhor dizendo, graças à qual subdivide-se o poder para evitar a opressão aos indivíduos. De fato, parece que a História Política da Humanidade, a História Política da Sociedade é a de uma luta contra os detentores do poder, evitando que façam um uso desatado, descomedido do poder político que porventura tenham. Assim, a partir do instante em que essas duas idéias confluíram e se harmonizaram, a de Montesquieu e as de Rousseau, um dos intentos de detença desse exercício desatado do poder encontra, na fórmula

do Estado de Direito, meio hábil para realizar esses propósitos de defesa do indivíduo, inicialmente; e mais tarde, com o advento de idéias sociais mais densas, estampadas pela primeira vez na constituição mexicana e na de Weimar, incorporando, a propósito, no Estado de Direito, não apenas a defesa dos direitos individuais, mas também a defesa dos direitos sociais, não apenas contra o poder político, mas também contra o poder econômico de grupos. De toda sorte, o Mandado de Segurança se encarta dentro deste panorama como sendo um instrumento graças ao qual se pretende dar ao cidadão, ao indivíduo, meios eficazes, meios expeditos de defesa contra este comportamento estatal, que pudesse ferir o seu direito, proporcionando uma via de rapidez e de eficiência na proteção ao direito.

Realmente não se trata — e é uma observação que ilustres autores têm feito — o Mandado de Segurança não é um instrumento para reparação do direito. Pode até servir para isso. Mas é um instrumento para a proteção do direito. Deve, por conseguinte, ser interpretado o Mandado de Segurança como um instituto jurídico, cujo objetivo primordial é assegurar aos indivíduos a proteção ao direito, o resguardo ao direito, o amparo ao direito e não apenas como um instrumento simplesmente para reparação do direito ou para a detença de uma violação já iniciada.

Se atentamos para este fato de que o texto constitucional se refere à proteção do direito, certamente isto acenderá luzes importantes, que servirão como vetor interpretativo dos diferentes tópicos a respeito do Mandado de Segurança e particularmente no caso do chamado Ato Coator. A rigor, ainda que na linguagem corrente haja menção a ato coator, não devemos pensar em ato coator, mas sim em comportamento que ameaça ou lesa o direito. Se pensarmos só em ato coator, de algum modo estamos adstritos ao campo dos atos jurídicos. E na verdade é mais do que isso. O Mandado de Segurança não se propõe a ser uma defesa contra atos jurídicos, mas se propõe a ser uma proteção contra a violação do direito. Assim, muitos dos problemas fartamente discutidos a respeito do ato coator e da possibilidade de impetração do Mandado de Segurança, e, até mesmo, já quanto ao instante em que se conta o prazo para a impetração da segurança, estão de alguma sorte atrelados à idéia de um ato jurídico praticado pelo Estado. Com frequência nos reportamos a um ato administrativo. E o ato administrativo é previamente um ato jurídico. Mas entendo que este enfoque é um enfoque parcial. Claro que necessário, por sem dúvida, à importância, à compreensão

e à colocação de alguns tópicos, como o da perfeição ou da validade, da eficácia do ato administrativo. Por sem dúvida é importante, igualmente, pensar-mos que se passa quando se tem um ato submisso ao controle de outro ato: qual o ato coator? O ato controlador ou o ato controlado? Há diferença se o controle for de mérito ou se o controle for de legitimidade? E os problemas atinentes aos atos praticados por órgãos colegiados, ou aqueles relativos aos atos complexos? É possível afrontar-se um comportamento do poder público, decorrente de um ato complexo ainda não completado? Porventura a noção de ato complexo, tal como a temos utilizado na doutrina, responde efetivamente àquilo que em teoria é um ato complexo ou antes é um procedimento administrativo simplificado? Mas ainda assim um procedimento administrativo em que cada ato tem os seus efeitos próprios.

Sem dúvida há uma grande cópia de problemas relacionados diretamente com o ato, mas aí não se esgotam as possibilidades de impetração de segurança, no meu modo de entender, pensando-se apenas no ato jurídico e sobretudo pensando-se apenas no ato administrativo. No entanto, reconhecemos todos que é freqüente dizermos que há possibilidade de impetração de Mandado de Segurança, quando se tem a violação de direito líquido e certo ou a ameaça de violação de direito líquido e certo oriunda de um ato administrativo, onde, por isso, é possível impetrá-lo eventualmente contra a lei, quando a lei é substancialmente um ato administrativo, ainda que se apresente sob as vestes de uma norma expedida pelo Poder Legislativo. Mas ainda aqui se quer propor o tema de que é um ato substancialmente administrativo e por ser substancialmente administrativo é que é atacável. Mas não é nada disto o que diz o texto constitucional. O art. 153, § 21, não fala em ato nem fala em coator, muito menos fala em administrativo. Cifra-se a dizer: conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus*, seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou o abuso de poder. Basta, para ater-se ao lume do texto constitucional, que exista uma ilegalidade ou um abuso de poder, seja qual for a autoridade — e aí não se discrimina se do Legislativo, ou do Executivo ou do Judiciário — para que tenhamos reproduzida a hipótese contemplada no art. 153, § 21, preenchidos os pressupostos da liquidez e certeza do direito, segundo a dicção deste mesmo preceptivo.

A própria lei tem uma linguagem altamente favorável à impetração da segurança, quando o art. 19 diz: conceder-se-á Mandado de Segurança para

proteger o direito líquido e certo não amparado por *habeas corpus*, sempre que houve um abuso de poder ou alguém sofrer violação, ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for, ou sejam quais forem as funções que exerçam.

É verdade que o art. 5º estabelece algumas restrições, ao dizer não se dará Mandado de Segurança quando se tratar de ato de que caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, independentemente de caução. Despacho ou decisão judicial, quando haja recurso previsto nas leis processuais ou possa ser modificado por via de correição. E de ato disciplinar, salvo quando praticado por autoridade incompetente ou sem observância de formalidade essencial. Tenho que tudo isso revela, a *prima facie*, uma inconstitucionalidade, porque restringe a dicção constitucional aberta, que autoriza a impetração da Segurança, para defender o direito líquido e certo, ante qualquer comportamento ilegal ou com abuso de poder.

Encareço ainda a circunstância de que o objetivo do direito, a finalidade das normas jurídicas maiormente postas no Estado de Direito, não é proporcionar reparação. Não é na verdade um sucedâneo para o direito violado. Mas a proposta da ordenação jurídica é, pelo contrário, impedir a violação do direito. Assim, ainda que não houvesse alusão ao Mandado de Segurança preventivo, na Lei do Mandado de Segurança, o só fato de a índole do direito consistir precisamente em propor-se a que não sejam violados os direitos, porque são pautas de condutas que se querem atendidas, seria suficiente para se poder depreender que o Mandado de Segurança preventivo teria que existir.

E se alguma dúvida pudesse prosperar, a linguagem do Art. 153, § 21, em se reportando a proteger direito, resguardar direito, que é algo distinto de reparar direito, já nos obrigaria a esta interpretação.

Com base nesses pressupostos coloco, como primeiro ponto, que não me parece necessário que haja ato jurídico para que caiba a impetração de Segurança. Admito, portanto, a impetração de Segurança por comportamentos comissivos e omissivos, por comportamentos jurídicos imateriais. Admito mesmo a impetração de Segurança, porque creio afinada com estes pressupostos dantes colocados, e com este pano de fundo de institutos insertos excelentemente nas finalidades do Estado de Direito, que uma simples declaração pública, feita por autoridade responsável, se configure numa ameaça de ofensa a um direito e que, por isso mesmo, poderá alguém, em

nome dessa ameaça, impetrar uma Segurança, esperando a ação do Poder Judiciário, a fim de deter aquilo que se poderá concretizar.

Sei que as grandes objeções que se põem a colocações desta ordem são de dois tipos: uma delas reside na afirmação de que, se assim for, se se admitir eventualmente a impetração de Segurança contra uma simples declaração pública de que será praticado um ato, nós estaríamos abrindo as portas ao uso desta via processual, ainda não definido algo que objetivamente se põe como violação do direito. E de outro lado, um argumento a meu ver animado por preocupações inadequadas, mas pedestres até, de que, desta sorte se estaria concorrendo para criar um afluxo e um congestionamento de questões capazes de deter ainda mais a celeridade do Poder Judiciário. Este segundo argumento eu descarto de plano, porque corresponderia, se me permitem uma comparação algo prosaica, corresponderia a entender que as pessoas não devem ou não têm o direito de buscar assistência médica porque os médicos são poucos, porque só mesmo nos casos realmente graves podem ir ao médico. A solução será seguramente ter mais médicos. A solução seguramente seria, no caso, ampliar aqueles que têm o encargo de dizer o direito.

Quanto ao primeiro argumento me parece, entretanto, o mais impressionante mas igualmente improcedente, com todo respeito pelos que pensam de modo diverso. Se o texto constitucional se propõe assegurar a proteção ao direito, o único fator relevante a ser considerado, preenchidos os outros pressupostos, é a averiguação se a ameaça existente é real e se haverá tempestivamente possibilidade para alguém defender, por via do Mandado de Segurança, esse direito. Estes são os dois pressupostos, a meu ver. Pouco importa a natureza do comportamento, comissivo ou omissivo, material ou jurídico, (como uma declaração seria um comportamento material). O que importa realmente, para que se cumpra o desiderato constitucional, é que alguém possa deveras, com tempo suficiente, deter aquela conduta que seria violadora do seu direito. Não importa, portanto, qualquer espécie de tecnicismo ou de ritualismo formalístico, para que se possa admitir o Mandado de Segurança. Estou muito à vontade para dizer isso. Alguém de formação jurídica do chamado formalismo jurídico, que sou. Mas entendo que o formalismo jurídico não quer dizer, nem nunca quis dizer, em momento algum, uma espécie de cegueira ou uma espécie de paixão mórbida, simplesmente pela letra da regra jurídica. E não descarta, de modo algum, a inteligência ou a preocupação de en-

gastar o objetivo da norma jurídica, que é aquele que ilumina o propósito da regra de direito. Como conceber, então, que no Estado de Direito, que concebe, que cria um instrumento cujo objetivo nuclear, central é proteger um direito, que alguém possa eventualmente ver o seu direito primeiro lesado, para depois ingressar em juízo, simplesmente pela circunstância de que não ocorreu um ato jurídico prévio? Algum critério, seguramente, tem que existir para que se considere real a ameaça. Mas este critério, como se passa de modo corrente no direito, não é outro senão o de uma averiguação à luz pura e simplesmente da razoabilidade de que uma dada conduta já traz consigo em germe, em embrião, outra, aquela da qual resultará uma agressão ao direito. Portanto se justifica, que se tomem como pauta, como critério, única e exclusivamente, esses pontos: a existência de um ato ou fato, seja ele qual for, ato ou fato que signifique em si mesmo a indicação apreensiva num critério de avaliação razoável, de que deverá ser sucedido por um comportamento, comportamento que, se não for desde já detido, pode eventualmente não poder ser tempestivamente embargado. Este é o ponto. Entre o risco de deter com mais antecipação uma violação de um direito e admitir, dar por implícito, por aceito que eventualmente o direito será violado pelo fato de termos que aguardar ainda um outro comportamento, parece-me que se afina melhor, seja com a índole do direito pura e simplesmente, seja com a índole do Estado de Direito, seja com a índole do contido no art. 153, § 21 (que fala, repise-se em proteger, que não fala em ato, que fala em ilegalidade ou abuso do poder), o primeiro dos alvíres.

Assim, servir-me-ei de alguns exemplos muito singelos. Suponham que um Delegado de Polícia arbitrário anuncia à imprensa que, no dia seguinte, raspará a cabeça dos homossexuais que encontrar pela rua. Isto não é um ato jurídico. Não foi praticado ato de espécie alguma. É uma notícia pela imprensa e nada mais do que isso. É certo que esse ato poderá ser pura e simplesmente uma ameaça. É certo que este homem eventualmente não a vai cumprir. É certo até que estará pura e simplesmente querendo desestimular alguma conduta. Certo também é que não podia fazer tal declaração. Mas a circunstância de poder não ser efetivado aquilo que afirmou, mas que num juízo de razoabilidade, se ao lume da expediência, se em face do teor ou da seriedade da declaração, permitir a qualquer pessoa razoável crer que vai se efetivar seguramente, e inexistirá tempo para a impetração de uma Segurança subsequente à ordem dada por esse Delegado aos seus subalternos para que cum-

pram a ameaça, bastará para assegurar o cabimento de uma Segurança preventiva, porque seria essa a única forma, em sentido real, de proteger o direito. E é o que propõe o texto constitucional, no seu espírito e na sua letra, no art. 153, § 21. Não haveria outra maneira de proteger.

Este exemplo singelo permite múltiplas extrapolações. Basta que convivam ou coexistam as mesmas razões que foram apontadas. Uma declaração pública do Presidente da República, na televisão, em cadeia por ele convocada, de que, por exemplo, baixará o Estado de Emergência antes de fazê-lo, antes de publicado no *Diário Oficial*, se fora dos pressupostos constitucionais, autorizará a impetração de Segurança.

Isto pode parecer que em certos casos se está a propor indiretamente ou implicitamente um outro tema, o da possibilidade do ataque à regra, em tese. É claro que a violação do direito se considera e pode ser considerada em dois níveis, em dois planos. O mero ato, ou a mera declaração que viola o regramento do direito, mas ainda não incide especificamente sobre um dado indivíduo. O segundo instante, em que se passa da mera violação da regra, nos casos em que há atos, da mera violação da regra jurídica legal ou a constitucional, para incidir na situação jurídica subjetiva protegida de cada um, no seu objetivo real. Aguardar que o direito de cada um sofra esta invasão, esta intervenção, nos casos em que, não se detendo com antecipação esta conduta, o risco é iminente de que afinal a liberdade do indivíduo ia ser agredida pela ação desabusada, desatada e descomedida de alguma autoridade, seria excessivo rigor e ritualismo formalístico. Eis pois que, ao lume destes fundamentos, com suporte nestes fundamentos, entendo defensável a impetração de Segurança contra qualquer comportamento que traga, consigo mesmo, implicitamente ameaça de lesão de direito, que não possa ser detida tempestivamente, salvo com acolhimento ou, quando menos, com a admissão do Mandado de Segurança.

E assim é que em comportamentos materiais é irrelevante que esses comportamentos sejam comissivos ou sejam omissivos. O direito tanto se desatende agindo, como não agindo, quando a norma impõe agir. Tem-se, portanto, nos termos do art. 153, § 21, ou nos termos do art. 1º da Lei 1.133, violação dos direitos. Tem-se, portanto, ilegalidade e poder-se-á ter nessa conduta abuso de poder. Logo, preenchidos os pressupostos no que atine àquilo que chamaríamos de “ato coator”, e que seria comportamento, e que não seria necessariamente coator, é cabível o Mandado de Segurança preven-

tivo. Evidentemente ninguém nega que se trata de saber não se há a coação, mas se há o risco de. Se atentamos para a circunstância de que o Estado de Direito deveras nasce, realmente, do propósito de erguer uma paliçada, uma barreira que interdicte esses comportamentos autoritários, inadequados e desajustados à normação por parte do Estado, se pensarmos que realmente ele é a jurisdicação de um propósito político que se dispunha precisamente a construir todo um modelo, toda uma estrutura, para evitar que os que detêm o poder possam abusar dele, não é difícil efetivamente perceber-se que a linha interpretativa há de caminhar no sentido de que se ofereça, se conceda ao cidadão, ao administrado, o maior nível possível de proteção. Não há uma justificação lógica que possa ser sacada, ou desentranhada das instituições políticas que se propõem a ser republicanas, que possam servir de calço para uma posição recessiva ou para uma posição, perdoem-me, excessivamente processualista. Não se interpreta a constituição ao lume das disposições processuais, mas se interpretam as disposições processuais ao lume do texto constitucional, ao lume das finalidades constitucionais. E não vai nisso demasia, porque este arrombamento, este alargamento é cabível. Nada mais significa do que a assunção e afinamento à proposta que se contém na lei maior, que é aquela que serve de fundamento e de validade para todo o sistema, aquela que serve de espora para todo o regramento jurídico.

Um segundo tópico, que quero colocar também para investigação, é o que atina tratar-se ou não de um ato administrativo ou tratar-se ou não de um comportamento administrativo. Foi algo que muita vez a doutrina pediu. E os tribunais também decidiram sob o influxo desta impressão consciente ou subconsciente. O texto constitucional não o diz, a lei ordinária também não o diz. Ali não há referência, remissão a ato administrativo. Pelo contrário. Acaso o legislativo não compõe um conjunto orgânico como autoridade? São autoridades, e como autoridades podem ser sujeitos passíveis de Mandado de Segurança.

Pretende-se que a lei, enquanto tal, não lesa o direito de ninguém. E que por isso não se propõe a julgamento, salvo no caso de declaração de inconstitucionalidade. Qual a razão disto? A única razão disto é que da lei não defluiria, direta e imediatamente, uma lesão para um dado indivíduo. Logo toda vez que a lei prescindia de um comportamento administrativo ulterior, para representar violação concreta de um direito, cabe Mandado de Segurança. É o caso das leis proibitivas. Se uma lei proíbe uma determinada

conduta, ilegalmente (suponha uma lei que declarasse proibida a circulação dos indivíduos a partir das oito horas da noite, pelas ruas centrais da cidade), a rigor ela atinge nesse instante a todos e a cada um dos indivíduos, que já estão imediatamente obstados, porque já estarão incursos na violação da regra jurídica, tal como ela foi posta. As leis proibitivas, por isso, me parecem autorizar impetração imediata de Mandado de Segurança. É claro que é possível, em nome não sei de que valor jurídico e muito menos de que valor jurídico prezável, entender que era necessário aguardar ato administrativo posterior, para que efetivamente se impetre Mandado de Segurança. Mas se assim ocorrer, seguramente o cidadão que, no nosso exemplo retro, sair à noite, a partir das oito horas, pelo centro da cidade, será detido, ou proibido de fazê-lo. Impedirá o Mandado de Segurança depois? Terá que comunicar-se com a autoridade, provocar a autoridade para ouvir dela a resposta de que não pode fazer, algo que já estava explícito para toda a comunidade? Portanto, penso que pode ser impetrado um Mandado de Segurança contra a lei. Tudo depende do fato de que da lei possa, ou não, derivar de imediato a violação, uma constrição ilegal ou representativa de abuso de poder.

Ainda há um tópico que a meu ver desperta interesse, que é o Mandado de Segurança contra atos judiciais. Hoje já se tornou perfeitamente comum a impetração de Mandado de Segurança para obter efeito suspensivo, nos casos em que o recurso não tenha efeito suspensivo. Pode ser discutido se tecnicamente esta é a solução correta, e é a que tem sido admitida, vastas vezes pelos tribunais. A Professora Lúcia Valle Figueiredo, em um trabalho que está escrevendo com o Professor Sérgio Ferraz, trabalho ainda inédito, no capítulo atinente à matéria, sustenta que o Mandado de Segurança tem que ser impetrado não para obter efeito suspensivo propriamente, dado que, se a lei processual não quis dar efeito suspensivo, não se pode obter tal efeito dessa forma. Mas é o Mandado de Segurança contra a própria decisão, por ser ela ilegal, por ser ela manifestação de um descompasso, contra a própria decisão, em si mesma, que lhe viola direito líquido e certo e obter, então, a liminar da proteção do direito líquido e certo. E creio que tecnicamente de fato é a melhor solução. Há quem, como o eminente Professor Calmon dos Passos, sustente a possibilidade do Mandado de Segurança, mesmo contra a coisa julgada, nos casos em que couber ação rescisória. E me parece que efetivamente, se buscamos, ao interpretar um instituto jurí-

dico, o seu sentido constitucional, esta idéia, que no primeiro instante pode causar certo impacto, certa surpresa, não obstante é uma idéia que, quando menos, mereceria funda meditação. Seria de perguntar quais os valores jurídicos particularmente prezáveis em dado sistema normativo. Creio que ninguém negará que o valor segurança, que o valor estabilidade, que o valor ordem são transcendentais para o direito. Particularmente estou até convencido de que estes são *os valores* que o direito vê com especial carinho. Não acredito, minimamente, que seja a idéia de justiça. A História do Homem é uma história da realização da justiça ou da injustiça, dependendo do ponto de vista da classe que examine o tema. Do ponto de vista das classes desprotegidas a história do direito não tem sido outra coisa senão uma sucessão, uma realização da injustiça. Portanto, não creio que seja possível apoiar-se na idéia de justiça o principal valor buscado pelo direito. Esta é uma análise extrajurídica, mas me parece que é jurídica a conclusão de que o valor ordem, o valor segurança é acima de tudo o procurado. Mas o valor ordem, o valor segurança, o valor certeza, tal como definidos num dado sistema, em função do desenho ou da composição que a ordem normativa faz. E sem dúvida alguma, é altamente privilegiada, em qualquer sistema normativo que tem abrigado as idéias inerentes a um Estado de Direito, a defesa, a segurança e a certeza também do indivíduo contra ato que seja violador do direito.

Um último tópico que desejo versar a respeito do ato coator, ou do comportamento violador da ordem jurídica ou que ameaça violar a ordem jurídica, segundo o direito líquido e certo, atina com aqueles que já se expressam em atos e particularmente os atos administrativos.

Sabemos que a doutrina estabelece umas tantas disposições que são úteis para a apreensão do que é um ato administrativo e para a apreensão dos diferentes estágios da produção do ato administrativo e dos seus efeitos, afinal. Entre essas noções avultam as de perfeição, validade e eficácia. Deixemos a validade que interessa pouco aos fins que estamos cogitando. Diz-se perfeito um ato quando completou o ciclo de sua formação ou, na maneira de dizer de outros, quando está íntegro em todos os seus elementos. E diz-se que é eficaz quando, ademais de haver completado esse ciclo formativo, e portanto só então podendo-se dizer ato administrativo, está em fase de deflagração dos seus efeitos próprios, dos seus efeitos típicos, isto pela razão de que, como sabemos, desde o momento da sua produção, um ato pendente de condição, termo, aprovação ou homologação já produz efeitos. Não produz os

típicos, porque estes estão detidos pela condição ou termo inicial, condição suspensiva, termo inicial ou pela aprovação ou homologação. Mas efeitos ditos prodrômicos já existem com a mera emanção do ato. Por exemplo, a obrigação, além dos efeitos reflexos, do órgão que se deva manifestar, sucessivamente, pelo só fato de ter sido editado já aquele ato que tem que ser controlado, por exemplo. Os efeitos do ato a ser controlado não se deflagram enquanto não haja manifestação do órgão controlador. Mas o órgão controlador já está colocado no dever jurídico de se manifestar pelo fato de surgir o ato a ser controlado. Portanto, a mera existência do ato, no universo jurídico, promove uma transformação. Até porque se não se quiser controlar será preciso retirá-lo, o que demonstra que há um efeito inerente à existência. Mas a dúvida que habitualmente se põe é se o direito é violado pelo ato controlador ou pelo ato controlado. E, de conseguinte, se a Segurança deve ser impetrada contra o ato controlador ou já antes contra o ato controlado, ainda pendente da manifestação do órgão de controle.

O relevo disto, parece, a parte o aspecto teórico de saber qual é realmente o produtor dos efeitos, o controlador ou controlado, é aquele que atina com o início do prazo para a impetração da Segurança. Dever-se-á contar a partir do ato controlado ou do ato controlador?

Num primeiro instante resolvamos este problema acadêmico. Cada ato administrativo tem a sua própria tipologia, a sua própria índole categorial. De conseguinte, cada ato administrativo possui, em si mesmo, essa virtualidade, que lhe é conferida pelo sistema normativo, de produzir certos efeitos e não, outros. Aqueles que correspondem à sua tipologia própria. Assim, um ato administrativo pendente de controle, enquanto não se manifesta o órgão controlador, entendo eu, é ele, sim, o que é ato, de acordo com a norma jurídica, para deflagrar os efeitos finais. O órgão controlador, e portanto o ato que controla, simplesmente significa uma contenção ou uma liberação do fluxo dos efeitos. Assim, o efeito é sempre do ato controlado. Nunca do ato controlador. O ato controlador diz sim e não. Não é ato de administração ativa. É ato de administração controladora. Logo, o ato controlador não tem a força ou a virtualidade de produzir aqueles efeitos que afinal se instalarão no universo jurídico. A sua força específica e própria é pura e simplesmente a de funcionar como um dique, uma barreira que detém a passagem do fluxo dos efeitos do ato controlado, ou que libera a passagem ou o fluxo desses efeitos. E é claro que em função mesmo desta distinção técnica, alguns sen-

tir-se-ão tentados ou animados a entender que a violação do direito se põe com o ato controlado, e não com o ato controlador.

Sem embargo me parece que não é assim, ou não é aí que se vai resolver o problema da contagem do prazo. Alguns querem distinguir se o controle é um controle de legitimidade ou um controle de mérito. Dizendo que, se é um controle de legitimidade, neste caso, o segundo ato, o controlador, estaria adstrito a deter o fluxo dos efeitos, e se não o detém nesta medida, ele é um ato ilegítimo e portanto poder-se-ia contar o prazo a partir do ato controlador. Porém, em se tratando de controle de mérito, em que o juízo é sobre a conveniência ou oportunidade do ato controlado, a situação seria distinta, porque não haveria, no segundo ato, uma ilegitimidade, um descumprimento da ordem jurídica, já que se tratava única e simplesmente de concordar ou discordar discricionariamente do ato anteriormente praticado. No meu modo de entender, os dois problemas se resolvem num só. E se resolvem num só pela razão de que todo ato, que seja ilegítimo, é necessariamente inconveniente e inoportuno. Que todo ato ilegítimo, do ponto de vista da ciência e do direito, é inconveniente e inoportuno. Assim, o ato controlador de mérito estaria de antemão defrontado com ato ilegítimo e o seu juízo não é meramente de conveniência e oportunidade, porque, ainda que o seja, perante a ordem jurídica nenhum ato é oportuno e conveniente se antecipadamente for ilegítimo, porque a ilegitimidade é a maior das inconveniências em face do sistema normativo. Logo, seja o ato controlador esterilizador de um controle de mérito ou esterilizador de um controle de legitimidade, em ambas as hipóteses nele haveria ilegitimidade, se o ato anterior é ilegítimo. Assim, se estamos ante a hipótese de cabimento de Mandado de Segurança por ofensa ao direito líquido e certo, estamos diante de duas ilegalidades, no ato controlador e no ato controlado. Logo, em sendo assim, poder-se-á impetrar a Segurança contando o prazo a partir do ato controlador, porque é uma segunda ilegalidade. E segunda ilegalidade se realmente ele me der os fluxos de efeitos que agravam o administrado. E poderemos impetrar do primeiro, com vistas ao caráter preventivo do Mandado de Segurança, desde que preenchidos os pressupostos a que aludi inicialmente, uma ameaça, portanto, de um risco real, de que depois fosse tardia a impetração, para fins de proteger, para fins de interceder, de embargar o atingimento da situação subjetiva. Logo, todo esse esforço, todo esse trabalho que aqui simplesmente mencionei, porque tantas vezes se cogita de discriminar se o ato é perfeito, se o ato é válido, se o ato

se o ato é eficaz, se não é eficaz, nada disso tem relevo a serem admitidas, segundo me parece, as premissas inicialmente colocadas.

Para encerrar, quero referir-me a caso em que os nossos tribunais já têm negado a possibilidade de impetração de Segurança. É contra a sanção de lei reputada inconstitucional. Já houve casos de impetrar-se Mandado de Segurança contra a sanção. O que é sanção? É um ato legislativo? É um ato administrativo? É possível buscar distintas categorizações para a iniciativa da lei, para a promulgação da lei, para os atos da lei, para a sanção da lei. Particularmente denomino esses atos, que são imediatamente infraconstitucionais e não infralegais, como a generalidade dos atos administrativos, atos políticos, meramente para diferenciá-los dos atos administrativos. Isto porque são atos praticados em nível de discricção administrativa muito maior, limitada como qualquer discricção, mas muito maior do que a discricção normal dos atos administrativos.

Chamemo-los de atos políticos ou chamemo-los de atos administrativos, como provavelmente pretenderá e pretende a maioria da doutrina, de toda sorte têm em comum, com os atos administrativos, quando menos dois aspectos. São atos concretos e não dirimem controvérsias. Não vejo, pois, em que se diferenciam dos atos administrativos para fins de impugnação. Em qualquer caso em que, preenchidos os demais pressupostos, se pode pressionar uma Segurança contra um ato administrativo, a meu ver também se pode impetrar contra uma sanção. Se essa sanção se revela iminente, se a lei daí advirá vai criar uma situação de constrangimento, por que, em nome de que valor jurídico se vai prostrar a proteção de um direito?

Poderá parecer que essas colocações, que não são originais, sejam um tanto audaciosas e algumas delas discrepem não do sentir de alguns doutrinadores, mas da maioria ou pelo menos de um ponderável número. Mas eu tenho, entretanto, essas justificativas que coloquei anteriormente. Os nossos direitos, em função do Estado de Direito, devem merecer a mais ampla e completa proteção. Não raciocinemos de outro modo, que seria desprimoroso para o brasileiro. Creio que esta seria a correta solução, principalmente porque não podemos perder de vista o país em que estamos. As normas jurídicas são feitas para cada país. Este é um país — e tenho dito isso inúmeras vezes, esta obviedade de que este é um país que não viveu, em toda a sua história, democracia que não entre 1946 e 1964 — que, de 1500 a 1964, não conheceu senão 18 anos de democracia, e isso faz o atestado da prepotência do Executivo, e das nossas autoridades.

PRESIDENTE – Iniciando os debates, dou a palavra ao Professor Sergio Andréa.

PROFESSOR SERGIO ANDREA FERREIRA – A sua exposição se calçou na distinção entre atos jurídicos e atos materiais. Ato jurídico e comportamento material. Não será que, na realidade, onde você vislumbra esse comportamento meramente material, não haverá, por trás dele, atos administrativos, portanto jurídicos, implícitos, tácitos, verbais e assim por diante? E não será também que na realidade toda atividade administrativa é sempre jurídica? Quer dizer, não no sentido do ato jurídico em senso estrito, mas toda jurisdicizada? Então, nesse caso, uma declaração do Presidente da República, uma declaração do Delegado, na realidade compõe o exercício da sua atividade político-administrativa e conseqüentemente é um ato ou um fato, talvez possamos assim considerar, jurídico. Quer dizer, não meramente material ou nunca meramente material.

Em segundo lugar, gostaria de indagar se dentro da sua linha de pensamento, também a minha, quanto ao cabimento do Mandado de Segurança contra a norma jurídica em tese, principalmente as normas proibitivas, se dentro dessa linha de raciocínio caberia o Mandado de Segurança preventivo, quando da apresentação de um projeto de lei que manifestamente fosse inconstitucional, no seu conteúdo, e portanto ainda em plena tramitação, se poderia efetivamente propor o Mandado de Segurança preventivo contra a ameaça da transformação daquele projeto em lei.

Quanto aos atos jurisdicionais, você salientou o problema de servir o Mandado de Segurança para obter, ou não, a suspensividade do recurso. Eu gostaria de saber se a sua opinião é no mesmo sentido da jurisprudência editada aqui no Rio de Janeiro, de que é necessária a interposição do recurso, sem efeito suspensivo, para que não haja preclusão processual, para que se possa depois impetrar o Mandado de Segurança. Se a parte não agrava, ele não poderá impetrar o Mandado de Segurança contra aquele ato.

E finalmente, sem querer também abusar do meu direito, gostaria de indagar quanto ao exemplo das Medidas de Emergência. Se dentro da sua tese, o Mandado de Segurança preventivo seria contra o ato de decretação das Medidas de Emergência, que pela doutrina é considerado um ato político e conseqüentemente até insuscetível, segundo essa orientação, de controle pelo Judiciário, ou se seria contra as medidas efetivamente de execução

desta decretação. Porque aí sim nós teríamos a possibilidade da violação ou da ameaça efetiva de violação. Antecipadamente agradeço a resposta ou as respostas que serão, como sempre, com um brilho inextinguível.

PROFESSOR CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO – Agradeço as perguntas que me fez o meu querido amigo, brilhante administrativista e constitucionalista.

Quanto à primeira: é claro que a noção de ato administrativo não é concorde na doutrina. Eu penso que todo comportamento jurídico, todo e qualquer comportamento jurídico, todo ato jurídico é uma produção material. E todo ato jurídico tende a um resultado material. Logo não é pela materialidade, ou não, do comportamento que se distinguirá um ato jurídico dos chamados atos materiais. Quer dizer, um ato jurídico se substancia num escrito, que é algo material. Substancia-se numa palavra, que é também algo que supõe uma materialidade produtora de vibração sonora. E o seu último destino é a conformação de comportamentos, portanto atos materiais, a uma dada previsão normativa. Logo, realmente eu não distingo, para definir como comportamento material ou não, ato jurídico ou fato jurídico, mera materialidade. Para mim, o que caracteriza o ato jurídico é ser uma *declaração* jurídica. E isto é que faz com que o ato seja jurídico, é ser uma declaração jurídica. Declaração jurídica, que, por ser jurídica promove transformação no Direito. Cria, modifica, altera, declara os fins do Direito. Isto é um ato jurídico. É uma declaração. Para mim não importa se lícito ou ilícito. A definição de ato jurídico como ato lícito, no meu modo de entender, não é uma definição jurídica correta. Até seria um absurdo alguém falar em anulação de ato administrativo, porque não se pode anular o que é lícito. É preciso que seja ilícito, para ser anulado. E o ilícito só é reconhecido como ilícito a partir do momento em que é declarado. Aqui envolvemos outro problema, concepção kelseniana, etc. Porque também não aceito que ato nulo é aquele que não produz efeito. É o que não deveria produzir. Pode produzir efeito durante séculos, se jamais se perceber a nulidade dele. Portanto, é de se deduzir que produz efeito. E se não produziu efeito ninguém se preocuparia também em anular. Poderia provocar uma longa exposição sobre ato, não vou fazer isso. Eu vou pegar só um caso. É certo que a intenção não é ato. O que é intenção ainda não é ato. Se alguém diz: eu vou amanhã determinar que se corte o cabelo das prostitutas, dos homosse-

xuais, de quem quer que seja discriminado, este alguém não praticou ato jurídico algum, sob aspecto nenhum. De sorte que, não tendo praticado um ato jurídico, este é um ato material, porque é simplesmente a enunciação de uma intenção. Eu entendo que o ato jurídico tem suporte material. Mas ele só se converte em ato jurídico quando ele realiza aquilo que a ordenação normativa considere necessária para que ele passe da materialidade, que lhe serve de sucedâneo, à juridicidade, que provém de um certo revestimento, que é o caso da publicidade, segundo os termos que a ordenação jurídica supõe. Para mim um ato praticado, posto na gaveta, mesmo que revelado àqueles que estão em volta, ato jurídico não é. Até porque, se fosse, podia ser descoberto 20 anos depois e haveria uma nomeação ou qualquer coisa do gênero, que se ia reger pela lei do tempo. Logo, para mim, a publicidade é que faz com que um ato se transforme em ato jurídico. Logo, nesse primeiro caso, o exemplo que dei seria seguramente um comportamento material. Não seria um ato jurídico. Seria, ou não, um fato jurídico. O que me parece que deve importar, para fins de Mandado de Segurança, não é o qualificá-lo como fato jurídico. Mas é o ser um comportamento, bastante por si mesmo para permitir a intelecção de que a ele sucederá uma conduta gravosa a alguém, porque não se poderá deter essa conduta gravosa sem a impetração da Segurança. Por isso, o mero projeto de lei, a meu ver, não poderia ser impugnado por Segurança, porque o pressuposto que coloquei de logo, inicialmente, que eram dois os elementos a serem tomados em conta (um comportamento que configure uma ameaça e em segundo lugar, inexistência de tempo hábil para alguém impetrar a medida que detenha o comportamento), não incide, eis que seguramente haverá tempo hábil, para tentar trancar seus efeitos.

Quanto ao problema de dever-se ou não ingressar com o recurso próprio, a meu ver deve-se ingressar com o recurso próprio. E deve-se ingressar com recurso próprio menos porque eu considere um requisito necessário à impetração da Segurança, mas por outro motivo. Para responder se eu o considero um pressuposto da interposição da Segurança, eu teria que solver esta dúvida tormentosa para mim; se cabe Segurança, contra coisa julgada. E esta realmente é uma resposta que eu não tenho ainda. Portanto, por um dever de honestidade científica, eu devo dizer que não tenho resposta, com convicção real, para lhe dar. E sempre que a gente está nos casos de dúvida, a primeira tendência é manter a posição mais conservadora. Portanto, eu ainda

ficaria, por força dessa irremissível dúvida, na posição conservadora de entender que deveria entrar com recurso próprio.

Quanto ao problema dos atos políticos, eu rejeito veementemente a tese de que um ato político é insuscetível de controle jurisdicional. Entendo que não há ato, de espécie alguma, insuscetível de controle jurisdicional em nosso sistema normativo, com exceção dos próprios Atos Institucionais, porque entendo que os atos complementares, e os com base nos institucionais, são controláveis jurisdicionalmente. Porque o texto constitucional diz “com base neles”. Eu tenho que presumir que é a base jurídica, porque os Atos Institucionais se propuseram a ser uma fonte de validade da ordenação normativa. E como eles se propuseram a ser uma fonte de validade de ordenação normativa, os atos praticados com base em Ato Institucional, ou se conformam ao Ato Institucional, ou então não estão apoiados nele, e portanto não têm base. E não tendo base podem ser examinados. Aliás, se não entendesse assim, eu teria que entender que o que se permitiu, na verdade, foi que fossem editados sucessivos Atos Institucionais sem esse nome, porque qualquer outro ato, que não se pudesse aferir à consonância dele com o Ato Institucional, era um novo Ato Institucional. Em respeito, portanto, às intenções da norma, eu diria, que não há no sistema brasileiro, salvo os Atos Institucionais, atos que não sejam controlados.

O ato político, dizia o meu pai, no seu “Princípios Gerais de Direito Administrativo”, é na verdade o último bastião do autoritarismo, que se pretende inserir, intercalar sem espaço para tanto, dentro do regime que se propõe a ser ou que se declara ser o Estado de Direito. Então, não teria nenhum constrangimento de ordem jurídica, em sustentar que as Medidas de Emergência, como atos jurídicos que são (para mim ato político é apenas um nome que percebo carregado de conotações desairosas, mas um nome para exprimir de algum modo certas decisões de grande importância política) são controláveis, como outro qualquer ato. Volto sempre à colocação inicial, que eu acho que é a colocação chave do meu ponto de vista. Alguns querem privilegiar a irrestaurabilidade do dano. Não é um problema da irrestaurabilidade do dano. Nada tem que ver. Nem ao menos isso diz, a meu ver, com a liminar. O texto legal fala do risco de resultar ineficaz a impetração. É isto que o texto diz. Não é problema da irrestaurabilidade. É o problema de se tornar inexecutável, em termos práticos, a defesa prévia do Direito, a proteção do Direito. Este é o meu parâmetro.

Não há dúvida, alguns comportamentos materiais são atos jurídicos implícitos, sem a menor dúvida. Eu não aceito, na verdade, o silêncio como ato administrativo. Mas os comportamentos implícitos, para mim, são atos administrativos. Uma categoria peculiar. Quando nós estudamos os atos administrativos, estudamos a forma. E esses não têm a forma prevista. São atos administrativos com uma categoria peculiar. Mas são atos administrativos que trazem no seu bojo uma declaração, implicitamente. Sobre tudo eu peço uma coisa, requeiro, digamos, um terreno e o Poder Público entrega a outro. Há implicitamente a negação do meu pedido. Aceito os atos implícitos. A materialidade do ato não significa implicitude, mas da materialidade do ato pode derivar implicitude.

PRESIDENTE — Concedo a palavra ao Professor Geraldo Ataliba, que também me pediu.

PROFESSOR GERALDO ATALIBA — Eu gostaria de ser rápido.

Eu folguei muito em ouvir, na aula do Professor Celso, a afirmação de que não tem cabimento interpretar-se a Constituição à luz da lei. É uma formulação propedêutica do Direito e nada novidadeira. O Juiz Marshal, que foi Presidente da Suprema Corte dos Estados Unidos, já dizia isso com todas essas letras.

Não tenho dúvida de que o Professor Celso Antônio aceita a idéia, esta no Brasil bastante inovadora, de que a Constituição é a lei das leis, lei superior, lei sagrada, lei suprema, à qual se devem subordinar, não só todos os atos praticados por toda e qualquer autoridade, como também a própria legislação. Dadas essas premissas, uma metodológica e outra de conteúdo científico, eu perguntaria — isto é uma curiosidade — por que razão perdeu tanto tempo o conferencista em estabelecer distinções baseadas em tecnicidades pedestres, para usar a própria adjetivação do conferencista, entre o ato administrativo condicional e insuficiente e o ato de aprovação ou de homologação, tão irrelevantes quanto os tecnicismos processuais que têm prejudicado a aplicação da Constituição nesta matéria. Porque a única razão, a meu ver, para a perda de tempo nossa e a do conferencista em buscar distinguir um do outro lado, para efeito de limitar-se o Mandado de Segurança, será para contar algum prazo, não vejo outro motivo. E eu pergunto, que prazo é esse? Porque se eu leio na Constituição (e volto à premissa material, a Constituição é a lei suprema, é a

lei das leis, a lei sagrada, a lei superior e todos, autoridades administrativas e executivas e muito principalmente as leis são subordinadas à Constituição) “dar-se-á Mandado de Segurança toda vez que...”, pergunto se alguma lei, se alguma disposição inferior à Constituição, pode estabelecer algum prazo para que o “dar-se-á” não se dê mais? Se isto fosse possível, o que seria a subversão, então caberia discutir qual é o momento em que se começa a contar o prazo para não se dar mais. Mas como não é possível haver um instante em que não se dê mais, porque seria negar a Constituição, não vejo razão para essa perda de tempo.

PRESIDENTE – Um esclarecimento antes de o Prof. Celso responder. Não se impressionem. Essa hostilidade convive há 47 anos. Nasceram juntos, criaram-se juntos, têm escritório juntos. De forma que aqueles que não os conhecem é que podem se impressionar com este fato. Eu o digo, porque há uns dez anos ou doze eu passei por um impacto semelhante. Fomos a Curitiba e de repente eu vi duas pessoas se interrogando acremente, e eram esses dois mestres que aqui estão. Na época, Geraldo era até o Reitor da Universidade Católica de São Paulo (e eu disse que jamais havia visto um Reitor ter esse tipo de comportamento) e o Celso era Vice-Reitor. Esse ponto me foi esclarecido com a palavra de ponderação do nosso querido Seabra Fagundes, que disse que as coisas nunca são como aparentemente se põem. Então, isso não é novidade. Isso é uma rivalidade amorosa.

PROFESSOR CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO – O Professor Geraldo Ataliba, na verdade, valeu-se dessa pergunta, com a argúcia que lhe é peculiar, para colocar um outro tema, porque o pressuposto do tempo que tivesse sido perdido, na verdade era o de que não há prazo para a impetração da Segurança. E que a lei jamais poderia estabelecer uma limitação de prazo. Eu conheço esse ponto de vista do Professor Geraldo Ataliba. É difícil um ponto de vista dele que eu não conheça. Eu sabia que o Professor Geraldo se sente profundamente incomodado quanto ao fato de a lei estabelecer um prazo para impetrar Mandado de Segurança. Mas de algum modo, eu me sinto justificado pela circunstância de que eu não centrei esta posição, por muito importante que seja a pessoa do Professor Geraldo Ataliba, não centrei nele, mas centrei naquilo que se passa no Brasil. E sei que realmente ninguém discute, ou quase ninguém discute a existência desse prazo, e os nossos tribunais

o dão por legítimo etc. Logo, foi ao lume não apenas da lei, mas da inteligência geral, comum, freqüente, de que existe realmente um limite legal para o uso da via da Segurança. Por isso é importante saber quando começa a correr o prazo. Assim que vingue a tese do Professor Ataliba, eu prometo, nunca mais, numa exposição sobre Mandado de Segurança, referir-me a essa questão de prazo, a essa questão do ato controlador ou ato controlado, para o fim de contar prazo. Mas eu acho que é uma colocação interessantíssima essa do Professor Geraldo Ataliba. O item em desfavor dela, penso eu, entretanto, é um argumento que não ousou dizer que é decisivo, mas que é um argumento de peso. O Mandado de Segurança é notoriamente uma providência que se propõe a ser célere, na defesa do Direito. Ora, o prazo que a lei concede não é um prazo tão mesquinho assim. Se não houver início, eu poderei impetrar uma Segurança, enquanto não prescrito o direito, digamos. E isso se pode protrair por muito tempo. De sorte que acho que esta é uma razão ponderável para que exista efetivamente um prazo e a lei não esteja desbordando, digamos assim, dos limites possíveis. Não esteja se incompatibilizando com a natureza do Mandado de Segurança. Acho que este é um argumento muito ponderado.

Por esta razão, creio que já se pode falar um pouco em ato controlador e ato controlado, ainda que isso moleste os sensíveis ouvidos e a sensibilidade jurídica do Professor Geraldo Ataliba.

DIREITO LÍQUIDO E CERTO. DECADÊNCIA

Carlos Mário Velloso

O tema que nos foi distribuído pode se esgotar com poucas palavras, mas também poderá se estender até para lá do tempo.

Não custa um pouco de história a respeito do Mandado de Segurança. A idéia de Constituição, que surge na segunda metade do século XVIII, tem como força matriz e motriz a limitação do poder, no sentido de que cumpre ao Estado reconhecer a liberdade e a autonomia ou os direitos individuais. E como garantia desse respeito, consagra-se a Doutrina de Montesquieu, da Separação dos Poderes.

A Declaração de 1789 expressa, no seu art. 16, essa posição, ao prescrever que toda a sociedade, na qual não está assegurada a garantia dos direitos nem determinada a separação dos poderes, não tem constituição. Cedo, todavia, perceberam os povos que não bastam as declarações de direito. É necessária a existência de mecanismos que tornem efetivos tais direitos, assim fazendo real a limitação do poder. Surge, então, a idéia das garantias do direito individual, que consubstanciariam os remédios jurídicos contra a violação de direitos.

Ao Poder Judiciário, na Doutrina de Montesquieu, cumpre contenciosamente dizer o direito diante do caso controvertido, para o fim de proporcionar a tutela jurisdicional.

É fácil perceber que o Judiciário haveria de colocar-se como a maior dessas garantias, bastando a criação de medidas judiciais, que seriam utilizadas pelos indivíduos.

Menciona, a propósito, Dalmo de Abreu Dallari que a proteção deveria vir através do Poder Judiciário. Nessa idéia de proteção, através de medidas judiciárias, concretas e eficazes, é preciso considerar duas coisas: em primeiro

lugar, em que consistem os direitos declarados? Quais são esses direitos? Qual a sua significação? E a par disso, é necessário ainda verificar quais os meios legais que asseguram a preservação e exercício daqueles direitos.

Nessa ordem de idéias, sobressai como garantia constitucional de direitos o remédio de Direito Constitucional, o Mandado de Segurança, que a Constituição Brasileira consagra no Art. 153, § 21.

Foi através da prática do *habeas corpus*, que visa precipuamente assegurar o direito de locomoção, que chegamos ao Mandado de Segurança. Esse notável instituto, que não merecera menção na Constituição Imperial de 1824, sendo tratado na legislação infraconstitucional (Código Penal do Império, de 1830 e Código Processual Criminal de 1832), foi incluído na Constituição Republicana de 1891, que estabeleceu, no seu art. 72, § 22: dar-se-á *habeas corpus* sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência, coação ou ilegalidade, ou abuso de poder. Nas palavras da Constituição de 1891, ao *habeas corpus* não se deu a conotação de remédio assegurado da liberdade de locomoção.

Com a Lei nº 221, de 20 de novembro de 1894, que organizou a Justiça Federal, foi instituída uma ação sumária, que poderia ser promovida contra autoridades administrativas da União. Aliás, a partir daí instaura-se, na História Republicana Brasileira, o Contencioso Administrativo, praticado por tribunais do Poder Judiciário. Infelizmente tentou-se quebrar essa tradição republicana. Mas em boa hora a consciência jurídica nacional o repleu. Esta lei instituiu uma ação sumária então, repito, que poderia ser promovida contra autoridades administrativas da União, para a invalidação de atos lesivos de direitos individuais. Essa ação, todavia, foi pouco utilizada, revelando-se mesmo ineficiente. Os interditos possessórios é que por essa época eram muito utilizados na defesa de direitos pessoais. Mesmo porque o Poder Legislativo ampliou o raio de ação do interdito proibitório e do de manutenção de posse, à defesa de contribuintes pela cobrança ilegal de certos tributos. Essa defesa de direitos individuais se fazia entretanto de forma superior através do *habeas corpus*, já que o Supremo Tribunal emprestava interpretação liberal ao art. 72, § 22 da Constituição. Para isso concorria o gênio de Rui Barbosa que, em discursos proferidos no Senado, deu as linhas de sua doutrina. Referindo-se ao art. 72, § 22, da Constituição Republicana de 91, lembrava que o dispositivo constitucional não mencionava prisão. Tão pouco fala em constrangimentos corporais. E acrescentava: fala-se amplamen-

te, indeterminadamente, absolutamente, em coação e violência. De modo que, onde quer que surja a violência ou a coação, está estabelecido o caso constitucional do *habeas corpus*. Quais são os meios indicados? Quais são as origens da coação e da violência que devem concorrer para que se estabeleça o caso legítimo de *habeas corpus*? Ilegalidade ou abuso de poder, respondia Rui. Se de um lado existe a coação ou a violência, e de outro a ilegalidade ou o abuso de poder, se a coação ou a violência resulta da ilegalidade ou o abuso de poder, qualquer que seja a violência, qualquer que seja a coação, desde que resulte de abuso de poder, seja ele qual for, ou de ilegalidade, qualquer que ela seja, é inegável o recurso ao *habeas corpus*. E definido coação e violência, deixava claro seu entendimento no sentido de que o *habeas corpus* não ficava circunscrito aos casos de prisão ou de constrangimento corporal, mas se estendia aos casos em que qualquer direito estivesse ameaçado ou impossibilitado do seu exercício, em razão de um abuso de poder ou de uma ilegalidade. A palavra de Rui merece ser transcrita:

“Srs. Senadores (dizia Rui), que é que se chama coação? Que é que se denomina a violência? Coação, definirei eu, é a pressão empregada em condições de eficácia contra a liberdade no exercício de um direito, qualquer que este seja, desde que, no exercício de um direito meu, qualquer que ele fosse, intervém uma coação externa sob cuja pressão eu me sinto embaraçado, tolhido, para usar desse direito, na liberdade plena do seu exercício: estou debaixo daquilo que em direito se considera coação. E violência? Violência é o uso da força material ou moral. Debaixo de qualquer das duas formas, em grau eficiente para evitar, contrariar ou dominar o exercício do meu direito.”

A verdade é que Pedro Lessa se opunha à amplitude dessa interpretação, subordinando o deferimento do *habeas corpus* à liberdade corpórea; para ele, se era certo que o *habeas corpus* poderia ser invocado em defesa de direitos outros que não só o da liberdade de locomoção, não menos verdadeiro é que era indispensável que esses direitos só pudessem ser exercidos, assegurando-se a liberdade corpórea.

O Supremo Tribunal, todavia, foi além, mesmo porque não o impedia a Constituição de 91, convindo dizer, que o direito individual proclamava

proteção imediata diante do abuso de poder das autoridades administrativas. O instituto do *habeas corpus*, entretanto, considerado na sua feição histórica original, deformava-se.

A reforma constitucional de 26 impôs limites ao *habeas corpus*, passando o art. 72, § 22 da Constituição a ter a seguinte redação: “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”. A limitação do *habeas corpus* tornou evidente a necessidade da criação de instituto adequado à proteção de direito individual, no caso de a autoridade proceder com ilegalidade ou abuso de poder.

Em verdade, a Doutrina Brasileira do *Habeas Corpus*, construída no Supremo Tribunal, oferecia aos legisladores contornos da medida judicial capaz de efetivar a proteção.

Em 26, Dirceu Pires apresenta projeto criando mandado de proteção ou de restauração, inspirado no *Writ of Mandamus* e no *Writ of Injunction* do Direito anglo-americano, no Recurso de Amparo do Direito mexicano e na Doutrina Brasileira do *Habeas Corpus*. O projeto, entretanto, não vingou. Na Assembléia Constituinte, que votava a Constituição de 34, João Mangabeira apresenta projeto de criação do Mandado de Segurança para a garantia efetiva do Direito Individual. A Assembléia acolhe o projeto e a Constituição de 34, art. 113, item 33, passa a prescrever: “dar-se-á Mandado de Segurança para a defesa de direito certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade”. A partir daí, então, passou o Direito Constitucional Positivo Brasileiro a contar com dois remédios. Um, o *habeas corpus*, para a proteção do direito de locomoção. Outro, o Mandado de Segurança, para a defesa do direito certo e incontestável.

Em 36, é votada a Lei 191, de 16 de janeiro de 1936, que regulou o Mandado de Segurança. Na Carta Política de 37 olvidou-se, compreensivelmente, o Mandado de Segurança. Esse, entretanto, continuou sendo aplicado, tendo em vista a Lei 191 de 1936 e o CPC de 39, que dele havia cuidado.

A Constituição de 46, que veio com a redemocratização do país, novamente deu ao instituto o caráter de garantia constitucional. De lá para cá a situação não se modificou. Ainda sob o pálio da Constituição de 46, surgiu a Lei 1.533, de 31 de dezembro de 51, que passou a regular, em nível infraconstitucional, o instituto do Mandado de Segurança. Seguiram-se as Leis 2.570, de 4 de maio de 1956, que suprimiu a concessão de medidas liminares

para a liberação de mercadorias, bens ou coisas procedentes do estrangeiro; 4.166, de 4 de dezembro de 72, que introduziu uma alteração na Lei 1.533; 4.348, de 26 de junho de 1964, estabelecendo normas processuais relativas ao Mandado de Segurança e fixando prazo para as liminares; 4.862, de 29 de novembro de 1965, que alterou o prazo da liminar concedida contra a Fazenda Nacional; e 5.021, de 9 de junho de 1966, que dispôs sobre o pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias asseguradas ao servidor público, em sentença concessiva do *Writ*.

Temos, então, nesse quadro do Direito Positivo a garantia de Direito Constitucional, que é o Mandado de Segurança a completar, neste ano de 1984, 50 anos.

Garantia Constitucional de Direitos Individuais, remédio constitucional que visa a proteger categoria especial do Direito Público Subjetivo. Garantia Constitucional Civil, remédio de Direito Constitucional, para os males da prepotência. Tem o Mandado de Segurança por objeto a correção de atos: ato comissivo ou ato omissivo de autoridade, desde que ilegal e abusivo do poder. Qualquer ato de autoridade, pois, ilegal ou abusivo do poder, violador de direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus*, sujeita-se à censura judicial, através do Mandado de Segurança.

Nos primórdios do Mandado de Segurança chegou-se a entender que direito líquido e certo fosse aquele que não demandasse maiores considerações ou que não ensejasse dúvida sob o ponto de vista jurídico, ou que não oferecesse complexidade, que fosse de fácil interpretação, com aquela expressão que ficou famosa: *direito translúcido*, que de vez em quando ainda é utilizada. O direito translúcido, evidente, acima de toda dúvida razoável, apurado de plano, sem detido exame nem laboriosas cogitações, o que levou Castro Nunes a afirmar que, entendidas as palavras do texto constitucional, só as questões muito simples estariam ao alcance do Mandado de Segurança. Critério realmente simplista e subjetivo, pois a questão que parecesse simples a um Juiz, difícil e complicada poderia ser para outro menos enfronhado no assunto.

A partir da Constituição de 1946, entretanto, evoluíram a doutrina e a jurisprudência, fixando-se, então, critério objetivo para a determinação de direito líquido e certo. Condição constitucional da ação sumaríssima do Mandado de Segurança, pressuposto do Mandado de Segurança, o conceito pois de direito líquido e certo, segundo o Professor Celso Barbi, é a pedra de

toque, a chave da abóbada de todo o edifício. Motivo por que se toma, de todo em todo, necessário caracterizá-lo com absoluta nitidez.

Segundo Barbi, quem por primeiro conseguiu fazer impecável construção, e a demonstrou com inexcedível clareza, foi o Ministro Costa Manso, que afirmou os princípios que são hoje os correntes nos tribunais. No voto que proferiu no Mandado de Segurança nº 333, em 9 de dezembro de 1936, há portanto 48 anos, disse o Ministro Costa Manso: “o fato certo será o Direito, porque certa sempre é a lei”. Com o que não concordou, em parte, Castro Nunes, ao dizer que mudava os termos da questão, pois lhe parecia correto que certo será o direito, se for certo o fato e o fundamento legal, situando-se, pois, a crítica no segundo elemento ou no fundamento legal na apreciação da ilegalidade do ato impugnado. Para Castro Nunes, sendo obscura a lei ou ensejando mais de um entendimento razoável, não seria possível compelir a autoridade a praticar ou a abster-se de praticar atos de sua função.

Presente o texto da Constituição de 34, que mencionava expressamente “ato manifestamente inconstitucional ou ilegal”, art. 113, nº 33, talvez tivesse fundamento a crítica de Castro Nunes. A partir da Constituição de 46, todavia, que suprimiu a palavra *manifestamente*, limitando-se a mencionar ilegalidade ou abuso de poder, não teria mais procedência a crítica. Vale, pois, a lição do Ministro Costa Manso, proferida há 48 anos. Atualíssima, que vale mencionar. Dizia o Ministro Costa Manso: “entendo que o art. 113, nº 33 da Constituição, empregou o vocábulo direito como sinônimo de poder ou faculdade decorrente da lei ou norma jurídica de Direito Subjetivo. Não aludiu à própria lei ou norma de Direito Objetivo”.

O remédio judiciário não foi criado para a defesa da lei, em tese. Quem requer o Mandado defende o seu direito... subjetivo; o direito da parte é constituído por uma relação entre a lei e o fato. A lei, porém, é sempre certa e incontestável. A ninguém é lícito ignorá-la. E com o silêncio, a obscuridade, a indecisão, não se exime o Juiz de sentenciar ou de despachar. Então, se exige prova do direito estrangeiro ou de localidade, isto mesmo, se não for notoriamente conhecido. O fato é que o peticionário deve tornar tudo certo e incontestável, para obter o Mandado de Segurança.

O direito será declarado e aplicado pelo Juiz, que lançará mão dos processos de interpretação estabelecidos pela ciência para esclarecer os textos obscuros ou harmonizar os contraditórios. Seria absurdo admitir se declare o Juiz incapaz de resolver litígio, sob o pretexto de haver preceitos legais com-

plexos ou de inteligência difícil ou duvidosa. Desde, pois, que o fato seja certo e incontestável, resolverá o Juiz a questão de direito, por mais intrincada e difícil que se apresente para conceder ou denegar o Mandado de Segurança. Assim, o direito líquido e certo, digo eu, são os fundados em fatos incontroversos, fatos incontestáveis. Incontroversos os fatos, ao Juiz caberá resolver a questão do direito. Se concluir que a regra jurídica, incidindo sobre aquele fato, configura um direito da parte, haverá um direito líquido e certo, haverá então concessão do Mandado de Segurança. Aliás é interessante estabelecer estas duas fases: a fase do cabimento e a fase da concessão. Até a primeira fase, só examinamos se os fatos são mesmo incontroversos. Incontroversos, cabe o Mandado de Segurança. Os fatos então, que dariam nascimento ao direito, podem ser examinados. Vamos fazer incidir sobre eles a norma. Incidindo a norma, se entender o Juiz que há direito líquido e certo, concede-se a Segurança.

O Tribunal Federal de Recursos, em acórdão de 20 de junho de 1953, assentou, de forma lapidar, o conceito de líquido e certo, ao decidir assim: “a liquidez e certeza do direito não decorrem de situações de fato ajustadas com habilidade, mas de sua apresentação extrema de dúvidas, permitindo ao julgador não só apurá-lo, como verificar a violência praticada”. Então, estabelecido fica que o conceito de líquido e certo situa-se nos fatos. Haverá direito líquido e certo, pressuposto da ação de Segurança, do cabimento da ação, se os fatos forem incontroversos. É importante, portanto, examinar um tema: a prova no Mandado de Segurança. A questão é relevante, por isso que, conforme já falamos, o direito líquido e certo é condição da ação, e o direito líquido e certo é o que resulta de fatos incontroversos. Por isso, leciona Castro Nunes: “o pedido deve vir desde logo acompanhado dos documentos necessários à prova do alegado”.

Não se pode admitir que o impetrante ingresse em juízo para fazer, no curso sumaríssimo do Mandado de Segurança, em que não há dilação, a prova das suas alegações; esta deve ser, aqui, sempre, prova preconstituída e sempre documental. A prova há de ser documental e os documentos comprobatórios do fato não podem padecer de dúvida. Se fossem impugnados de falsos, não seria possível a instauração do incidente de falsidade. Nesse caso não se poderia falar mais em direito líquido e certo. De regra, os documentos devem acompanhar a inicial. É a regra do Código de Processo, art. 396. Excepcionalmente, em obséquio ao princípio de que à justiça interessa tão só a verdade,

e presente a teoria publicística do processo, entende-se ser sua finalidade fazer atuar o Direito objetivo, no sentido de que a jurisdição tem por escopo a manutenção da Ordem Jurídica. Por isso, tem-se permitido, observadas essas peculiaridades e em caráter excepcional, a juntada de documentos até após às informações. Logo, os documentos que reforçam a inicial é que servem para ilidir o argumento da autoridade coatora. Aqui o Juiz age como o varão, como representante do Estado, que tem interesse, mais do que o particular, em realizar a justiça, presentes as coordenadas da teoria publicística do processo, teoria objetiva.

O Professor Moura Rocha, recentemente, classificou isso de exagero, quando preconiza poder o Juiz requisitar o processo administrativo, verificar no processo administrativo o que ocorreu. Nós somos homens. O Juiz é um homem. O Juiz é um homem que vê televisão, que lê jornais, que vai a enterro, que vê desfile de Escola de Samba. O Juiz é um homem que participa. Quantas e quantas vezes vislumbramos, nas frias folhas de um processo o ranço da perseguição, perseguição política, ou que nome tenha? E por que não, um representante do Estado, investido de função jurisdicional, buscar a verdade? Por que servir ele de instrumento? De sorte que, como Juiz, já escrevi, já permiti a juntada de documentos, logo depois das informações. Já requisitei o procedimento administrativo e fiz justiça. Fiz o que o Estado, que eu representava, devia fazer.

A Lei do Mandado de Segurança, Lei 1.533, de 1951, parágrafo único do art. 6º, prevê a hipótese de se achar em estabelecimento público, em poder de autoridade, que se recuse a fornecer, por certidão, o documento necessário à prova do alegado. Em tal caso, o Juiz ordenará preliminarmente, por ofício, a exibição desse documento original ou em cópia autêntica e marcará, para o cumprimento da ordem, o prazo de 10 dias. Se a autoridade, que tiver procedido dessa maneira, for a própria coatora, a ordem far-se-á no próprio ofício, que requisita as informações. Art. 6º, parágrafo único, com a redação da Lei 4.166, de 1962. A questão, no particular, encontraria solução no Código de Processo, art. 355 a 363, com a disposição inscrita no art. 153, § 35 da Constituição.

Segundo o magistério de Barbi, o princípio estabelecido no art. 333, do Código de Processo, fará a distribuição do ônus da prova no Mandado de Segurança. Mas a falta de contestação, ou sua intempestiva apresentação, não implica em *ficta confessio*, dos fatos alegados pelo autor, já que a regra do

art. 319 não é passível de aplicação em procedimentos regidos por leis especiais e que, por suas características, não se coadunem com aquele princípio. A aplicação seria possível, somente mediante norma expressa. E essa tem sido a jurisprudência imperativa do Tribunal Federal de Recursos, na esteira mesmo do entendimento da Corte Suprema, no sentido de que a falta das informações não produz confissão. Mas o Tribunal Federal de Recursos tem entendido também, não obstante não representar confissão, deve o feito prosseguir de imediato, findo o prazo dos dez dias para as informações, porque há autoridades administrativas que entendem que o prazo de dez dias deve ser prorrogado, enfim, que o processo deve subordinar-se a seus caprichos. O Tribunal repeliu isto. Não vindo as informações prosseguirá o processo de Mandado de Segurança.

Parece-nos correta a explanação do eminente Professor mineiro, mesmo porque a condição da Segurança é o direito líquido e certo. O direito líquido e certo, repita-se, é o que deflui de fatos incontroversos. Assim, com a inicial devem os fatos ser provados documentalmente.

Ainda há outras consequências. Por exemplo: a Lei do Mandado de Segurança, a Lei 1.533, de 1951, art. 5º, item 3º, dispõe que não se dará Mandado de Segurança quando se tratar de ato disciplinar, salvo quando praticado por autoridade incompetente ou com inobservância de formalidade essencial. E com base nesse dispositivo tem-se entendido, num entendimento que considero distorcido da realidade constitucional, que, em se tratando de ato disciplinar, examinará o Juiz, primeiro, se a autoridade foi competente; segundo, se não se descumpriu uma determinada formalidade essencial. A doutrina e a jurisprudência, de modo geral, têm encarado a questão sem considerações mais profundas.

Barbi diz: "exclue-se, porém, expressamente do âmbito do Mandado de Segurança o ato disciplinar, salvo quando praticado por autoridade incompetente ou com inobservância de formalidade essencial". E de tal lição não destoava o eminente publicista Hely Lopes Meirelles.

Ultimamente o Tribunal Federal de Recursos tem enfrentado essa questão com grande altaneria, com galhardia mesmo. Julgo que o tem feito bem. Ora, a Constituição Federal estabelece, sem roupagens: "conceder-se-á o Mandado de Segurança para proteger o direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus*, contra ato de qualquer autoridade, marcado por ilegalidade ou abuso de poder". Os pressupostos do Mandado de Segurança, pois, os quatro

pressupostos, desde que ocorrentes, acho, não pode a lei infraconstitucional, a lei ordinária estabelecer outros obstáculos.

Mestre Seabra Fagundes, na sua obra prima, *O controle do ato administrativo pelo poder judiciário*, nos ensina que o ato administrativo se compõe de elementos. Esses elementos, motivação, objeto, forma e finalidade, hoje são de Direito Positivo.

O legislador brasileiro, na lei que regulamenta a Ação Popular, Lei 4.717, de 29 de junho de 1965, apresenta uma visão orgânica da ilegalidade ao estabelecer que são nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de incompetência, vício de forma, ilegalidade do objeto, inexistência dos motivos e desvio de finalidade. Assim, o Direito Positivo brasileiro codificou aquilo que vinha da doutrina, que há pouco eu mencionava, os elementos do ato administrativo. Ora, inexistente um desses elementos, que hoje são de Direito Positivo, não seria possível ao Poder Judiciário entender válido o ato administrativo. Quantas e quantas vezes o ato disciplinar peca por estar viciado num desses elementos. Modifica-se, então, esse ato administrativo. Assim, acho que não seria possível a Lei 1.533 delimitar o uso do Mandado de Segurança, do modo como limita, tratando-se de ato disciplinar.

O Professor Hely Lopes Meirelles, já em edições mais novas da sua obra preciosa *Mandado de segurança e ação popular*, entende assim, nos termos como acabo de expor. E o Tribunal Federal de Recursos em jurisprudência iterativa assim tem decidido, sendo Relatores diversos de seus Ministros. O *leading case* do TFR é o Mandado de Segurança impetrado em 1978 ou 1979, pelo General Hugo Abreu. O Tribunal Federal de Recursos conheceu do Mandado de Segurança impetrado por aquele militar, contra ato do Ministro do Exército. E examinou o ato disciplinar em todos os seus elementos.

Em particular, essa corrente não está muito de acordo com a jurisprudência da Corte Suprema. Mas assim, a partir desses desacordos, estamos, advogados e juízes, a construir um novo Direito para o Brasil.

Outra consequência: a partir do momento em que afirmamos que, desde que haja direito líquido e certo, é possível o uso do Mandado de Segurança, então há uma outra questão interessante a ser examinada: o Mandado de Segurança contra ato judicial. É que a Lei 1.533, no art. 5º, estabelece que não se dará Mandado de Segurança quando se tratar de despacho ou decisão judicial, desde que haja recurso previsto nas leis processuais ou possa ser modifi-

cado por via de correição. O Supremo editou a Súmula 267: “não cabe Mandado de Segurança contra ato judicial, passível de recurso ou correição”. E a Súmula 268 também está nessa linha: “não cabe mandado de segurança contra ação judicial com trânsito em julgado”. Juristas do maior porte sustentam radicalmente o descabimento do Mandado de Segurança contra despacho judicial, nessa linha.

Luiz Eulálio de Bueno Vidigal, por exemplo, entende só caber Mandado de Segurança contra ato de autoridade judicial, quando tipicamente administrativo.

O próprio Professor Barbi, que é um dos grandes comentadores modernos do Direito do Mandado de Segurança, perfilha idêntica opinião.

Outros, tendo presente o dispositivo constitucional que erige o *Writ of mandamus* em categoria de direito individual, remédio de Direito Constitucional, e tendo em linha de conta que o texto da lei maior é expresso no conferir a garantia contra ato ilegal ou abusivo do poder praticado por qualquer autoridade, sem exceção, pugnam pelo cabimento do remédio heróico contra ato judicial. E o fazem também de forma radical. Um exemplo disso: o processualista baiano Calmon de Passos, que sustenta o Mandado contra decisão judicial, mesmo existindo recurso próprio, com efeito suspensivo, desde que este não tenha sido interposto. No Tribunal Federal de Recursos há um eminente Ministro, que é também um eminente Professor de Direito Processual, que tem uma opinião parecida. É o eminente Ministro Bueno de Souza.

A tendência da jurisprudência, modernamente, é no sentido da admissibilidade da Segurança contra decisões judiciais em geral, observadas todavia certas condições.

Ato Judicial de que caiba recurso com efeito suspensivo: aí não caberia Mandado de Segurança. Por quê? Porque, interposto o recurso com efeito suspensivo, o ato deixa de ser operante e exequível: então não haveria possibilidade para o Mandado de Segurança. Se a parte não recorreu, então há preclusão. Em certos casos até seria de se aplicar a Súmula 267. Interessante que o eminente Ministro Bueno de Souza, até neste caso entende caber o Mandado de Segurança. A opinião de S. Exa. me parece bastante interessante, mais constitucional do que processual.

Ato Judicial de que caiba recurso sem efeito suspensivo. Aqui está a questão. A Corte Suprema e o Tribunal Federal de Recursos têm firmado uma

doutrina, através de uma jurisprudência, que é iterativa a esta altura, no sentido de conceder, desde que haja possibilidade de dano irreparável — e a esse o Tribunal Federal de Recursos faz outro acréscimo, que não está na jurisprudência do Supremo Tribunal: que o recurso tenha sido usado. E tem razão também sob o ponto de vista processual, além do aspecto político, de evitar plethora de Mandados. É que, não tendo havido recurso, haverá preclusão. E de outro lado, não seria razoável substituir-se o recurso pelo Mandado de Segurança. Mesmo porque o recurso também é julgado pelo Poder Judiciário e aí não poderíamos falar em negativa de tutela jurisdicional.

Tem sido neste sentido a jurisprudência do Tribunal Federal de Recursos, que exige um pouco mais que a jurisprudência da Corte Suprema.

Agora chego à decadência do direito à ação mandamental. A Lei 1.533, todos sabemos, estabelece no art. 18 que o Mandado de Segurança deverá ser exercitado no prazo de 120 dias. O prazo assentou-se, na doutrina e na jurisprudência, como de decadência. Há opiniões no sentido de que é de prescrição. Sendo de decadência, iniciado não se interrompe, nem se suspende. Conta-se a partir da data em que o ato se torna operante e exequível, isto é, a partir do momento em que é apto a produzir a lesão. Na contagem do prazo deve ser observada a regra geral do CPC, art. 184, § 1º. E segundo, vale dizer, computar-se-á o prazo com exclusão do dia do começo e incluindo o do vencimento, considerando-se prorrogado o prazo até o primeiro dia útil, se o vencimento cair em feriado ou em dia em que for determinado o fechamento do Fórum ou o expediente for encerrado antes da hora normal. Começa o prazo a correr a partir do primeiro dia útil após a ciência.

O Supremo Tribunal enunciou, em Súmula, que o pedido de reconsideração na via administrativa não interrompe o prazo para o Mandado de Segurança. É a Súmula 430. É preciso, entretanto, distinguir. Há pedidos de reconsideração que constituem autênticos recursos administrativos. A legislação militar, por exemplo. Sabemos que a legislação militar apelida pedido de reconsideração um verdadeiro recurso administrativo. Sendo assim, não seria o nome que importaria. Importa a natureza da coisa. Sendo assim, a Súmula 430 não seria aplicada, porque neste caso, o pedido de reconsideração, sendo autêntico recurso administrativo, tem inclusive efeito suspensivo. O ato deixa então de ser operante, exequível etc.

Deixei para o final o problema da lei em tese. Acho muito interessante o tema. Seabra Fagundes sustenta que seria necessário rever o cabimento do Mandado de Segurança quanto à lei em tese.

A lei puramente formal, mas de efeitos concretos, que materialmente é um autêntico ato administrativo, esta sim pode ser impugnada através do Mandado de Segurança, podendo até o órgão legislativo ser posto na condição de coator. Ele e o Executivo, o sancionador. Quantos e quantos decretos já causam lesão, e o Supremo Tribunal Federal os tem invalidado? A lei, materialmente lei, não sei se realmente causaria gravame.

Seria constitucional, voltando ao problema da decadência, o prazo preclusivo estabelecido no Art. 18 da Lei 1.533? A Constituição Federal estabelece os pressupostos do *mandamus*, e não estabelece prazo para o exercício da ação constitucional. A lei infraconstitucional, a lei ordinária é que assim procedeu.

Juristas do maior gabarito opinaram no sentido da constitucionalidade. No citar, quero homenagear, por exemplo: Othon Sidou, diz que “a admissão do recurso, sem limite de prazo importaria na subordinação permanente do poder administrador ao Poder Judiciário e quebraria assim a harmonia que deve envolvê-los”. Com a devida vênia, não vejo nesta lição a conotação científica que deveria ter. Ora, num sistema constitucional como o nosso, em que o Poder Judiciário tem praticamente o monopólio da função jurisdicional, há submissão permanente, do poder administrador ao poder judiciário. Isto jamais quebrará a harmonia que deve existir entre os poderes.

Sérgio Fadel, na *Teoria e prática do mandado de segurança*, pág. 216, diz que “a imposição de prazo é apenas a determinação de um tempo hábil suficiente e compatível com a sumariedade do objeto”. Ora tem-se aí matéria de rito, que se justifica em razão da natureza do direito, de ser líquido e certo.

O Ministro Seabra Fagundes diz que “seria extravagante que, tão somente pela sua origem constitucional, essa via de processo ficasse única entre todas, isenta de prazos prescricionais”.

Creio que chegou o tempo de se rever esta questão, que parece que ficou pacífica na jurisprudência, quando o Supremo anunciou a Súmula 430, a respeito da decadência. Hoje nós, os juízes, temos reconhecido a decadência com tranquilidade, mas acho que é em momentos como este que devemos suscitar as discussões. Acho que devíamos voltar a discutir o tema. Realmente, não sei por que se entendeu de fixar este prazo.

No que me toca, nunca suscitei o problema da inconstitucionalidade, apesar de ter dúvidas a respeito dele. Faço, então, aquilo que é possível fazer.

Faço vistas grossas. Quando a autoridade não alega simplesmente desconhecimento. Poderia conhecer de ofício, porque se trata de decadência do direito de ação, ou do direito de propor a ação. Faço, entretanto, vistas grossas. Faço-o em obséquio à Constituição. Mas quem sabe, reexaminando esse tema, juristas de porte poderiam sensibilizar os tribunais e prestar obséquio à Constituição, e tomar inócua esta disposição que, na verdade, tem, no segundo plano, uma ação que não deve ser encarada tão só sob o ponto de vista processual? É muito mais do que isso. É remédio de Direito Constitucional. É garantia constitucional.

MINISTRO MIGUEL SEABRA FAGUNDES — Eu na verdade não devia dizer nada, mas fui chamado à colação. O que eu diria, era, pessoalmente, ao orador, que achei a sua aula excelente. Muito aprendi, não se li-songeie com isso. Estou dizendo a realidade. Muito aprendi com a sua exposição. E fiquei muito satisfeito que ele pudesse trazer, sobre assuntos que já nos pareciam que não nos ofereceriam oportunidade para uma contribuição tão rica nas suas observações pessoais, como no depoimento sobre a jurisprudência do seu Tribunal.

Eu tenho a impressão de que neste meio século do Mandado de Segurança nós devemos exatamente rever posições e dar as nossas contribuições para o aprimoramento do instituto.

Ainda há menos de uma semana, falando em Salvador, num ciclo como este, eu intitulei a minha exposição como “Revitalização do Mandado de Segurança”. Não pude escrever o trabalho, infelizmente. Mas jun-tei notas às quais me reportarei agora.

A mim parecia que a melhor comemoração dos cinquenta anos do Mandado de Segurança era exatamente batalhar pelo seu aprimoramento, considerando, num juízo crítico, o mal que a lei lhe fez e as omissões ou deficiências ou falhas na jurisprudência. A lei, nós todos sabemos, e algumas foram citadas aqui pelo orador, amesquinhou o Mandado de Segurança quando subtraiu o uso da medida liminar, ao ponto de chegar a tornar o Mandado de Segurança, em certos casos, mais lento que a Ação Ordinária, porque condicionou a execução, em se tratando de vantagens para funcionários públicos, ao trânsito em julgado, da decisão, enquanto na Ação Ordinária a execução provisória se realiza, antes que o recurso extraordinário seja julgado. Então, há que rever posições em relação à lei. Procurar retirar do caminho o

entulho que, por motivos conjunturais, se jogou ao andamento do Mandado de Segurança. Essa é uma das contradições mais chocantes com a destinação do instituto, sobretudo quando providências outras havia, perfeitamente válidas, para atender aos abusos a que essas leis extravagantes pretenderam atender, como a fiança, a caução etc., do beneficiário da medida liminar.

Eu digo no meu livro que a lei em tese jamais pode ser objeto de ação, porque a ação resulta da individualização da pretensão. E a lei em tese não significa a individualização da pretensão.

O Direito é sobretudo — dizia muito isso um dos juízes mais eminentes do seu Tribunal, o saudoso Arthur Marinho — uma ciência de distinções. E então cabe distinguir. Eu já distinguiria, numa segunda observação, que eu vou fazer uma antes, por força das suas observações. Não me chocando com as mesmas, mas elas é que suscitaram isso.

Nenhuma ação cabe contra a lei em tese. Mas a jurisprudência só se lembrou de dizê-lo, em relação ao Mandado de Segurança. Um pouco a inclinação que nós temos e que é o inverso daquela que me parecia que devemos ter, é de restringir em vez de ampliar, na aplicação de vias como a do Mandado de Segurança.

Ainda no livro eu digo que evidentemente nos casos da lei proibitiva cabe o Mandado de Segurança contra a lei em tese, se é que se supõe aí haver lei em tese. Porque a lei proibitiva me atinge independente de um ato intermediário. Então, cabe Mandado simplesmente contra a lei, independente do ato administrativo, do ato de execução.

Mas o que me ocorreu agora, é que talvez se possa dizer, eu digo talvez, porque acho que sempre é bom ter as suas cautelas — que em outras situações também a lei em tese seria atingível pelo Mandado de Segurança. Porque se o Mandado de Segurança cabe contra a ameaça do Direito, pode ser que a lei em tese constitua uma ameaça iminente de agressão ao direito. Dir-se-á, mas ela não é lei proibitiva. Não. Talvez haja alguma lei que, não sendo proibitiva, constitua uma ameaça para o direito de alguém. E se o Mandado de Segurança cabe contra a ameaça, ele caberia, nesse caso, contra a lei. Isso aí tudo é a tal coisa de que o direito é uma ciência de distinções. Não seria num caso, mas seria noutro.

Agora vamos ao caso de decadência. Na verdade, a opinião, que eu externo no livro, é a justificação do prazo de decadência. Mas eu retifiquei esta opinião. Não ainda na edição do livro que vai sair agora, porque a cada hora

Deus melhora. Quer dizer, a cada hora a gente é mais esclarecido por Deus. Então, eu estou com o livro no prelo para sair agora, e nele infelizmente não retifiquei. Mas escrevendo esse trabalho para Salvador, trabalho que não concluí, terminei fazendo um esquema, mas numa das páginas que eu escrevi, eu sustentava, e fico muito contente com isto, o seu ponto de vista, de que a decadência não é compatível com o teor do texto constitucional que institui o Mandado de Segurança. Então, eu me retifiquei em relação ao livro. E até digo que, a exemplo do *habeas corpus*, para cuja impetração nunca há decadência, para o Mandado de Segurança também não deveria haver. Até porque o Mandado de Segurança veio na esteira do *habeas corpus*. A sua origem, em termos escritos da Constituição, é o *habeas corpus*. A Constituição de 34 diz que o processo será o mesmo do *habeas corpus*. Então, se no *habeas corpus* nunca houve a preclusão, nunca se conheceu proscrição em decadência para a interpretação do *habeas corpus*, não há por quê conhecê-la também em relação ao Mandado de Segurança. Na prática isso não tem tanta significação, porque aquele, que tem o direito líquido e certo, não vai aguardar por anos, por tanto tempo, para utilizar-se disso. Mas pode muito bem acontecer que, por uma melhor reflexão sobre o texto aplicável, pela sugestão de um advogado que apareceu, pelo caminho, o titular do direito diga: não, eu acho que eu posso defender esse direito com Mandado de Segurança. Então, já aí pode defender com o Mandado de Segurança. E que mal há nisto? Que mal há em abrir por mais algum tempo a possibilidade de defender um direito, que só ocorreu que era líquido e certo, depois de algum treinar através da vida do titular do Direito? Assim, eu hoje estou convertido a esta idéia. Fiquei muito feliz quando ouvi a sua opinião, em exposição bem posta, como aliás em tudo que disse aqui.

De modo que vim aqui, peço desculpas até de ter me alongado, muito contente de poder atender a sua convocação e mais o felicito pelo brilhantismo e pela contribuição substancial que deixa aqui. A sua contribuição é realmente substancial. (Palmas prolongadas.)

PRESIDENTE — Eminentíssimo Ministro Seabra Fagundes — Eu devo uma explicação. É claro que não a V. Exa. mas à Casa, antes que alguém me pergunte: por que o Ministro Seabra Fagundes não comparece como um dos expositores desse ciclo? Houve uma ampla convocação do Ministro, porém a existência de compromissos de várias ordens e mesmo problemas de natureza

de saúde impediram que nós pudéssemos integrá-lo como um dos expositores. Apenas por isso ele não está presente. Mas a sua obra jurídica vive a nos inspirar a todos e aqui ele comparece, presente está e está nos ensinando também em cada uma das intervenções que faz. E é pena que não as faça mais amplas e freqüentes. Eu tive mais sorte do que V. Exa. V. Exa. mudou de opinião depois que o livro já estar prestes a sair. Por sorte o meu livro de Mandado de Segurança, com Lúcia Valle de Figueiredo, estamos acabando de arrumar. Portanto, estou anotando todas essas coisas que tenho ouvido para sobre elas meditar.

Concedo a palavra ao Eduardo Seabra Fagundes, também ex-Presidente desta Casa.

EDUARDO SEABRA FAGUNDES — Presidente, eu ia esperar que outra pessoa ocupasse a tribuna, para que não ficasse um Seabra Fagundes logo depois do outro. Mas já que V. Exa. me fez sinal, eu tenho muito prazer em atender à convocação do Ministro Velloso. E não resisto, antes de entrar no problema da Lei em tese, em dizer alguma coisa sobre o prazo da decadência, porque eu não retifiquei o meu ponto de vista.

Acho que a Constituição traça os delineamentos centrais do instituto e deixa uma boa margem ao legislador ordinário, que só não pode ir ao ponto de eliminar ou reduzir de muito a garantia constitucional. Eu acho que, ao fixar o prazo de decadência, o legislador talvez tenha errado ao fixá-lo muito curto. Mas o argumento de que o suporte constitucional do Mandado de Segurança impediria o legislador ordinário de fixar o prazo de decadência, a meu ver, prova demais, porque o dispositivo constitucional que determina que nenhuma lesão de direito individual pode ser excluída da apreciação do judiciário, por igual modo, impediria que o legislador ordinário criasse qualquer prazo extintivo. Então, a garantia constitucional, seja a do uso do Mandado de Segurança, seja a do prazo de livre acesso ao Judiciário, na verdade, não impedem que o Legislador trace limites razoáveis para o exercício desse direito.

O prazo de decadência é, como eu disse, excessivamente curto. Mas convenhamos que quem não impetrou Mandado de Segurança, durante quatro ou cinco anos, não tem uma necessidade tão evidente desse remédio constitucional. E também não se pode perder de vista que a administração pública tem ou padece dos defeitos de toda grande organização, de tal sorte que muitos anos depois os administradores já são outros. Os arquivos já não são encontra-

dos. Enfim, haveria uma dificuldade muito grande em tornar fácil a descoberta da verdade pelo Judiciário.

No tocante à Lei em tese, eu diria que nos poucos minutos em que trocamos idéias, eu talvez tenha anunciado um sonho, que seria o de ampliar a ação direta de inconstitucionalidade das leis, tornando-a acessível a qualquer cidadão. Veja que entre nós a ação direta de inconstitucionalidade tem prestado um grande serviço. Mas o gargalo que a Constituição criou, colocando-a na mão exclusivamente do Procurador Geral da República, tirou muito do efeito que esse remédio teria.

Eu pergunto se a jurisprudência não tem criado, em outros casos, uma certa largueza. A própria origem do Mandado de Segurança é uma demonstração disso, porque os juristas mais conservadores diriam que o *habeas corpus* era exclusivamente para proteger o direito de ir e vir. Não que estivesse no texto constitucional, como V. Exa. lembrou, na Constituição de 91, mas porque tradicionalmente o conceito do *habeas corpus*, desde a fonte inglesa, é o de proteção do direito de locomoção. No entanto, a jurisprudência brasileira, num exemplo extraordinário do que podem fazer os tribunais na criação do Direito, criou o Mandado de Segurança, rotulando-o de *habeas corpus*. Então, pergunto eu: não seria demais entender que existe um direito líquido e certo a viver sob a égide de leis constitucionais? Talvez não fosse tão difícil caminhar até esse ponto.

Mas ainda que a jurisprudência não quisesse ir a tanto, ela podia encarar com menos avareza a caracterização do Mandado de Segurança preventivo. Na verdade é muito difícil — os advogados sabem disso — obter o Mandado de Segurança preventivo porque os tribunais existem uma demonstração tão bem feita, tão formalmente feita de que aquela lei pode vir a causar uma lesão ao direito individual, que dificilmente se consegue pleitear que a autoridade administrativa não pratique um ato lesivo a esse direito, pelo fato de esse ato vir a ser apoiado numa lei inconstitucional. Dou um exemplo. Há leis inconstitucionais sobre tributos. Digamos o Imposto de Renda. Em regra, toda população economicamente capaz é contribuinte do Imposto de Renda. Não bastaria, para impetrar o Mandado de Segurança contra a cobrança de um tributo instituído por uma lei inconstitucional no âmbito do Imposto de Renda, provar ser contribuinte do Imposto de Renda? Para que exigir que se demonstre documentalmente, como é indispensável no Mandado de Segurança, que a incidência daquela lei pode ocorrer com abso-

luta precisão no caso do impetrante? Não precisariam os tribunais ser tão rigorosos na definição do âmbito do Mandado de Segurança preventivo. E aí o Mandado de Segurança preventivo podia realmente prestar um enorme serviço, podando os excessos do nosso legislador.

MANDADO DE SEGURANÇA: FUNDAMENTOS HISTÓRICOS E CONSTITUCIONAIS

Celso A. Barbi

Devo destacar, de início, a felicidade do Instituto em comemorar os cinquenta anos da criação do Mandado de Segurança, porque esse Mandado de Segurança, que pareceu tão pequenino, no início, já se desenvolveu muito e vai ainda desenvolver-se tanto, que é preciso sempre estarmos comemorando, como neste cinquentenário, qualquer outra data que se refira a ele. E sempre procurando desenvolver, cada vez mais, o instituto e ampliar a sua aplicação, porque sem dúvida nenhuma é a maior criação jurídica brasileira dos presentes tempos e talvez até do século. Em termos de defesa do cidadão, que é o grande problema universal, é um instituto excelente e que fez por nós mais do que duzentos ou trezentos anos de Processo Civil comum.

Quando falei na pequenez do Mandado de Segurança, justifico: quando, em 1961, escrevi a minha tese-concurso à Cátedra da Faculdade de Direito, o assunto escolhido foi Mandado de Segurança. Na ocasião informei do fato o grande e saudoso mestre e amigo Amílcar de Castro. E ele perguntou: mas Mandado de Segurança dá tese em processo? Respondi que sim. E felizmente consegui levar o meu trabalho ao final e tendo sido ele um dos examinadores, reconheceu que, realmente, Mandado de Segurança dava tese de processo. Quer dizer, o assunto não era tão sem importância como estava parecendo a ele, não do ponto-de vista prático, mas do ponto de vista da literatura jurídica.

Durante o concurso também ouvi, da parte de outro examinador, uma observação: tese de concurso de Direito Processual Civil, sobre Mandado de Segurança? É matéria Constitucional. Naturalmente era uma objeção mais para pôr fogo na discussão, porque o mestre sabia muito bem o alcance do Mandado de Segurança no plano processual. Isso tudo mostra que o Mandado

de Segurança mesmo quando era objeto, no caso, digamos assim, de um blague a propósito da colocação ou da sua importância em termos de extensão não era um instituto ainda tão valorizado quanto hoje. Talvez porque, na medida em que o cidadão vai encontrando mais dificuldades na sua luta contra Poder Público, mais ressalta a importância e a utilidade do Mandado de Segurança.

Nós devemos lembrar que a luta contra os abusos do Poder Público é multimilenar. Não é uma luta nova. A certa altura, nós poderíamos distinguir a luta contra os atos excessivos do Poder Legislativo. Quer dizer, quando o Poder Legislativo, através de leis, tirava os direitos que nós consideramos inalienáveis do cidadão. Infelizmente, nem sempre a lei contém os direitos. Isso foi objeto de grandes lutas e acabou resultando numa grande conquista, que é o constitucionalismo moderno, no qual o cidadão encontra amparo contra os excessos do Legislativo. Mas também no Executivo, mesmo quando passou a ser controlado, quando entramos no Estado de Direito, segundo o qual a administração está vinculada às leis e aos direitos, mesmo neste caso, encontramos sempre as hipóteses de áreas em que o Executivo, nem sempre por má fé, mas às vezes por ignorância quanto a situações de fato, ou má interpretação da lei, acaba violando o direito do cidadão, saindo, portanto, da lei. E até mesmo o Judiciário, ao aplicar a lei, erra. Evidentemente temos, aqui, recursos, muitas vezes suficientes, outras vezes não. Mas em resumo, o que se observa é que todos os três poderes praticam, com certa frequência, violações de direitos do cidadão. E o Mandado de Segurança, curiosamente, é um instituto que veio aos poucos servir de meio de defesa contra violações de direitos individuais, quer do Poder Legislativo, quer do Poder Executivo e ultimamente até mesmo do Poder Judiciário. Nós o vemos quando, através do Mandado de Segurança, se arguem inconstitucionalidades e violações de leis em casos concretos. O uso do Mandado de Segurança também é dirigido contra os excessos do Legislativo. Os mais freqüentes casos, contudo, são os excessos do Executivo e aí temos o Mandado de Segurança como o mais perfeito instrumento que o nosso Direito já construiu. Ultimamente, com maior desenvolvimento, vem causando o Mandado de Segurança contra ato judicial, quando a lesão do Direito decorre de ato de autoridade judiciária, eis que muitas vezes os recursos postos à disposição do cidadão, pela legislação, não se mostram satisfatórios para evitar a lesão do direito. Isso aí mostra a riqueza que é o Mandado de Segurança como defesa do cidadão, contra ilegalidades

de todos os poderes. Muitas vezes a história mais recente é extremamente útil para a compreensão satisfatória de certos institutos atuais. E um exemplo disso é o caso do Mandado de Segurança.

A grande maioria dos advogados, premidos pelas dificuldades da vida diária, não tem tempo de examinar como surgiu o Mandado de Segurança, por que surgiu, em que condições surgiu e se as vicissitudes da sua formação têm qualquer influência na interpretação das normas vigorantes hoje. De maneira que a tendência do advogado é pegar um livro de Mandado de Segurança, a partir do Direito Positivo. Mas a história do Mandado de Segurança, que procurei mostrar aos colegas, ela nos ajuda a resolver muitos problemas práticos. Eu acho que uma boa compreensão dessa história é de grande interesse para a vida profissional.

Vamos, então, tentar fazer esse resumo histórico.

No século passado, no Império, não havia problema agudo como no momento, talvez porque o cidadão tivesse muito poucos direitos e talvez porque alguns encontrassem uma solução num arremedo de justiça administrativa, de contencioso administrativo, que aqui se tentou fazer. Mas as notícias que temos já do último quartel do século passado mostram que os autores nossos, os juristas, os advogados e os magistrados sentiam que muitas relações dos direitos dos cidadãos não encontravam remédio satisfatório nos procedimentos da legislação processual. E não encontravam por uma razão simples. É que normalmente, de acordo com a tradição mais antiga, toda lesão de direito poderia converter-se numa indenização pecuniária. Então, esse princípio geral fazia com que, quando um cidadão tivesse um direito seu prejudicado, lesado ou violado por uma autoridade pública e reclamasse ao Judiciário, ele teria ganho de causa. Mas a reparação não vinha em forma específica, isto é, ele não conseguia exatamente aquele ato que pretendia. O que ele conseguia, no máximo, era uma reparação pecuniária. Mas a prática foi mostrando, principalmente em questões políticas, que nem sempre a reparação pecuniária é satisfatória, é suficiente. Basta lembrar o caso de mandatos legislativos, mandatos eletivos, principalmente os gratuitos, em que a perda de um mandato de Vereador, quando era gratuito, não significava prejuízo financeiro. Mas para o político, o exercício daquele mandato era fundamental. Era de um valor que nenhum dinheiro pagaria. E isto acontece mesmo nos casos em que o mandato é remunerado, porque apesar do muito mal que se fala dos políti-

cos, a meu ver não com razão, o político gosta do poder. O cidadão entra na política não é por dinheiro, entra pelo gosto que tem pelo poder. E no caso de uma lesão de direito, como uma cassação de mandato, a reparação pecuniária, ainda quando existente, é de todo modo insuficiente para satisfazer aquilo que é a utilidade de um político: a perda da função pública. Daí, então começaram os nossos advogados a procurar uma solução capaz de fazer com que, na hipótese de se reconhecer que o Poder Público lesou um direito, se desse a execução específica do julgado. Se ele perdeu o mandato, reintegrá-lo no mandato. Se ele perdeu um cargo público, reintegrá-lo no cargo público e não, fazer a reparação por indenização pecuniária. Mas a legislação não dava meios satisfatórios para isso.

Os advogados são, a meu ver, os grandes artífices da jurisprudência, sem nenhum despreço aos juízes. Quando se fala na jurisprudência eleva-se muito o papel do juiz e se esquece o papel do advogado. Normalmente quem arranja soluções é o advogado. O juiz apenas aceita, ou não, a solução. O trabalho criador mesmo, apesar de ser atribuído aos tribunais, na realidade o início da criação, aquele trabalho inventivo de arranjar a fórmula para apresentar ao juiz, é trabalho do advogado. E felizmente é um trabalho que costuma resultar satisfatório, porque encontra receptividade dos juízes, que sempre querem acertar, e que, quando encontram uma fórmula feliz trazida por um advogado, encontram aí a oportunidade de realizar a justiça, que a lei, às vezes, por outro meio não permita.

Então os advogados lembraram que dentro dos procedimentos da legislação da época, aquele que, mesmo contra o Poder Público, tinha a possibilidade de uma execução específica, era o procedimento possessório. Daí sustentarem a tese da posse dos direitos pessoais para, na hipótese, digamos de um funcionário, de um Vereador ou de um Deputado, que tivesse sido privado do seu mandato, invocando um direito de posse ao exercício de função ou o cargo, então conseguir, em caso de êxito, uma execução específica. Criou-se, então, a doutrina da posse de direitos pessoais a serem protegidos através da ação processória, com execução específica. Isto encontrou apoio especialmente de Rui Barbosa, de Edmundo Lins e outros. Mas encontrou sérios e valorosos objetores como Ribas, Lafayette, Clóvis que, com o peso do seu prestígio, e talvez não tendo atinado com a importância que isso tinha para a defesa dos direitos individuais, se lançaram contra essa tese e acabaram influenciando nos tribunais a jurisprudência do fim do século passado, a qual, depois de ter

admitido a posse de direitos pessoais, portanto, a ação possessória para protegê-los, acabou modificando a orientação e negando essa possibilidade. Nessa ocasião houve um trabalho legislativo que terminou pela Lei 221 de 1894, que organizava a Justiça Federal. Na oportunidade, por sugestão de Rui Barbosa e José Higino, foi criada uma ação anulatória de atos administrativos. Muito bem elaborada, mas que, por motivos que até hoje não ficaram muito esclarecidos nos livros de tempos já mais remotos, não logrou êxito, apesar de que vários Estados depois tivessem estendido esta ação nas suas legislações estaduais. Segundo alguns, o motivo principal dessa ação anulatória não ter prosperado é que ela previa uma suspensão liminar do ato fulminado mas não dava meios para um procedimento célere. De forma que o Poder Público acabava muito desprotegido, através de liminares concedidas e que se eternizavam sem julgamento do mérito da causa. O resultado é que esta ação não teve o êxito por que se esperava. Mas os advogados não desanimaram. E não desanimaram nunca, porque nós temos visto que quando se fecha uma porta para o advogado, ele começa a lutar para abrir outra, e abre.

Os advogados, então, lançaram nos tribunais a tese da concessão do *habeas corpus* para a proteção de direitos individuais lesados por atos do Poder Público. Nós todos sabemos que pela sua origem, pela sua tradição, o *habeas corpus* sempre se destinou a proteger apenas a liberdade corporal. Mas nossos advogados, não tendo outro caminho, e vendo fechado o da ação possessória, começaram a argumentar que, para exercer uma função ou um cargo público, era necessário o deslocamento do cidadão. Quer dizer, era necessária a liberdade de ir e vir. E através da proteção dessa liberdade de ir e vir, acabaram convencendo os tribunais a proteger, não especificamente essa liberdade, mas um direito que tinha sido lesado por uma autoridade pública, argumentando que a pessoa, para exercer o cargo ou a função, precisava de ir e vir. Através dessa argumentação, que pode não ser um primor de lógica, mas foi de grande habilidade jurídica e consultava uma necessidade da época, os advogados foram aos poucos conseguindo que se criasse uma jurisprudência que tomou o nome de Doutrina Brasileira do *Habeas Corpus* e que foi, naquela época, a maior criação original e jurisprudencial, destinada à proteção do cidadão. Mas nós, infelizmente, sempre contamos com a força do Poder Público querendo impedir o controle dos seus atos, pelo Judiciário. Então que aconteceu? Quando essa jurisprudência já estava firme, satisfatória até certo ponto, veio a reforma constitucional de 1926 e a pretexto de resta-

belecer a pureza do *habeas corpus*, veio fazer dispor expressamente, na Constituição, que esse instituto só poderia ser utilizado para proteger a liberdade corporal, impedindo, assim, que permanecesse aquela jurisprudência. O legislador da época, como costumam fazer os governantes, prometeu que criaria um outro instituto que protegesse aqueles direitos que até então vinham sendo protegidos pela Doutrina Brasileira do *Habeas Corpus*. Mas o Governo não tinha interesse em limitar os seus poderes. Infelizmente os nossos costumes políticos ainda eram bastante precários, bastante falhos e não podemos dizer que se tenham consertado inteiramente. Logo em seguida, Dirceu Pires, um grande jurista mineiro, propôs que se criasse um instituto capaz de suprir a falta criada pela limitação do *habeas corpus*. Vieram vários projetos, porque nas Câmaras nós sempre tivemos elementos defensores das liberdades públicas: os de Afrânio de Melo Franco, de Francisco Morato, de Marcos Peixoto, de Odilon Braga, de Clodomir Cardoso e de Sérgio Loreto, entre outros. Mas enquanto se discutiam esses projetos, começou a grande efervescência política que precedeu a Revolução de 30. Com a Revolução foi dissolvido o Congresso e entramos numa fase de ditadura da qual só fomos sair, por pouco tempo, em 1934. Mas a idéia da necessidade de um instituto, capaz de proteger o cidadão contra o arbítrio do Poder Público, continuava firme, de forma que, na elaboração da Constituição de 1934, o grande João Mangabeira propôs um projeto muito interessante, em que se daria Mandado de Segurança para proteger direito certo e incontestável violado por ato de autoridade, que fosse manifestamente ilegal. Uma circunstância curiosa dessa proposição é que como a expressão *direito certo e incontestável* lembrava direito evidente, direito claro, esse direito que à primeira vista se verifica existir, idéia dele era de um mandado de segurança com caráter provisorio. Quase que era uma medida cautelar para esses casos, que teria a função de suspender um ato violador de um direito, até que o Poder Judiciário se pronunciasse em definitivo, sobre ele. Nos debates dos trabalhos que resultaram da Constituição de 1934, felizmente não foi aceita esta parte final. O que resultou do texto do art. 113, nº 33, no Capítulo dos Direitos e Garantias Individuais, foi coisa melhor. Prevaleceu a idéia de conceder-se o Mandado de Segurança para a proteção de direito certo e incontestável, violado por ato manifestamente ilegal, partindo de autoridade pública, qualquer que fosse ela. E ao mesmo tempo dispunha-se que era preciso que esse direito não fosse protegido por *habeas corpus*, dividindo assim o campo.

Ademais dispôs-se que esse Mandado de Segurança teria a forma processual do *habeas corpus*. E mais: que o uso do Mandado de Segurança não impediria o uso da ação petítória. Essas expressões são muito importantes, refletem as influências das doutrinas anteriores, do pensamento anterior e até da jurisprudência anterior.

Nós encontramos aqui a influência da doutrina do *habeas corpus* e a influência da doutrina da ação possessória.

No que se refere ao uso da expressão “direito certo e incontestável”, a se determinar que o Mandado de Segurança teria procedimento do *habeas corpus*, nisso está clara a influência da corrente que queria fazer dele o *habeas corpus* civil. E quando a Constituição falou que o uso do Mandado de Segurança não impediria o uso da ação petítória, está o reflexo da corrente da ação possessória, porque há uma tradicional oposição entre ação possessória e a ação petítória, juízo possessório e juízo petítório, no sentido de que o possessório é aquele que se funda na posse, enquanto que o petítório se funda em geral no domínio.

Entrando em vigor a Constituição com essas influências, imediatamente os advogados passaram a requerer Mandado de Segurança, porque, por uma felicidade nossa, o legislador cometeu um grande erro técnico, mas foi um grande acerto político: colocar na Constituição o procedimento do Mandado de Segurança. Tecnicamente, como disse, nada mais criticável, mas politicamente nada mais acertado, porque, se fixássemos dependendo de um legislador ordinário fazer depois o procedimento para o Mandado de Segurança, nós iríamos cair no problema que aconteceu com a Ação Popular que, criada na Constituição, durante anos e anos se discutia se poderia ser proposta, se a norma era auto-executável ou não, se podia usar-se o procedimento do Mandado de Segurança, e outros problemas que dificultaram grandemente o uso do instituto, até que foi regulamentado. Quando o legislador constituinte deu a forma processual, o procedimento do *habeas corpus* para o Mandado de Segurança, apenas acrescentando que seria sempre ouvida a autoridade de Direito Público, permitiu que os advogados, imediatamente, conjugando a lei do Processo Penal que a Constituição, já pudessem requerer Mandado de Segurança no dia seguinte, como realmente começaram a requerer. Os tribunais tiveram de aceitar e aceitaram, felizmente.

Posteriormente, em 1936, foi feita uma lei regulamentadora do Mandado de Segurança, que é a Lei 191. Uma lei com muitos artigos, e que, man-

tendo o princípio, aquela mesma forma processual do *habeas corpus*, entretanto completou com numerosos detalhes importantes, regras de competência, regras de procedência adequadas, mas que sempre se aproximavam daquela forma simplificada, que é a do procedimento do *habeas corpus*.

Curiosamente, foi uma felicidade que o legislador ordinário não tivesse apenas com o texto constitucional. Por quê? Porque em 37 já ficamos novamente na obscuridade com o golpe de estado dado então por Getúlio Vargas. Foi-se a Constituição de 34 e com ela, no seu bojo, o Mandado de Segurança. Mas por sorte já tínhamos a Lei 191. Então, já tínhamos o instituto do Mandado de Segurança em Lei ordinária. Com isto ele pôde sobreviver. Talvez se não houvesse a Lei 191, quase que se poderia jurar que Getúlio Vargas, como bom ditador, não iria querer criar uma lei processual para controlar os poderes do Estado. Teria o Mandado de Segurança morrido com três anos apenas de vida, se tanto. Mas, como disse, felizmente a Lei 191 existia e o Governo não a revogou. De modo que o Mandado de Segurança continua a existir, desta vez não mais como uma garantia constitucional, mas como um procedimento garantido pela legislação ordinária, à qual, o Decreto-Lei nº 6 fez restrições quanto às autoridades cujos atos poderiam ser controlados por Mandado de Segurança. Excluiu o Presidente da República, Interventores de Estado e Ministros. Mas de qualquer maneira o Mandado de Segurança, continuando, foi uma vantagem, porque mesmo se as autoridades mais altas não pudessem ser controladas através dele, entretanto, as autoridades menores tinham os seus atos sujeitos ao controle por essa forma. E aos poucos, através da utilização diária foi o instituto tomando forma mais definida e portanto permitido que mais tarde ele se desenvolvesse mais amplamente.

Em 1939, veio o Código de Processo Civil e substituiu a Lei 191. O Mandado de Segurança então continuou existindo por força de lei ordinária, e não com base em Constituição.

No que se refere a esse Código, a única observação importante a fazer é que ele excluiu as questões fiscais da incidência do Mandado de Segurança. O grande passo que demos para a volta do Mandado de Segurança foi a Constituição de 1946. Esta constituiu um grande avanço sobre a de 1934, pelos seguintes motivos: a Constituição de 1934 exigia, para a concessão do Mandado de Segurança, que houvesse um direito certo e incontestável que, segundo comentaristas, era o mesmo direito líquido e certo, de que hoje se fala e que foi usada na Constituição de 1946 e que não era uma expressão que vinha da

doutrina brasileira do *habeas corpus*. Exigia o direito certo e incontestável, mas exigia também que o ato da autoridade fosse manifestamente ilegal. Quer dizer, havia uma limitação grande. Sustentava-se, com razão, em face da lei, que mesmo que houvesse um direito incontestável violado por um ato de autoridade, se esse ato não fosse manifestamente ilegal, não caberia o Mandado de Segurança. E realmente o Mandado antes de 46 ficou sempre oscilando entre essas duas condições. Talvez fosse uma condição e um limite. A condição é que houvesse um direito certo e incontestável ou líquido certo. Mas havia um limite. É que era preciso que a violação fosse por ato manifestamente ilegal. De modo que os autores não chegavam a um acordo sobre o assunto, como se vê nas páginas clássicas dos nossos repertórios de jurisprudência, como os votos de Costa Manso e outros. Isto com a Constituição de 1946 desapareceu, porque não se exigiu mais que esse direito líquido e certo, ou certo e incontestável, fosse veiculado por um ato manifestamente ilegal. Daí em diante, qualquer lesão, manifesta ou não, seria suficiente para ensejar a proteção pelo Mandado de Segurança. O passo aí foi extraordinário. O crescimento grande do Mandado de Segurança se deve à supressão dessa exigência de que o ato fosse manifestamente ilegal. É verdade que não se atentou logo para o alcance da diferença entre a redação da Constituição de 46 e da Constituição de 34. Mas aos poucos os advogados, os juízes, os doutrinadores foram mostrando essa diferença e chegou-se, então, à conclusão que para a proteção, através do mandado de segurança, bastaria que fosse um direito líquido e certo. E o que era direito líquido e certo já tinha sido definido de forma magistral por Costa Manso, grande Ministro paulista do Supremo Tribunal Federal, que demonstrou com uma clareza inexcedível que esse direito líquido e certo é aquele direito subjetivo cujos fatos, que lhe servem de suporte, sejam certos. Isto é, provados documentalmente, indiscutíveis, não importando a maior ou menor dificuldade da fixação da regra legal.

Apenas para destacar a diferença da posição anterior. A Lei 191, quando regulou o Mandado de Segurança, exigia que se indicasse a norma legal violada. Ora, quantas vezes nós temos casos em que não há norma expressa e, no entanto, há violação de direito. Quer dizer, o sistema da Constituição de 1934, e da legislação feita à sombra dele, era limitativo. Já o sistema da Constituição de 46, ao suprimir a exigência de que fosse ato manifestamente ilegal, abriu um campo imenso para o Mandado de Segurança, tal como temos hoje.

Mais tarde, a Lei 1.533, de 31 de dezembro de 1951, veio substituir aquela Lei 131. É uma lei com várias deficiências técnicas, mas que já acresce algumas alterações grandes sobre aquela conceituação anterior, e que simplificou o sistema de citação (antigamente se exigia uma dupla citação praticamente, porque se entendia que era preciso pedir informações ou requisitar informações à autoridade coatora e também ouvir as entidades de direito público, pela forma de citação). Como a Lei 1.533 apenas falou em requisitar informações, com o tempo acabou, na prática, em quase todos os Estados, a citação pela forma tradicional. Ficou-se considerando, com o tempo, esse pedido de informações, ou requisição de informações, como uma forma simplificada de citação.

Outro ponto importante da Lei 1.533, que custou a produzir os frutos, é a questão do litisconsórcio no Mandado de Segurança e o problema da posição do Ministério Público.

O problema do litisconsórcio: até então, quando havia um interessado que tinha obtido qualquer uma vantagem, digamos uma nomeação por um ato de autoridade, esse terceiro, que tinha sido nomeado, não era convocado ao processo. E muitas vezes perdia o cargo sem ser ouvido. Sustentava-se, na ocasião, que o Mandado de Segurança era uma ação, um processo, ou o que fosse, contra o Estado. Esse é que era o réu e que aquele, que se beneficiaria com o ato que estava sendo impugnado, não era parte. Não podia, pois, ser convocado ao processo. O que se tinha na verdade é que, com isso, o cidadão às vezes perdia um cargo sem ter sido ouvido. Pois, a Lei 1.533 já previu o litisconsórcio necessário, quer dizer, mandando aplicar as regras do litisconsórcio necessário, toda vez que a concessão do Mandado pudesse fazer alguém, terceiro, perder um direito.

Ao mesmo tempo, essa Lei 1.533 colocou uma intervenção do Ministério que vem gerando problemas e discussões até hoje: conforme seja o Mandado de Segurança contra ato de autoridade federal ou estadual, o Ministério Público atua imparcialmente ou atua como defensor da pessoa de direito público. É uma situação que até hoje não foi uniformizada na lei e que faz com que, portanto, a aplicação dela seja diferente, conforme se trate de um Mandado de Segurança contra a autoridade federal (em que o Ministério Público defende a autoridade), estadual ou municipal (o Ministério Público sempre procura agir como fiscal da lei e não como defensor). Ficou, então, uma diferença, que não tem muita importância, porque no fundo o Direito não é ló-

gica e não existe simetria absoluta. Essa fala imparcial do Ministério Público nos Mandados de Segurança contra a autoridade municipal ou estadual tem dado até bons resultados.

Mais tarde veio a Lei 4.348, em 1964, que procurou coibir abusos que estavam realmente ocorrendo em Mandado de Segurança contra atos que implicavam denegação de certos direitos a funcionários. Em outras palavras, para aqueles que são mais moços e não conviveram com isso, porque afinal de contas lá se vão vinte anos, vou dar um exemplo, o dos famosos triênios. Numa ocasião, a legislação federal criou uma gratificação por triênio de serviço. Numerosos funcionários requereram Mandado de Segurança pleiteando triênios, não a partir da data da lei, mas com efeito retroativo. Quer dizer, às vezes era um funcionário que tinha trinta anos de serviço e queria ter dez triênios, mas não para recebê-los a partir daquela data ou da data da lei, mas para receber de 30 anos atrás. E foram concedidas liminares muitas vezes de forma inconveniente, de forma talvez contrária ao espírito da lei, mas que foram executadas e houve casos assim. Depois os tribunais cassaram, mas a cassação não teve efeito prático, porque os funcionários em geral não são ricos e já tinham gasto o dinheiro, parte pagando advogados, parte festejando vitória. O caso é que foi um desastre em termos práticos. Daí, então, essa legislação, limitando as concessões de Mandados de Segurança, em certos assuntos relativos a funcionários, e principalmente exigindo que a execução só se fizesse depois da sentença transitada em julgado. Mas aí o legislador exorbitou. Eu acho que era natural a limitação. Que não se pagasse o funcionário, porque não se exigia caução, não se exigia nada. A reposição se fazia, às vezes, mas, já numa moeda aviltada. Em resumo, havia realmente uma falha grave no funcionamento. Mas o legislador, querendo consertar foi ao excesso oposto, quando passou a querer que só se pudesse executar sentença de Mandado de Segurança, que concedesse certas vantagens ao funcionário, depois de transitado em julgado. Aí o Mandado de Segurança ficou pior do que a Ação Ordinária, porque a Ação Ordinária, quando tinha execução naquela época, na pendência de Recurso Extraordinário, era ela, a execução, considerada definitiva. Então, o funcionário que ganhasse numa Ação Ordinária, pendente de Recurso Extraordinário, podia receber o dinheiro. E se fosse a vitória num Mandado de Segurança, e se houvesse um recurso, salvo o extraordinário, para o Supremo, o funcionário não podia levantar o dinheiro. Mas os tribunais são sábios. Foi uma solução pouco técnica, do ponto de vista da explicação jurídica, di-

gamos, mas que atendeu o essencial, que era evitar que o Mandado de Segurança passasse a ter um tratamento pior do que a Ação Ordinária ou qualquer ação. Merece aqui ainda uma observação à Constituição de 1967, que incluiu uma referência: quando ela novamente manteve o Mandado de Segurança como garantia constitucional, disse que ele seria dado no caso de direito individual. Talvez o legislador constituinte quisesse fazer uma restrição. Mas essa expressão acabou sendo considerada como não tendo alterado em nada o problema em relação ao direito anterior. Não houve modificações.

Uma modificação muito importante, que houve mais tarde, foi pelo Ato Institucional nº 6, que suprimiu o Recurso Ordinário.

Aqueles que são mais moços não se lembram disso. O Mandado de Segurança tinha uma característica muito curiosa no texto constitucional. Quando ele era concedido, o sistema do recurso era o comum. Quer dizer, concedido pelo tribunal, só poderia ir para o Supremo através de Recurso Extraordinário, se ocorresse uma das hipóteses previstas na Constituição para o Recurso Extraordinário. Quer dizer, havia limitação.

Já no caso de o Mandado de Segurança ter sido negado, a Constituição de 46 previa Recurso Ordinário. Esse Recurso Ordinário nunca teve uma regulamentação adequada. O Recurso Ordinário foi usado no sentido de um recurso comum. Digamos, seria uma apelação, uma coisa assim. Mas o caso é que então ficou. Como não houve uma regulamentação específica, ficou vigorando o seguinte sistema: quando o Mandado de Segurança era concedido, o Poder Público ficava numa situação pior, porque ele só teria acesso ao Supremo através de Recurso Extraordinário, cujas limitações todos conhecem. Já eram na ocasião mais ou menos as mesmas de hoje. Mas quando o Mandado fosse negado, o impetrante poderia levar, por um recurso normal, independente de qualquer pressuposto, a não ser a tempestividade, a sua queixa ao Supremo Tribunal Federal, que julgava aquilo como um tribunal julga uma apelação. Quer dizer, examinando todos os aspectos da questão. Sem nenhuma limitação, como tem, por exemplo, no Recurso Extraordinário.

Até esse Ato Institucional nº 6, a situação em matéria de recurso, depois de superados os tribunais estaduais, era mais favorável ao litigante do que ao Poder Público. Justificação para isto existia. E numerosos autores a defenderam. Eu mesmo a defendi. Apesar de quebrarem aparentemente o princípio de igualdade das partes, o quebravam em favor do particular em geral e não em favor do Poder Público. E nós sabemos que o particular merece mais pro-

teção do que o Poder Público, porque em geral a opressão quando vem é do Poder Público, e não, do particular. Mas esse recurso ordinário contra as denegações de Mandado de Segurança, pelos Tribunais, foi suprimido pelo Ato Institucional nº 6, de 1969.

Mais tarde, a Emenda Constitucional nº 1 restabeleceu a redação tradicional do Mandado de Segurança.

Como norma mais recente temos aí a Lei 6.978 de 1982, que passou um pouco despercebida àqueles que não lidam com matéria eleitoral, mas foi uma lei de grande importância, porque veio permitir o uso de várias medidas, inclusive de Mandado de Segurança, contra atos de partidos políticos. Quer dizer, o partido político passou a ser considerado uma autoridade coatora, uma autoridade pública para efeito de utilização de certos meios processuais contra atos praticados pelos partidos em prejuízo do cidadão.

Essas são as observações que eu devo fazer para os senhores na primeira parte do tema que me foi proposto. Seria, digamos assim, a parte histórica do Mandado de Segurança. Como eu disse no início, história em geral não é coisa interessante. Mas visualizei, aí, nessa curta exposição, a luta que o Mandado de Segurança vem sustentando. E além da luta contra aqueles que legislam, muitas vezes também lutam contra certas incompreensões nos tribunais. Não incompreensões de má fé absolutamente, porque a tendência do Juiz é sempre aplicar corretamente o direito. Mas é que as origens do Mandado de Segurança, não sendo muito definidas, não sendo muito precisadas, de maneira que fosse, digamos, um instituto que nós tivéssemos copiado de outro país e trouxéssemos para cá pronto, com uma estruturação já muito definida, então essa sua deficiência de elaboração fez com que a interpretação dos tribunais, das normas do Mandado de Segurança, fosse uma interpretação difícil, muito variada, nem sempre favorável ao particular, outras vezes excessivamente favorável. A construção de um instituto jurídico na jurisprudência a partir de poucas normas legais, de poucas palavras legais, e de um instituto como esse, em que o Poder Público, quando o Executivo pode e age para evitar que seja concedida uma medida que não agrada às vezes até às autoridades do Executivo, a interpretação de normas desse tipo é muito difícil. Se nós tivéssemos copiado esse instituto de um outro país, onde já tivesse tido um pleno desenvolvimento, com jurisprudência muito assentada e com uma doutrina já muito aperfeiçoada, seria muito fácil. Era só copiar aquilo. Mas o nosso Mandado de Segurança, temos que reconhecer, foi sendo feito

aos poucos, aos pedaços. E as imperfeições que ele teve no início, por exemplo quando se exigia que o ato da autoridade fosse manifestamente ilegal, isso refletiu, durante muito tempo, em várias, não digo falhas, mas imperfeições, que fizeram com que sempre se tivesse tido dificuldades, apesar de os juízes terem boa vontade para interpretá-lo e para aplicá-lo. Nesse sentido, a deficiência legislativa foi trazendo esses problemas. É verdade que, aos cinquenta anos de aplicação do Mandado de Segurança, nós podemos ver que já adiantamos muito. Mas os senhores encontram ainda, diariamente, restrições da parte de juízes: basta ver o caso do Mandado de Segurança em contraste a ato judicial. Os Srs. vêem que isso é um problema que vem evoluindo de longe. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, constando de sua Súmula, era muito restritiva, mesmo quando não sumária, era muito restritiva. Nos tribunais estaduais havia sempre afirmações em tese muito contrárias ao uso do Mandado de Segurança num ato judicial, apesar de ele estar previsto em vários textos, etc. Mas a forma das necessidades às vezes faz com que, não havendo outro caminho, o juiz acabe aceitando, porque o juiz também gosta de fazer justiça. Isso aqui não é nenhuma crítica aos juízes. Eles às vezes não acham o caminho. Às vezes a lei não lhe dá o caminho. Mas nós vemos que o Mandado de Segurança contra ato judicial já evoluiu grandemente, partindo de súmulas que hoje nós temos que considerar como superadas implicitamente, não expressamente. Hoje Mandado de Segurança contra ato judicial já está bem colocado pela Suprema Corte. Já temos hoje o Mandado de Segurança como instrumento realmente muito útil, apesar de todas essas dificuldades trazidas pela novidade do instituto entre nós, pela imprecisão inevitável na elaboração das normas.

A nossa palestra prevê também uma moldura constitucional do Mandado de Segurança. Foi, como eu disse, uma felicidade que nós tivéssemos tido o Mandado de Segurança defeituoso como norma constitucional, mas com um procedimento ao lado. Quer dizer, quando a Constituição de 1934 disse que ele teria a forma do *habeas corpus*, com isso ela permitiu que ele fosse utilizado imediatamente. Esse é um desses casos excepcionais. O legislador, ao criar um instituto, deu uma forma processual. E como eu disse, no início, tecnicamente pode ser criticado, mas em termos de eficácia foi excelente, porque ele funcionou desde o primeiro dia, independente de haver lei regulando, etc. Quer dizer, regulou como uma forma processual do *habeas corpus*. Do ponto de vista constitucional, atualmente, nós

temos algumas normas garantidoras do Mandado de Segurança e uma norma de competência. As normas garantidoras têm uma grande vantagem pela sua localização, no Mandado de Segurança. É que impedem qualquer tentativa de limitação. Basta lembrar que algum tempo atrás houve tentativa, inclusive de jurista de porte, que, ao fazer projeto-de-lei regulamentador do Mandado de Segurança, queria definir o que fosse direito líquido e certo. Ora, uma definição dessas pelo legislador ordinário, se ela fosse muito ampla, seria aceitável. Mas infelizmente as que apareceram foram restritivas. Então, a circunstância de o Mandado de Segurança estar com suas linhas básicas na Constituição tem essa grande vantagem de não permitir que, através de lei ordinária ou através de interpretação, possa ser diminuído o campo de ação do instituto. Porque infelizmente não há dúvida de que haverá sempre essas tentativas. Não por parte dos tribunais, porque os tribunais em geral são liberais. Mas se se permitisse que o Poder Executivo quisesse fazer com que fosse definido o que é direito líquido e certo, não há dúvida de que em pouco tempo, qualquer governante mais cioso da sua autoridade iria mandar um projeto-de-lei definindo o que é direito líquido e certo e, não tenham dúvida, não seria no sentido de ampliar o conceito que os tribunais fixaram e que é amplo. Seria sempre no sentido de limitação.

As normas que nós temos na Constituição são praticamente essas, garantidoras, nos termos em que a Constituição atual coloca. A Constituição atual modificou um pouco a redação em relação à Constituição de 34. Hoje concede-se o Mandado de Segurança para garantir direito líquido e certo, o que é equivalente à antiga expressão direito *certo e incontestável*. Direito certo, que é violado por ato ilegal da autoridade. Não precisa mais que a ilegalidade seja manifesta, nem inconstitucional, nem nada. Com isso aí nós temos já uma garantia grande e com enorme vantagem. É que toda vez que houver uma tentativa de limitação por uma lei ordinária, nós temos o recurso à Constituição, cujo sentido felizmente os tribunais têm procurado dar sempre, com amplitude.

A propósito dessa moldura constitucional do Mandado de Segurança, é bom lembrar que no mundo atual há uma tendência muito acentuada a considerar, cada vez mais, no processo em geral, uma garantia fundamental do cidadão. E portanto ligar o processo em geral à Constituição.

Num recente congresso no ano passado, na Alemanha, houve um relatório muito importante sobre o tema "Constituição e Processo Civil". Desse re-

latório eu destaquei umas observações que são muito importantes para o nosso problema brasileiro. Destaquei: que as normas de procedimento, para a defesa de direitos humanos, são de natureza constitucional. Destaquei mais, que o direito processual deve ser encarado mesmo como uma aplicação de direito constitucional, para poder assegurar um direito de uso do cidadão. Acentuei mais: que o direito processual, ao contrário do que sempre se propalou, não é um direito puramente técnico; ele é um direito ético e suas soluções e caminhos merecem ser incorporados às constituições. O que vem mostrar o acerto do nosso legislador quando, em 1934, já incorporou ao texto constitucional, não só um instituto, cujas características ninguém poderia precisar quais fossem, mas também até mesmo um procedimento que foi o procedimento do *habeas corpus*, como um meio de evitar que a protelação, numa legislação ordinária, impedisse o funcionamento daquele instituto.

Como sabem, o procedimento do *habeas corpus* é o mais elementar possível. Tradicionalmente, é um tipo de informação da autoridade coatora e em seguida o julgamento. Essa forma simplificada, dada no início, felizmente acompanhou o Mandado de Segurança, até hoje, e apesar de hoje não mais estar integrando a Constituição, esta fórmula processual, nós todos temos já na nossa consciência jurídica a convicção de que o Mandado de Segurança não pode nunca ser um procedimento mais pesado, mas complexo, mais complicado do que um procedimento ordinário moderno. Quer dizer, a sua colocação na Constituição teve essa virtude de ir aos poucos criando, no nosso espírito, a convicção de que ele tem de ter um procedimento mais simplificado, mais eficaz e mais valioso do que os outros procedimentos. Por isso é que a lei a que me referi há pouco, aquela que diz que a execução do Mandado de Segurança só pudesse ser feita depois de transitado em julgado, acabou recebendo, através de interpretação (que, como eu disse, talvez não fosse a mais correta tecnicamente, mas foi uma interpretação que veio colocar o Mandado de Segurança naquela situação de um procedimento que tem de ser mais eficaz do que os outros) seus devidos cerceamentos.

Nós podemos dizer que atualmente, com esta colocação do Mandado de Segurança dentro da Constituição, alcançamos duas grandes vantagens. Primeiro, ele não pode ser negado. Lá está como uma garantia constitucional. Segundo, ele não pode ser diminuído, porque toda interpretação, que se tiver que fazer dele, terá de ser sempre conferida com a Constituição, e não com legislação ordinária. De forma que todos esses projetos, que procuraram di-

zer que o direito líquido e certo do Mandado de Segurança é, digamos, o direito evidente, o direito claro, como há várias tentativas que volta e meia aparecem, todas essas tentativas esbarram com o texto constitucional, porque o que nós temos a interpretar é a Constituição e essa não pode evidentemente ser limitada por lei ordinária. Felizmente já se cristalizou na nossa jurisprudência e, por via dela, na consciência jurídica do país, a convicção de que o Mandado de Segurança é aquilo que a jurisprudência fez com base na Constituição. Quer dizer, é um instituto que realmente tem de ter mais eficiência, ser mais eficaz, mais simplificado do que os procedimentos comuns. Daí então é como eu estava dizendo. Quando a Lei 4.348, no seu art. 5º, parágrafo único, quis limitar a execução do Mandado de Segurança, o Supremo Tribunal Federal acabou, por vias não muito ortodoxas, a meu ver, mas entendeu de declarar inconstitucional este dispositivo e acabou não aplicando.

Para dar os conceitos finais sobre o assunto, eu quero lembrar que o conceito atual que se tem do Mandado de Segurança é justamente o de uma garantia constitucional, que portanto não pode ser limitada por lei ordinária. E como o intérprete máximo da Constituição é o Judiciário, só este poderá dizer qual o sentido do texto constitucional. E felizmente o nosso Judiciário tem sempre, neste caso, dado interpretação bastante satisfatória do texto constitucional, impedindo limitações. Salvo um ou outro caso que se tem visto ultimamente de Mandado de Segurança contra ato judicial. Mas nos casos típicos de Mandado de Segurança contra atos do Poder Executivo, principalmente, que é justamente o poder que pela sua modalidade de trabalho tem mais oportunidade de violar e legar direitos, a conceituação aí vem sendo num sentido satisfatório. Quer dizer, a orientação dos tribunais, de interpretar a conceituação geral do Mandado de Segurança, está sempre atuando em favor do cidadão, e não a favor do Estado.

Por último, eu quero aqui destacar que no Congresso de Direito Processual Civil, a que me referi há pouco, foi muito destacado que é indispensável que se dê um cunho constitucional à defesa do cidadão. E nesse ponto, parece que nós podemos nos orgulhar.

Por último, um apelo a todos, infelizmente nós temos sempre problemas políticos no país. Volta e meia nós temos tentativas de reduzir as garantias do cidadão, com os mais variados pretextos e sob as mais variadas formas. E o Mandado de Segurança tem sido até agora uma garantia excelente contra

as violações do direito por parte das autoridades. Já se criou uma consciência jurídica entre nós, que faz com que o Mandado de Segurança não seja mais um artigo ou dois da Constituição, mas sim um instituto que está na consciência jurídica do cidadão, na consciência jurídica do país. Faço um apelo: toda vez que quiserem reduzir o Mandado de Segurança, ou através de modificações, ou através de interpretação, que é uma forma de que às vezes o Executivo, principalmente, procura lançar mão através de influências junto aos tribunais, nós devemos sempre lutar para que o Mandado de Segurança seja sempre preservado como garantia na Constituição e que a sua aplicação seja sempre ampliada, a todos os casos em que não haja problemas quanto à apuração dos fatos, jamais o restringindo, em nome de princípios processuais menores. Infelizmente sabemos que a tendência do Estado nunca é de atender muito o cidadão e muito menos de querer ser controlado por nenhum poder, muito menos pelo Judiciário. E nós devemos insistir sempre em manter o Mandado de Segurança como uma garantia constitucional e com a interpretação tão ampla quanto possível, para maior tranquilidade do cidadão.

Agradeço a todos a atenção com que me ouviram e peço desculpas ter excedido o tempo que habitualmente uso em palestras. E também agradeço à direção do Instituto pelo honrosíssimo convite, com que me distinguiu. (Palmas prolongadas.)

PRESIDENTE — Eminentíssimo Professor Celso Barbi, estou certo de que interpreto a vontade de todos e o pensamento de todos no sentido de que não há pedido de escusas justificado na hipótese. V. Exa. realmente ocupou o tempo necessário à grandeza do instituto, não dos Advogados, mas do instituto do Mandado de Segurança e certamente não poderia nem deveria ter feito em menor tempo do que o fez. A Casa toda acompanhou com atenção, com emoção e com proveito indiscutível essa sua densa, sólida e encantadora exposição.

PROFESSOR SÉRGIO ANDRÉ FERREIRA — Queira inicialmente me esclarecer sobre a Lei 5.021. Eu tenho uma péssima memória.

PROFESSOR CELSO AGRÍCOLA BARBI — Se bem entendi, a primeira pergunta é sobre o alcance da Lei 5.021, se ela terá incluído efeitos condenatórios do Mandado de Segurança.

Durante muito tempo, como Professor de Processo, fui bastante formalista, exigindo às vezes expressões claras, expressas na lei, para poder encontrar um determinado instituto. Ou às vezes preocupado em que num determinado procedimento só se pudesse alcançar um determinado efeito. Mas com o tempo a gente vai evoluindo e também se modificando. Eu entendo que hoje, numa linha mais evolutiva, não se pode querer colocar um procedimento qualquer como se ele fosse puramente condenatório ou puramente declaratório ou puramente constitutivo. Acho que foi uma colocação rígida, uma tentativa de enquadrar um procedimento dentro desse tipo. Teoricamente seria certo, mas na prática leva às vezes a resultados desfavoráveis. No caso, a nossa Lei 5.021, a meu ver parece que nós temos um ponto de vista comum quanto ao alcance da sentença concessiva do Mandado. Nós entendemos que, contra a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, os efeitos anteriores à sentença estão incluídos na sentença concessiva do Mandado.

No caso da Lei 5.021, eu entendo que, apesar de que o Mandado de Segurança normalmente possa ser condenatório, possa ser declaratório e possa ser constitutivo, quer dizer, a sentença pode ser numa dessas categorias, naqueles efeitos pretéritos, assim, como uma decorrência da lei, o Poder Público terá de pagar. Ele tem natureza condenatória, ainda que a lei não diga.

Eu acho que, conforme sustentei anteriormente no meu trabalho, a Lei 5.021 deve ter uma interpretação mais liberal do que os tribunais, inclusive o Supremo, têm dado. O Supremo parece que tem uma súmula anterior e veio a lei e ele não quis ceder à modificação. Entendo que aí há um efeito condenatório não-explícito.

Agora, quanto a haver abuso do Mandado de Segurança. Evidentemente que todo instituto útil se pode prestar a abusos. Eu acho que neste caso, ou por despreparo do advogado ou às vezes porque ele nem sempre é muito cioso dos princípios, ele pode usar Mandado de Segurança em caso em que ele é incabível. E em outras ocasiões não se dá isso, às vezes porque o advogado é desses que gosta de abrir caminho e vê que o Mandado de Segurança potencialmente é muito rico e comporta uma tentativa de ampliação no seu campo de ação. Eu não acho que haja abuso do Mandado de Segurança. Eu acho que há muitas vezes um uso indevido, muitas vezes por despreparo do advogado, como a gente vê, por exemplo, em Ação Declaratória. O número de Ações Declaratórias que, pelas exigências do Código anterior, eram propostas de forma incabível, era enorme. Mas é porque às vezes dificuldades técnicas fa-

zem com que o profissional menos experimentado, e menos conhecedor das técnicas daquele instituto, use, até de boa fé, achando que esse instituto é cabível. Eu não acho, por exemplo, que haja um abuso. É que às vezes há um uso por um profissional não bem capacitado e que não sabe utilizar o instituto.

Agora parece que há uma pergunta relativa a Mandado de Segurança contra liminares. Quer dizer, concedida uma liminar no Mandado, o interessado requer, por sua vez, um Mandado de Segurança contra aquele ato. Eu confesso que na minha prática de advocacia, e das leituras de jurisprudência, não tenho encontrado esses casos. Isso é meio difícil, porque o Mandado de Segurança tem como pressuposto um direito líquido e certo. Ora, um direito líquido e certo contra uma decisão judicial provisória é difícil. Pode ser que na prática aconteça. A prática é muito rica. A realidade é muito rica na variedade de hipóteses de casos que nos oferece e aquilo que às vezes, numa conversa acadêmica, nos parece impossível acontecer, aparece no dia seguinte. E nós já vimos. Eu realmente já vi uma vez Mandado de Segurança contra Mandado de Segurança. Mas a verdade é que a liminar é um ato de natureza discricionária. A liminar é sempre, pelo caráter provisório, de natureza cautelar, de modo que não é fácil que se perceba ali uma ilegalidade. Mas há. Tem havido casos. Ainda recentemente o Tribunal de São Paulo julgou de um modo, e depois o Supremo Tribunal Federal julgou de uma forma diversa, dizendo que em certas medidas cautelares estava havendo uma ilegalidade, que o uso da cautelar ali já excedia aqueles limites da discricionariedade. O Juiz estava concedendo além da discricionariedade dele. Ele estava passando à ilegalidade. Eu acredito que realmente possam acontecer casos assim. Mas normalmente, na minha experiência, na minha observação profissional, eu talvez nenhuma vez tenha visto Mandado de Segurança requerido contra a liminar, porque a própria liminar é por natureza provisória e é ato discricionário. Então, nós acharmos que um Juiz ao conceder uma coisa que está dentro do seu poder cautelar, dentro do seu poder discricionário, está por sua vez fazendo uma ilegalidade, não é muito fácil de acontecer. Não nego que possa haver, em tese. Mas na prática é difícil que se possa ver num ato discricionário, por natureza, como é a concessão da cautelar, uma ilegalidade, que por sua vez dê margem a um Mandado de Segurança.

Agora, o problema do Mandado de Segurança nos direitos difusos. Se seria possível ampliar e seria possível ampliar e seria possível uma ampliação

para a proteção de interesses legítimos. O problema desses chamados direitos difusos, uns chamam direitos difusos, outros interesses legítimos, etc. ..., é uma questão que ainda não está satisfatoriamente resolvida pela doutrina. Não pela jurisprudência. Ainda recentemente no Congresso de Direito Processual que referi, na Alemanha, no fim do ano passado, houve um relatório muito bem feito pelo Professor Mauro Capelletti, em que ele coloca algumas dessas dificuldades, no problema dos direitos difusos. Porque ninguém nega que há necessidade de proteção desses direitos difusos, mas a proteção deles, tendo em vista a construção tradicional do processo, é extremamente dificultada, porque aí vem o problema da coisa julgada. O exemplo é da coisa julgada. Não é possível que se admita que o julgamento de uma questão desta, de direitos difusos, entre A e B, vá promover efeito em relação a outros que não foram parte nas demandas. Agora, cabe permitir que aquele mesmo tipo de direito difuso possa ser rediscutido indefinidamente por outras pessoas? O próprio Professor Capelletti, no seu relatório, acentua que o problema da proteção dos interesses legítimos, dos direitos difusos, ainda não conseguiu encontrar um enquadramento doutrinário e legislativo satisfatório. Ora, o Mandado de Segurança, que tem contornos mais rígidos, talvez não seja um instrumento adequado para a proteção desses direitos, porque ele não tem, na sua regulamentação, normas capazes de enfrentar esses problemas que surgem. Por exemplo, o problema da coisa julgada em relação a terceiros. Como ficaria? Esse interesse, em geral, se refere a várias pessoas. A negativa, no mérito, em relação ao impetrante, produziria coisa julgada em face de outros que tinham o mesmo interesse na reclamação daquele interesse? Acho que o problema não está resolvido no caso do plano do Mandado de Segurança. Pode ser que num ou noutro caso o Mandado de Segurança se revelasse como um instrumento adequado processualmente para a proteção de algum interesse que for. Mas como norma geral, eu acho que não. A lei já quis dar ao Mandado de Segurança, eventualmente, uma finalidade de proteger esses interesses legítimos, que em alguns casos são chamados direitos difusos. Mas não só a nossa jurisprudência não aceitou; a nossa doutrina também não foi muito propensa e acabou isso vindo a desembocar na Ação Popular, que hoje, como nós sabemos, protege numerosos casos que a rigor constituem interesses legítimos e não seriam, a rigor, casos de Ação Popular.

A última pergunta se refere justamente à iniciativa do Ministério Público nos campos do interesse geral, quer dizer nesse interesse difuso.

Como eu estava dizendo, eu penso que no campo do Mandado de Segurança, acho que em alguns casos poderia, em princípio, haver uma adequação das suas normas, para proteger alguns interesses difusos, alguns desses interesses legítimos que não sejam constituídos propriamente como direito subjetivo. Mas um estudo desse problema, nesse Congresso realizado no ano passado, mostrou que a problemática disso não é simples. Mestres como Capelletti não conseguiram resolver o problema na sua integralidade. Eles percebem que os conceitos de direito, para o quadro existente atualmente, ainda não são perfeitamente adequados para a proteção dos interesses difusos, pela via judicial. É claro que para a atuação de órgãos, como o Contencioso Administrativo Francês, seria diferente. Mas, com certa rigidez, como tem o Poder Judiciário os autores sentem que o assunto ainda não está suficientemente amadurecido para se poder abandonar aqueles conceitos tradicionais de processo, que eram adequados para a proteção de direitos individuais; ou pelo menos abandonados sem ter outros completos para proteger os interesses difusos ou esses interesses legítimos. Repetindo: o processo tradicional não se tem mostrado adequado para proteger esses interesses. Agora, não se conseguiu criar ainda um processo capaz de atender à proteção desses interesses difusos.

Eu penso que o Mandado de Segurança tem uma estrutura bastante rígida. A nossa legislação é rígida. E eu acho que a proteção dos interesses difusos, através do Mandado de Segurança, não seria fazer o caminho adequado. Acho que a Ação Popular hoje, em vários casos, já dá esta proteção. E o conveniente talvez fosse mesmo uma legislação específica para a proteção desses interesses. Legislação essa que eu reconheço será de construção extremamente difícil. Apesar de se sentir uma ansiedade, um desejo geral de proteção a esses interesses difusos, penso que as normas de processo ainda não alcançaram a maturidade necessária para dar uma proteção satisfatória.

Peço desculpas se fui excessivamente longo.

PRESIDENTE — Continua franqueada a palavra a quem queira formular interrogações.

Pois não, por favor. Eu queria rogar que chegasse um pouquinho mais próximo ou falasse um pouquinho mais alto a fim de que pudéssemos ouvir.

A indagação é se a criação dos Contenciosos Administrativos previstos na chamada Emenda Figueiredo, diminuiria, ou não, o âmbito de tutela judicial hoje existente no Mandado de Segurança.

PROFESSOR CELSO AGRÍCOLA BARBI — Eu confesso que não examinei em detalhes o projeto do Governo. Então, eu não poderia lhe dar uma resposta segura. Mas posso dar uma opinião. Eu entendo que a se fazer um Contencioso Administrativo no qual nós não temos nenhuma tradição, porque a tradição imperial já desapareceu, no século passado, com grandes despesas, com grandes instalações, pessoal, etc., seria melhor às vezes entregar essas questões ao Poder Judiciário, dedicando maior soma de recursos a esse Poder Judiciário, porque a instalação de órgãos para julgamento das questões do Contencioso Administrativo vai implicar em prédios, material, pessoal, secretarias, etc. Ora, a fazer todas essas despesas para constituir uma entidade separada, por que não colocar estes recursos à disposição do Judiciário, para melhorar a sua situação? Eu não vejo, nas tentativas de implantação do Contencioso Administrativo no Brasil, nunca, a justificativa que é dada na Europa, que é a justificativa de um pessoal mais habilitado para examinar os aspectos puramente administrativos e funcionais da questão, sem dar uma exclusividade ao aspecto puramente jurídico. Não vejo nessas nossas tentativas nada que se aproxima disso, quando dizem ter o Contencioso Administrativo Francês, para padrão. O que eu vejo aqui, muitas vezes, é uma tentativa de tirar do Judiciário certas questões, sem que se tenha a garantia de que essas questões vão ser entregues a pessoas que gozem das garantias que detêm os membros do Poder Judiciário. As três garantias são indispensáveis a um julgamento independente e que dê tranqüilidade ao cidadão.

E ainda podemos observar que em numerosos países, eu dou o exemplo a Itália, que é um país de grande cultura jurídica, há um Contencioso Administrativo que apenas se refere aos chamados interesses legítimos. Toda vez que se discute direito subjetivo do cidadão, o Contencioso Administrativo lá não tem competência. Talvez se nós tivéssemos de caminhar para um Sistema de Contencioso Administrativo, seria preferível caminhar não para o Sistema Francês, mas para o Italiano, porque no Sistema Italiano toda lesão de direito individual é entregue ao exame do Judiciário. Apenas as lesões dos chamados interesses legítimos, que são, digamos, direitos subjetivos muito enfraquecidos, vão para esses órgãos de Contencioso Administrativo. Com isso nós teríamos a garantia de que qualquer lesão de direito individual estaria entregue a juízes com as garantias constitucionais. E essas questões, que não constituem tratamento de Direito Subjetivo, mas sim simples interesses, é que poderiam então estar entregues a esses órgãos do poder administrativo. E os

quais lá gozam de razoáveis garantias para poder decidir também com imparcialidade.

Em resumo, apesar de ter simpatias pela instituição do Contencioso Administrativo, eu acho que no Brasil nunca houve uma tentativa séria de implantá-lo. Eu acredito que, mesmo com uma tentativa séria de implantá-lo, de molde que visem o interesse público e a defesa do cidadão, se deva ter dúvidas sobre a conveniência, porque as dificuldades técnicas são de tal ordem, que talvez não compense. A nossa tradição, desde os tempos de Portugal, é uma tradição judiciarista. O melhor às vezes é a especialização dos juizes, como hoje se consegue, onde há um número maior de questões de Direito Administrativo, Tributário, etc. O Juiz vai se especializando e ele, jogando com todas as garantias, passa a julgar sem um excessivo preconceito, digamos, legalista e tendo em vista também o interesse da administração. Acho que é uma questão mais de grau e não de essência.

Quanto ao Mandado de Segurança contra ato judicial, por coincidência estou até escrevendo um pequeno trabalho. Entendo que infelizmente as nossas leis processuais nem sempre dão ao cidadão meios capazes de evitar uma lesão de um direito seu, causada por um ato judicial. E toda vez que houver essa lesão e que não houver um meio capaz de evitá-la, eu entendo que deve ser cabível o Mandado de Segurança contra ato judicial. O Supremo Tribunal Federal vacilou durante muitos anos nesse assunto. Firmou jurisprudência que está na súmula e que não satisfaz. Mas de uns anos para cá, num julgamento famoso, oriundo do Rio Grande do Sul, o Supremo fez um reexame completo do assunto, num voto do Ministro Moreira Alves, que acabou vencido, mas que fez uma colocação muito perfeita, a meu ver. Eu falo assim com muita isenção e com muita tranquilidade, porque escrevi muitas vezes contra o Mandado de Segurança contra ato judicial. Mas a realidade mostra que há casos em que a lesão do direito existe e não há meios processuais adequados para reparar. Então, entre deixar o direito perecer e abrir mão de um princípio teórico, nós devemos abrir mão do princípio teórico. Desde que há uma lesão de direito causada no curso de um processo judicial, que essa lesão é grave e praticamente irreparável, e não há recurso capaz de evitar a lesão, podemos admitir o Mandado de Segurança.

PRESIDENTE — Eminentíssimo Professor Celso Barbi, por minha vontade, creio que de todos que aqui estão até essa hora, iríamos prosseguir a sessão.

Ocorre que a hora vai avançada e Vossa Excelência nos brindou com uma densa e encantadora palestra a respeito de tema tão relevante, enriquecida ademais pelas respostas dadas às perguntas aqui colocadas.

Vossa Excelência, por favor, receba o meu agradecimento pessoal e o agradecimento do Instituto dos Advogados Brasileiros por ter Vossa Excelência aquiescido em dar abertura a este ciclo com uma tão inesquecível palestra como a desta noite. Realmente é uma enorme alegria para nós todos. Foi uma imensa honra para mim, pessoalmente, ter tido Vossa Excelência aqui nesta noite.

OUTROS LIVROS DE NOSSA EDIÇÃO:

Rui Barbosa

DISCURSOS NO INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS
(Co-edição com IAB e Fundação Casa de Rui Barbosa)

Fritz Baur (Prof. da Universidade de Tübingen, Alemanha)

TUTELA JURÍDICA MEDIANTE MEDIDAS CAUTELARES
Tradução de Armindo Edgar Laux

Mauro Cappelletti (Chefe do Departamento de Ciências Jurídicas
do Instituto Universitário Europeu, Florença, Itália)

O CONTROLE JUDICIAL DA CONSTITUCIONALIDADE DAS
LEIS NO DIREITO COMPARADO
Tradução do Prof. Aroldo Plínio Gonçalves

V. C. Cysneiros (Prof. da Unisinos e da Ritter dos Reis)

O ESTRANGEIRO E A PROPRIEDADE RURAL

José Eduardo Faria (Prof. da Universidade de São Paulo)

A CRISE CONSTITUCIONAL E A RESTAURAÇÃO DA LEGITIMIDADE

Vladimir Giacomuzzi (Diretor da Escola Superior do
Ministério Público do RS) Org.

O DIREITO PENAL E O NOVO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO

J. Jappur

SUGESTÕES E QUESTÕES CONSTITUCIONAIS
(Ed. Atrium)

Eduardo de O. Leite (Prof. do Pós-Graduação da
Universidade Federal do Paraná)

A MONOGRAFIA JURÍDICA

Roberto Lyra Filho (Prof. da Universidade de Brasília)

KARL, MEU AMIGO: DIÁLOGO COM MARX SOBRE O DIREITO

Leonel Severo Rocha (Prof. da Universidade Federal de Santa Catarina)

A PROBLEMÁTICA JURÍDICA: UMA INTRODUÇÃO TRANSDISCIPLINAR

Ian Schapp (Prof. da Universidade de Giessen, Alemanha)

PROBLEMAS FUNDAMENTAIS DA METODOLOGIA JURÍDICA
Tradução do Prof. Ernildo Stein

A. G. Spota

O JUIZ, O ADVOGADO E A FORMAÇÃO DO DIREITO
ATRAVÉS DA JURISPRUDÊNCIA
Tradução do Prof. Jorge Trindade