

## MANDADO DE SEGURANÇA: MEIO SÉCULO DE APLICAÇÃO

J. M. OTHON SIDOU \*

SUMÁRIO: I. *Pressupostos Constitucionais*. 1. *A posse dos direitos*. 2. *A posse dos direitos não corpóreos*. 3. *Origens do Mandado de Segurança*. 4. *A criação do instituto em 1934*. 5. *Lineamentos constitucionais*. II. *Características processuais*. 1. *As leis disciplinadoras*. 2. *Requisitos processuais*. 3. *Os elementos integrantes do processo*. 4. *A decadência do direito de pedir*. 5. *As Liminares em Mandado de Segurança*. 6. *Fase conclusiva do processo*. 7. *Os recursos*. 8. *Sucumbência*. III. *O Instituto cinquentenário*

### I. PRESSUPOSTOS CONSTITUCIONAIS

#### 1. *A posse dos direitos*

A posse dos direitos, tanto material, chamado direito das coisas, como imaterial, chamado direito pessoal, ou obrigacional, decorre de um conceito negativista. Resultante de uma senhoria total sobre um bem, material ou imaterial, ela, a posse, não se concentra na senhoria em si mesma, o que levaria ao ilogismo de estabelecer-se um vínculo jurídico de um indivíduo com uma coisa ou um fato, como se coisa e fato pudessem ser sujeito de relação ; mas no poder de afastar da senhoria sobre essa coisa ou esse fato toda e qualquer violação por parte de outrem. Esse poder, está claro, é abstrato, não iminente, tampouco independente. O indivíduo pode defender o que é seu — tem, pois uma expectativa de direito, porém o direito somente surge com uma relação, e esta só se perfaz com a conjugação de uma circunstância triplíce: objeto, fato (ambos assentes na senhoria) e sujeitos — ativo e passivo (só o primeiro dos quais reponta da senhoria).

\* Professor nos Cursos de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro — Da Academia Brasileira de Letras Jurídicas).

A senhoria é, sem dúvida, o conteúdo do direito possessório, mas não constitui o seu substrato, à mingua do elemento que o complete. O substrato está, com propósito, no *poder defendê-la*.

O *ius in re*, dos intérpretes medievais, somente se integra na senhoria em caráter latente, potencializado *erga omnes*, isto é, contra toda a multidão de indivíduos, coletivizados ou não, capazes de violá-la, portanto sem predeterminada relação jurídica e para a exclusiva eventualidade de intervenção alheia em disputa de um interesse sobre seu objetivo.

Da conjugação do fato e da coisa surge uma expectativa de direito para quem o detenha, no exclusivo intuito antecipado de proteção.

Protegendo-se a posse, material ou imaterial, a senhoria transforma-se em fato jurídico, que é um elemento do direito, mas não todo o direito, e é por via desse elemento que o *dominus* tem a faculdade de dispor da coisa de modo mais ou menos amplo, porque tem a capacidade de exercitar juridicamente a sua proteção. Noutras palavras, o direito possessório é proteção jurídica que o indivíduo tem sobre a coisa possuída.

O vínculo jurídico resultante de senhoria é abstrato, na dependência de quem reaja contra a ocupação, discuta a acessão, oponha-se à mancipação, conteste a usucapião, ou simplesmente ameace o exercício de um desses direitos.

Falamos em termos de propriedade, o direito real por excelência, no seu sentido de coisa propriamente dita. No referente à propriedade extensiva, ou imaterial, o quadro possessório não se modifica.

Abstraída a dúvida quanto a constituir a posse um fato ou um direito, que damos por irrelevante para efeito deste estudo, permanece válido o raciocínio sobre que do elemento intencional, do *animus domini*, que caracteriza a senhoria, só resulta uma expectativa de direito, a qual assenta unicamente na proteção jurídica, começada em forma dos interditos do velho direito romano. Haja vista que a proteção possessória, objeto desses interditos, tinha por finalidade precípua amparar uma situação de fato, não propriamente defender um direito; e, a dar apreço à lição de SAVIGNY, surgiu esteada em motivação de ordem pública, tendo em mira a necessidade de não ser perturbada a paz social. Ora, não se pode cogitar de perturbação da paz social somente com a faculdade de senhoria, antes que alguém a conteste ou a esbulhe; nem é apenas a defesa de um estado sobre uma coisa material e não também a defesa de um estado sobre um bem imaterial que pode determinar a perturbação da paz social.

Comum é ouvir-se dizer: “tenho direito a este prédio”; “tenho direito

a esta servidão." É de reconhecer que não há nestas afirmativas nenhum efeito de ênfase. Nem mesmo se trata de uma metáfora. O que ocorre é que, tendo em vista a inexistência total de sujeitos passivos individualizados, mas hipotéticos, a abstração do fato funde-se na concreção do objeto, e assim materializados pela faculdade de uso e fruição, passam a preencher o lugar do sujeito elíptico, confundindo o direito com a coisa.

Que diferença faz quando se ouve dizer: "temos direito de reunirmo-nos"; "tenho direito à promoção de cargo"?

É não é somente na seara dos direitos possessórios que tal ocorre. No direito das pessoas, é o que se dá quanto ao nome. "Tenho direito ao meu nome", é o que todos podem dizer.

Acontece, porém, que não existe, *in abstracto*, um direito ao nome, como também um direito ao prédio ou à servidão, um direito à reunião, um direito à promoção, porém um direito à sua proteção, sempre depois de formada a relação jurídica entre a senhoria e o eventual perturbador.

O poder abstrato que o indivíduo tem sobre uma coisa, material ou imaterial, no sentido de mantê-la em caráter de senhoria exclusiva, ou personalíssima, opondo-se à interferência de idêntico poder abstrato de outrem, soletividade ou indivíduo — eis a essência do direito possessório.

Para efeito de tornar estável esse direito é que, no processo de cristalização dos direitos e desde eras priscas, construíram-se as garantias, de antanho genéricas — *si in ius vocat, ito*; eis a primeira lei das Doze tábuas séculos depois, e até agora, interditais.

## 2. A posse dos direitos não corpóreos

Para os que se familiarizaram, pelo estudo histórico, com a formação patriarcal romana, densamente impregnada na *patria potestas* e sobretudo no conceito amplíssimo de *patrimonium*, abrangente de pessoas, coisas e direitos, não há estranheza em observar que só tardiamente se estendeu a proteção possessória aos direitos não corpóreos.

Entretanto, é de lembrar que o jurisconsulto GAIO, fazendo história em suas Institutas, dá como imemorial o poder de agir *quisquis populo*, isto é, sem qualquer conteúdo de senhoria.

Como quer que seja, a posse dos direitos não corpóreos, erroneamente chamados direitos pessoais, em oposição a reais, começou a sedimentar no próprio direito romano, sendo a mais vetusta referência uma

constituição do ano 302, de Diocleciano, ao fazer expressa e repetida referência à “posse da liberdade”.

Igualmente, o antigo direito germânico já opunha um instituto — *Gewähe* — para proteger tanto direitos reais (*iura in re*), como os demais (*iura ad rem*).

Esta contribuição romano-germânica fez-se sentir nas Ordenações, a as últimas, as Filipinas, que foram direito brasileiro também, protegiam a posse dos direitos corpóreos e não corpóreos.

Ali, no Livro III, título 78, § 5º, está escrito: “Se alguém se temer de outro, que o queira ofender na pessoa, ou lhe queira sem razão ocupar e tomar suas coisas, poderá requerer ao juiz, que segure a ele e às suas coisas do outro, que o queira ofender, a qual segurança lhe o juiz dará; e se depois dela ele receber ofensa daquele de que foi seguro, restituí-lo-á o juiz, e tornará tudo o que foi cometido e atentado depois da *segurança* dada, e mais procederá contra o que quebrantou e menosprezou seu *mandado*, como achar por direito.”

Este fragmento está inserido, como exemplo, entre as normas sobre os “autos extrajudiciais”, recurso solto, argüível para os tribunais contra as resoluções tomadas por entidades públicas, que, com precisão, o Professor Marcello CAETANO diz poderem ser chamadas autoridades administrativas.

### 3. *Origens do Mandado de Segurança*

Se quisermos, pois, buscar a origem onomástica do instituto brasileiro disposto contra o abuso de direito, nada mais sensato do que recuar, no tempo, às Ordenações Filipinas, de 1603.

Se desejarmos, com lógica, desnovelar o mandado de segurança e todos os institutos similares do mundo moderno em busca de uma comum fonte histórica, não erraremos em apontar os interditos romanos. E logo o demonstraremos.

A primeira parte da ordenação transcrita — “se alguém temer de outro, que o queira ofender *na pessoa* — faz ressaltar uma proteção de sentido tipicamente pessoal, ou não real. A segunda — “ou lhe queira sem razão ocupar e tomar *suas coisas* — consagra uma garantia de caráter real, ou corpórea. E *alguém*, a que a ordenação se refere, não pode ser outro que as Universidades das Cidades, Vilas, Concelhos, Colégios, Confrarias e quaisquer outros semelhantes, especificamente citados no *caput* do Título 78 e contra que é lícito “apelar para Nós e para nossos Desembargadores e Oficiais”. Noutras pala-

bras: autoridades administrativas, ou ofensoras, aquelas, e autoridades judiciárias, as últimas, conhecedoras do recurso.

Numerosos autores testificam que em sua transição desde a Roma pós-clássica, o direito emergiu na sistemática das Ordenações já apresentando bem delineada a posse dos direitos pessoais. Tal não passou despercebido a RUY BARBOSA, com respeito ao fragmento citado, sendo sua a observação: "A Ordenação, L. 3, tit. 78, § 5º, contemplava evidentemente, na idéia de posse, dois ramos distintos, bifurcados pela disjuntiva *ou*: a pessoa e as coisas; os atentados contra essas e os atentados contra aquela. Se admitem que na concepção de coisa só cabe a propriedade, com os seus desmembramentos, na de pessoa incluem inegavelmente todos os direitos pessoais."

Como que seja, se para resguardar o direito de posse, tanto incorpórea como corpórea, os interditos foram o remédio de imperturbável aplicação em suas formas genéricas e específicas, coadjuvadas pelas figuras que ao depois surgiram, representadas nos forais e privilégios, a cujo elenco pertencem as "cartas de segurança" e as "cartas de seguro", o certo é que, para efeito dos direitos incorpóreos não tinham expressão os interditos respectivos, da família *exhibendum*, para acudir o temor de constrangimento.

Tornado o Brasil independente, faltou, de fato, um remédio destinado especificamente a proteger os direitos incorpóreos. A Constituição do Império estabelecia um programa, ao assentar o direito de reclamações, queixas ou petições, e continha implicitamente o *habeas corpus*, posteriormente consagrado no Código Penal de 1830 e disciplinado no Código de Processo Criminal de 1832.

Nada, porém, de explícito quanto ao agravo de direito, ou abuso de poder, cometido por autoridade pública, quando já de muito esvaído o recurso interposto dos "autos extrajudiciais", da precitada ordenação reinol.

Com a proclamação da República, a Lei n. 221, de 1894, teve oportunidade de sanar a lacuna. A então criada "ação anulatória de atos administrativos" era um processo sumário, sem oferecer qualquer característica que a peculiarizasse. Admitia-se contra as "lesões de direitos individuais por atos ou decisão das autoridades administrativas da União". Reedição do *judiciary Act* de 1789, dos Estados Unidos da América, no afetar ao Poder de justiça a invalidação dos atos institucionais ou ilegais da administração, a lei que criou aquela ação anulatória, ela própria uma importação caracterizada do *mandamus*, excluiu taxativamente o *habeas corpus* de seu campo de aplicação, ao

prevenir que as disposições novas não alteravam o direito vigente nos diversas situações.

Mas a força do dispositivo constitucional favorecia a coexistência do *habeas corpus* com a ação sumária especial. Esta promanava de uma lei, aquele de uma Constituição, militando em desfavor da norma legal o fato de não garantir contra a ameaça de lesão, porém apenas em caso de agravo consumado.

Ademais, a “ação sumária”, que originariamente comportava a parada de execução da medida atacada, teve abolida em 1908 a concessão liminar da garantia, o que fez definir mais ainda o neutralizador e, em contrapartida, reforçar o apelo ao *habeas corpus* civil, já então florescente dentro da teoria brasileira.

“Dar-se-á o *habeas corpus* sempre que o individuo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência ou coação, por ilegalidade ou abuso de poder” —eis como se configurava o artigo 72, § 22, da Carta de princípios republicana, adotando como cânon constitucional um instituto até então processual.

Em verdade, se a Carta republicana pretendesse manter no Brasil o *habeas corpus* na mesma dimensão jurídica do Império e nas mesmas linhas clássicas da legislação comparada —proclamava Ruy Barbosa— teria omitido qualquer definição, por implícita, sem falar ampla e indeterminadamente em coação e violência. “Quando se mantém uma instituição —insistia o Jurisconsulto— mantém-se o que existe, mantém-se o que se acha estabelecido, mantém-se o que se encontra, consolida-se o que estava. Foi o que fez a Constituição com respeito ao juri: “é mantida a instituição do juri.” Mas não foi o que fez no tocante ao *habeas corpus*.”

Fosse como fosse, por mais pura e irreprochável, por mais nutrida e sustentável que se apresentasse a teoria brasileira do *habeas corpus*, ainda assim ela deixava um vazio no campo protetório dos direitos pessoais, posto como seu artífice, o inolvidável PEDRO LESSA, sempre vinculou o interdito britânico às situações relacionadas com o exercício de locomoção.

A toda evidência, o *habeas corpus* seria sempre um remédio de empréstimo para suprir uma deficiência institucional, jamais um específico criado a talho para fazer refluir todas as lesões contra a posse dos direitos incorpóreos.

Em sua obra saída em 1914 —*A Organização nacional*— Alberto Torres ofereceu um projeto de Revisão constitucional, antecedido de judiciosas considerações. Na parte que nos interessa, projetou, na

seção correspondente ao Poder Judiciário, o artigo 73, *verbis*: “É criado o *mandato de garantia*, destinado a fazer consagrar, respeitar, manter, ou restaurar, preventivamente, os direitos, individuais ou coletivos, públicos ou privados, lesados por ato do poder público, ou de particulares, para os quais não haja outro recurso especial.”

Ai estava a denominação para o anelado instituto —*mandado de garantia*, locução já muito antiga, proposta por Melo Freire, como medida processual, em seu Projeto de Código Criminal português.

Em 1922, Muniz Barreto, então ministro da Suprema Côrte, obteve o sufrágio do Congresso Jurídico promovido pelo Instituto dos Advogados Brasileiros em comemoração do Centenário da Independência, para a tese na qual expunha a carência de um remédio semelhante ao recurso de *amparo* do México. Não reclamava ele um remédio constitucional, porém processual, prevendo que mais cedo ou mais tarde o *habeas corpus*, ampliado sobre sua origem onomástica, deixaria de resistir à sobrecarga que lhe atribuíram os construtores da República.

Com efeito, a reforma constitucional de 1926, única da primeira República e conhecida como Reforma Bernardes, fez refluir o instituto ao padrão clássico, e o férreo desejo dos redatores do novo preceito manifestou-se sem subterfúgio: *habeas corpus* somente para subtrair alguém da prisão ilegal ou para evitar ameaça ilegal de prisão. Se as nossas leis processuais se acham desprovidas de meios rápidos e eficazes para sanar a ofensa a respeitáveis direitos —dizia o relator-geral da Reforma— é o caso de se criarem e regulararem esses remédios jurídicos, sem desvirtuar o *habeas corpus*.

Logo surgiram os tentames em busca do antídoto jurídico, e sete projetos de lei tiveram trânsito na Câmara dos Deputados, de 1926 a 1930, criando “mandado de proteção / mandado de restauração”, “mandado de reintegração, de manutenção e proibitório”, “ação de manutenção”, “ordem de garantia”, “mandado proibitório”, “mandado assecutoratório ou recuperatório”. Desse elenco prolífico de idéias, merece distinguir os projetos de Gudesteu Pires, por ser o pioneiro; de Olidon Braga, pela inovação relevantíssima da medida liminar, e de Bernardes Sobrinho, pela não menos relevante lembrança de dar efeito de coisa julgada à sentença no remédio preconizado.

Mas nenhum desses projetos chegou a ser convertido em lei, e todos foram arquivados em consequência da dissolução do Congresso Nacional pela revolução de 1930.

#### 4. A criação do instituto em 1934

Com o processo de reconstitucionalização do País, em 1933, emergiu o velho anseio por um anteparo contra a ilegalidade e o abuso de poder.

A denominação *mandado de segurança* é feliz inspiração de João Mangabeira, que se foi tirá-la premeditadamente da despreziosa ordenação filipina, não o sabemos e nunca o revelou o egrégio jurisconsulto.

A fórmula João Mangabeira, cuja primeira referência oficial fe-se no Diário Oficial da União, de 4 de fevereiro de 1933, alusiva à sessão de 27 de janeiro precedente da Comissão do Anteprojeto Constitucional, conhecida por Comissão do Itamaraty, pôde inspirar-se em fato novo, ante a descontinuidade do regime.

Promulgada a Carta de princípios, a 16 de julho de 1934, integrava o artigo 113, consagrado aos direitos e garantias individuais, o item 33, *verbis*:

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

Ao estabelecer que o processo seria o mesmo do *habeas corpus*, a Constituição criou um remédio já disciplinado. Assim, permitiu que o primeiro pedido de garantia pudesse ser ajuizado, horas depois de promulgada a Carta, na comarca de Limoeiro, no Estado de Pernambuco, com o desfecho favorável ao paciente, um funcionário municipal. E em 10 de setembro do mesmo ano do advento constitucional, a Suprema Côrte julgou o primeiro mandado de segurança submetido a seu conhecimento.

A denominação consagrada —*mandado de segurança*— excele a qualquer outra de quantas foram propostas. É sobretudo mais histórica, porque mais fiel ao desenvolvimento do direito pátrio. A expressão *segurança*, desde o direito ancestral, sempre se inseriu no conceito de defesa dos direitos individuais, quer para garanti-los, quer para restaurá-los. Conhecemos o “termo de segurança” do Código de Processo Criminal de 1832; nossos tetravós longínquos, no grandevo berço da Lusitânia de Afonso Henriques, conheceram as “seguranças reais”, como também, depois, as “cartas de seguro”; e do mesmo modo em

remota origem, tal como o *amparo* figura nos forais do reino de Aragão, “mandado de segurança” brota claramente, escandidamente, das Ordenações Filipinas, no trecho evocado, ali estando escrito que o juiz, a pedido da pessoa ofendida ou que temer ofensa, expedirá “mandado”... de “segurança”.

O termo *segurança* está de tal modo impregnado na tutela dos direitos individuais em todo o processo de decantação do nosso direito, que só por inadvertência, menos ao passado do que à linguagem, algum instituto brasileiro do gênero poderia deixar de contê-lo.

O outro elemento da locução —*mandado*— não escapou à crítica de Alcalá-Zamora, que se pergunta por qué falar em *mandado* e não em *processo*, *juízo*, *sentença* ou *ação*, para acrescentar que intriga o estrangeiro pela primeira vez em contato com o instituto brasileiro, o seu nome, mais precisamente os dois substantivos que o integram, quando o segundo poderia adjetivar-se sem a menor dificuldade.

Das locuções alvitradas pelo emérito Mestre espanhol, “processo assecuratório”, “juízo assecuratório” ou “ação assecuratória” soaria com um sensabor gritante, por sua evidente lassidão. A seu turno, “recurso assecuratório” seria de uma restrição enorme, considerando que o vocábulo “recurso”, na linguagem processual, pressupõe uma ação já apreciada ou uma decisão tomada, e, adjetivado, passaria a ser uma dada espécie de meio impugnatório, quando se está em face de uma dada espécie de defesa de direito ante uma dada espécie de lesão. Há evidentemente “recurso” com caráter autônomo, na linguagem do processo constitucional, mas a promiscuidade seria patente e desconveniente, sem deslembrar que a expressão “recurso” para emprego mesmo nos institutos constitucionais é energicamente combatida pelos propugnadores da “ação constitucional”. E o mandado de segurança é uma ação constitucional, como o é a ação popular. Por fim, “sentença assecuratória” não seria mais que o império manifestado como fecho de uma “ação”, sem falar no redundante que a locução apresenta, uma vez que, se na classificação processual nem toda ação é assecuratória, toda sentença o é.

Em nosso entender —e nisto concordamos com o eminente Alcalá-Zamora— a criação do mandado de segurança, sobretudo com a redação adotada desde 1934, dispensaria plenamente o instituto do *habeas corpus*.

A tradição do direito luso-ibero-americano, advinda em linha reta do direito romano, pende para a instituição monista de um remédio de garantia. O pluralismo é da índole do direito anglo-sexão. As Ordena-

ções, no aspecto do prefalado "mandado" de "segurança", consagravam um remédio monista. Os forais aragoneses, quatro, na verdade eram um só instituto, do mesmo modo como o *amparo* mexicano, hoje com suas cinco modalidades aplicativas. A Constituição do Império, brasileira, fortemente inspirada nos ideais da Revolução Francesa, garantia os direitos individuais e deixava à lei disciplinar as garantias. A Constituição republicana, de 1891, criando o *habeas corpus* brasileiro, apenas manteve a denominação deste, porque em verdade criou um instituto novo, um mandado de segurança, ao mesmo tempo civil e penal. O "mandado de garantia" projetado por Alberto Torres envolve, claramente, o fim a que se destinava o *habeas corpus*.

Tomem-se, porém, estas considerações na justa medida de mera divagação histórico-estrutural. Porque seria difícil, dificílimo, darmos no Brasil ao *habeas corpus* um nome brasileiro, ou proscrevê-lo da nossa sistemática jurídica, depois de uma aplicação continuada de mais de um século e meio, tanto mais quando ofuscada por eclipses que mais o impõem e o tornam impregnado na consciência do povo.

As instituições são como os idiomas. Estas nascem espontaneamente. Aquelas são criadas, ou perfilhadas, em obediência a fatos geradores de relações. E uma vez que penetram a consciência de um povo, assimilam-se a ele, nacionalizam-se, cedem às suas peculiaridades, renovam-se com seus anseios, e resistem tenazmente a todas as conjunturas.

O mandado de segurança, que teve no *amparo* do México a evocação exemplificativa para sua implantação, não é, no nosso ver, nem *amparo* nem qualquer dos institutos europeus similares. É o mais que, em cogitação comparativa, se pode dizer, é que ele concentra, para as nossas aspirações, os mais desejáveis princípios abrigados nas diversas garantias dos direitos individuais. Ele, o mandado de segurança, é ao mesmo tempo *mandamus*, o recurso típico para fazer-se alguma coisa, legalmente justa e do que se é impedido; *injunction*, o oposto, para não fazer; *certiorari*, o meio unificador da jurisprudência no interesse do indivíduo; *error*, recurso típico para atalhar a inconstitucionalidade; *quo warranto*, contra o abuso de poder político; e *prohibition*, contra o excesso de poder. Ele é também o ubíquo *Verfassungsbeschwerde* alemão; é o mais restrito similar recurso constitucional suíço; é o velho *Verwaltungsgerichtshof* austriaco. Ele é, finalmente, pelos muitos subsídios recebidos, o *juicio de amparo* mexicano, menos na sua condição de amparo-liberdade, porque para esse fim nós outros temos o *habeas corpus*.

Do mesmo modo como temos recebido subsídios forâneos, o man-

dado de segurança, há também subsidiado com preciosos elementos seus, e o direito comparado o atesta, muitas leis de amparo de outros povos.

### 5. *Lineamentos constitucionais*

Mencionando embora o *habeas corpus*, a Carta institucional de 10 de novembro de 1937 omitiu o mandado de segurança, o que, tirando-lhe o suporte constitucional, era uma evidência de previsível proscricção, a menos que um ato do execrável "Estado Novo" o definisse no contexto do regime ditatorial instaurado.

Este ato surgiu por decreto de 16 do mesmo mês, estabelecendo a eficácia da Lei n. 191, de 1936, exceto, a partir de 10 de novembro, quanto aos atos do presidente da República, ministros de Estado, governadores e interventores, ou seja, a cúpula do poder despótico. Unificado o sistema judiciário, o Código de Processo Civil, de 1939, tomou o mandado de segurança como um dos trinta e oito "processos especiais" de seu Livro IV, e, por esta forma, repetiu a disposição inicial, adjetiva, da Lei n. 191, com a restrição coerente com o estado ditatorial.

Restaurado o Estado de direito, a Carta de 1946 redifiniu o mandado de segurança, o que foi mantido na vigente Constituição, de 1967, sem modificar o substância do enunciado.

Podemos agora resumir os lineamentos constitucionais do mandado de segurança, não só os pontos que se exteriorizam na própria conceituação dada pela Carta de princípios, como também os que, ou lhe resultam implícitos, ou foram estruturados neste meio século de aplicação, com o ensinamento da doutrina e a orientação da jurisprudência.

I. *O mandado de segurança vulnera o abuso de poder e o justo receio em sentido genérico.* A locução empregada no texto constitucional alcança quaisquer situações em que um agente do poder público extralimite sua função de agir, ora com *excesso*, quando fundamentado na lei, vai além das atribuições que ela lhe traça; ora com *desvio*, quando dentro da lei embora, atúa em obediência a intuito com que ela não condescenderia se encarasse objetivamente a hipótese; e sempre com *abuso*, quando, agindo em nome da lei, atúa contra a lei.

II. *O mandado de segurança é instrumento preciso de ataque à inconstitucionalidade de lei.* Ele não se detém na simples repressão dos atos antinormativos de autoridade pública. Alcançando também as situações decorrentes das normas em conflito com a Carta de princípios,

constitui-se num dos meios normais constitucionais para se obter a declaração de inconstitucionalidade de qualquer lei, desde que, aplicada, afete um direito líquido e certo de qualquer pessoa, ou, auto-aplicativa, venha afetar um direito idêntico de titular certo. O que se não pode é iniciar ação com o objetivo exclusivo de declarar a inconstitucionalidade, pelo motivo simplista de, processualmente, faltar a legitimação.

III. *No mandado de segurança, a locução "direito líquido e certo" só tem sentido processual*, uma vez que o direito subjetivo do titular não surge certo nem líquido; surge mediante prova documental, que necessariamente passará pelo crivo da ação específica. Então, líquido e certo é o direito objetivo de agir em juízo da garantia.

IV. *O mandado de segurança é ação interdital*. Todos os remédios visando a impedir a perturbação da ordem jurídica e condicionados a um título que por si dispense a fase processual do *condemnari oportere*, sejam de índole pública ou civil, sejam em defesa dos direitos corpóreos ou dos chamados direitos pessoais, são interditos a sua origem histórica é uma só.

No procedimentarismo moderno, toda espécie de atuação judicial que autoriza a medida liminar de fazer ou não fazer baseada exclusivamente no título, pertence à família interdital. Assim o *habeas corpus* —o principal dos interditos—; as ações de nunciação de obra nova (CPC, art. 937); de venda com reserva de domínio (art. 1071); de embargos de terceiro (art. 1051); de manutenção e reintegração de posse (art. 933). Seria uma irrisão banir o mandado de segurança dessa família.

V. *O mandado de segurança foi sempre ação judiciária civil para proteger todos os direitos coletivos*. Não decorre do comandamento constitucional seja ele um instituto com endereço exclusivo aos direitos pessoais, sem trânsito noutras searas do direito. Direitos individuais, ou fundamentais, ou coletivos, não são só direitos pessoais.

Em face da ilegalidade ou do abuso de poder por parte de autoridade pública, o mandado de segurança é evocável, sem atendimento a quaisquer restrições, a não ser a referente ao campo do *habeas corpus*, porque a lesão tanto pode manifestar-se nos direitos pessoais como nos não pessoais, e para a lesão de direito, nas circunstâncias que a Constituição previne, o *writ* é remédio cabível, desde que o abuso provenha de autoridade.

VI. *O mandado de segurança pode destinar-se a situações aparentemente específicas do "habeas corpus", ou condizentes com a liberdade*

de locomoção. Há casos em face dos quais o *habeas corpus*, amparo de menor âmbito, cede ante o mandado de segurança, de horizonte maior. Simplisticamente, pode dizer-se que é o justo receio de que venha consumir-se a privação de liberdade corpórea que faz o *habeas corpus* retomar a atuação a ele subtraída pelo mandado de segurança.

VII. *Não é o ato em si que autoriza o mandado de segurança, porém o executado em função do Poder público.* Resulta indispensável que a ilegalidade ou abuso de poder seja ou vá ser praticado por autoridade competente, ou legítima. Tal não significa dizer que a afronta cometida por autoridade ilegítima seja imune à medida de garantia, porém a ação não se dirige contra a autoridade incompetente, sim contra aquela que detém a legitimidade ou lhe é hierarquicamente superior.

Aliás, para efeito da ação de segurança, coator não é apenas a autoridade que executa o ato. Aquele que ordena, manda ou tenta executar, também se compreende agente da violação, muito embora o executante direto, ou o que vai diretamente executar, previne a competência jurisdicional para efeito da postulação.

VIII. *O mandado de segurança é aplicável contra ato de qualquer dos órgãos do Estado.* Do Poder Executivo, sempre. Do Poder Judiciário, quando em face de medidas coativas contra que não prevalece recurso com efeito suspenso, consagrado nas leis processuais, ou este seria vão por tardio. Do Poder Legislativo, quando as normas que ele elaborar, antes de cumpridas embora, atentarem contra os ditames da feitura das leis, ou contra princípios subjetivos das leis válidas, assim capazes de ferirem direitos básicos ao serem aplicadas, sem falar, por óbvio, nos atos de mera administração, peculiares à vida interna dos Corpos legislativos.

IX. *O mandado de segurança não tem só por sujeito passivo o exercente do poder de "imperium".* A não ser para considerar a competência *ratione materiae*, o mandado de segurança não distingue pessoas; mira tão-somente o ato. Se o ato é daqueles que, em não sendo transferidos, caberia ao Estado executar, gera subjetivamente um direito líquido e certo e enseja o amparo. Eis por que prevalece contra atos das pessoas naturais ou jurídicas com função delegada do Poder público.

X. *O mandado de segurança é ação constitucional que pode ser utilizada pelo próprio Estado contra o Estado.* Sempre divergimos desse entendimento, por intuirmos que dele resulta a tautologia de garantir-se o Estado contra si próprio. Adotamos o ponto de vista nutridamente

sustentado por Ignacio Burgoa, no México, quanto a pessoas morais oficiais poderem arrimar-se no *amparo*.

Em todo caso, o que sedimentava apenas como interpretação liberal da doutrina e da jurisprudência, converteu-se em comandamento constitucional, ao mencionar a Emenda Constitucional n. 1, de 1969, os mandados de segurança "impetrados pela União contra os governos estaduais".

XI. O *mandado de segurança não se subordina a qualquer instância prévia reparadora*. Havendo um ato lesivo de direito, provável de plano, abre-se imediato ensejo ao pedido da garantia, sem protelação. O ingresso em juízo para reparação de ato emendável por mandado de segurança não se subordina ao exaurimento de quaisquer vias.

## II. CARACTERÍSTICAS PROCESSUAIS

### 1. *As leis disciplinadoras*

Tendo nascido disciplinado pelo procedimento do *habeas corpus*, como já mencionamos, e assim vencendo sua primeira fase, o mandado de segurança, somente após delongado curso congressional, obteve regras próprias, por efeito da Lei n. 191, de 1936, a qual o acomodou no todo e nas minúcias, em razão do sistema processual pluralista da época.

Editado o Código de Processo Civil, com vigência a partir de 1940, o mandado de segurança nele teve abrigo como um dos procedimentos especiais, e assim conservou-se até à promulgação da Lei n. 1533, de 1951, a qual, embora desfigurada por diversas emendas, as principais delas constantes da Lei n. 4348, de 1964, permanece em vigor nos essenciais vigamentos.

Com a edição do Código de Processo Civil de 1973, vigente, novos pontos foram alterados, posto como a norma sobre a garantia faz remissões expressas a dispositivos do Código e ele, por mandamento genérico (art. 1211 e, interpretação extensiva, art. 1217), é sempre chamado a subsidiá-la nos princípios comuns a todas as ações.

### 2. *Requisitos processuais*

As regras do processo civil, no Código e na lei específica, incumbe disciplinar o mandado de segurança, impondo-se-lhes todavia fazê-lo em estrita observância aos pressupostos básicos da garantia, configurados na Constituição, porque se trata de uma ação constitucional.

Daí os requisitos processuais:

I. —*de legitimidade*— ser o postulante o sujeito passivo da lesão de direito ou em suas conseqüências ter, para o exercício da ação, interesse e legitimidade (CPC, art. 3º; Lei n. 1533, art. 1º, § 2º, e art. 3º);

II. —*de improcedência*

*extrinsecas* (Lei n. 1533, art. 5º) — não traduzir-se a lesão em:

a) ato de que caiba recurso administrativo, independentemente de caução ou fiança;

b) despacho ou decisão judicial quando haja recurso previsto nas leis processuais ou possa ser modificado por via de correção;

c) ato disciplinar, salvo quando praticado por autoridade incompetente ou inobservada formalidade essencial;

*intrinsecas* (pela condição do próprio remédio) — não se tratar:

d) de lei em tese, a menos que seja auto-aplicável;

e) de fato consumado, de impossível restauração *in natura* e só reparável por meio de ações compensatórias;

III. —*de tempestividade*— ser a postulação feita dentro de cento e vinte dias de conhecida a lesão de direito pelo paciente;

IV. —*de exercitabilidade*— preencher a petição inicial os requisitos necessários à propositura de qualquer ação (CPC, art. 282; Lei n. 1533, art. 6º).

Além desses requisitos processuais, impõem-se para o pedido de segurança os de natureza estritamente constitucional, ou de direito material, que se traduzem na titularidade, sintetizada na locução “direito líquido e certo”, ou seja, a confluência dos seguintes elementos: a) uma obrigação de prestação do Estado ao titular (direito subjetivo em si); b) um descumprimento a essa obrigação, por ilegalidade ou abuso de poder; c) um sujeito passivo legítimo (autoridade ou ente equiparado).

No mandado de segurança, a base jurídica da ação não é a *intimação* (citação) da autoridade coatora, ou o réu na ação; é a relação processual formada entre o impetrante (autor) e o juiz, tanto assim que indispensável embora a citação, é menos importante a “presença” do demandado, ao prevenir a lei que a ação será decidida “tenham sido ou não prestadas as informações pela autoridade coatora”.

Feita esta advertência, meramente aclaradora, examinemos as figuras da ação de segurança: os *sujeitos* (ativo e passivo); o *jugador* em face da competência; os eventuais *intervenientes*; e o representante do *Ministério Público*.

### 3. Os elementos integrantes do processo

O *Impetrante*. Tanto pessoas naturais como jurídicas podem pedir mandado de segurança, desde que, tendo interesse e legitimidade, se achem no exercício de seus direitos, entendendo-se por interesse o estado de carência em que alguém se encontra para invocar a intervenção da Justiça, e por legitimidade a capacidade desse alguém para estar em juízo.

Todavia, as pessoas jurídicas de direito privado, assim as corporações civis, os sindicatos obreiros, as cooperativas, as associações só podem postular a garantia se a lesão de direito incidir sobre a corporação em si, sem ser particularmente incidente sobre os associados, um, alguns ou todos. Só então a esses, por si, incumbe postulá-la. Exceção, nesse ponto, abre-se para a Ordem dos Advogados do Brasil, dado que seu Estatuto (Lei n. 4215, de 1963) atribui à Ordem representá-la em juízo e fora dele os interesses gerais da classe dos advogados e os individuais, relacionados com o exercício da profissão (art. 1º, parágrafo único).

Aquela restrição quer a muitos juristas parecer cediça, e a eles enfileiramos na tentativa de ser reconhecida a *legitimatío ad processum* sobretudo às associações de consumidores, como se reconhece em diversos regimes jurídicos alienígenas.

A condição de residência (na Constituição está: "brasileiros e estrangeiros residentes no País") não deve ser interpretada como excluindo da área do mandado de segurança os estrangeiros que no Brasil não tenham moradia mas onde, sendo titulares de direitos, os vejam agravados. Não é o pressuposto da residência que assegura os meios tutelares (todos os meios que a Constituição oferece), porém, tão-somente, o programa por ela declarado; e o que o Estado tutela, oferecendo remédio para garantir, é o direito em si, não o titular em si, pena de contravir o princípio de que "todos são iguais perante a lei".

Prefigura na Lei do mandado de segurança que qualquer dentre várias pessoas poderá requerer a garantia quando o agravo de direito lhes atingir; e que o titular de direito líquido e certo decorrente de direito em condições idênticas de terceiro poderá acionar em favor do direito originário se o titular não o fizer.

Trata-se de duas regras autônomas da mais inquestionável utilidade, e não são, como à primeira vista possa transparecer, disposições conexas, ou tendentes a um mesmo fim, porque as distingue a legitimação processual. Na primeira (art. 1º, § 2º, da Lei n. 1533), a lesão de di-

reito atinge "várias pessoas" e por isto há vários titulares com legitimidade para pedir a garantia. Qualquer deles poderá fazê-lo. Na segunda (art. 3º), o titular legitimado processualmente é um só. Somente ele, portanto, tem direito líquido e certo. Ocorre que a inércia desse titular em não exercer seu direito implica uma lesão potencial de direito de outrem, beneficiário indireto de uma situação que, necessariamente, lhe seris reconhecida, mas que não pode estar em juízo por faltar-lhe a prova da lesão direta. É a lei que lhe confere, neste caso, a legitimação. O direito desse terceiro não se pode dizer ainda seja líquido e certo; todavia, é um direito amparável.

O *Coator*. Ao assentar que se concederá mandado de segurança contra autoridade, seja qual for, para fazer cessar a ilegalidade ou abuso de poder, a Constituição visa o ato, menos que o agente. O que importa é a reparação do agravo de direito, e para esta reparação a autoridade coatora ocupa plano secundário.

Já tivemos ensejo de esclarecer que todos os agentes de todos os três Poderes do Estado são passíveis, por seus atos antinormativos, da ação de segurança. Mas não poderia cessar aí o elenco de sujeitos passivos em face da garantia, por efeito dos desdobramentos do Estado moderno.

Se ao Estado é lícito conferir tanto a organismos autonomizados (autarquias, empresas estatais, fundações, sociedades de economia mista) como a entidades privadas (empresas e indivíduos), tarefas cuja execução lhe incumbe, o ato que seria primitivamente reservado ao Estado e que foi objeto de delegação ou contrato, é vulnerável pelo remédio de garantia, se for produto de ilegalidade ou abuso de poder. As empresas de aviação estrangeiras, autorizadas a operar no Brasil, são passíveis, por exemplo, de mandado de segurança naquilo em que contravierem, com agravo de direito individual, o objeto da autorização dada pelo Poder Público.

Ao considerar, porém, para os efeitos passivos do mandado de segurança os administradores ou representantes das entidades autárquicas e das pessoas naturais ou jurídicas com "funções delegadas pelo poder público", a lei não lhes dá o caráter lato de autoridade, limitando ditos efeitos às funções delegadas, concedidas ou autorizadas.

O *juízo competente*. Os mandados de segurança impetrados contra ato do presidente da República, das Mesas da Câmara e do Senado, do Supremo Tribunal Federal, do Conselho Nacional da Magistratura ou dos presidentes deste e daquele, do Procurador Geral da República e do presidente do Tribunal de Contas da União serão do conhecimen-

to originário do Supremo Tribunal Federal (Const., art. 119, I, i, com Emenda n. 7). Os impetrados contra atos dos ministros de Estado; do presidente do Tribunal Federal de Recursos ou de suas câmaras, turmas, grupos e seções, e do responsável pela direção geral da Polícia Federal serão do conhecimento do Tribunal Federal de Recursos (Const., art. 122, I, c).

Os pedidos da garantia contra atos das demais autoridades federais, dos administradores ou representantes das entidades autárquicas ou empresas públicas federais e, por extensão, das pessoas com funções atribuídas pelo Poder Público federal serão de conhecimento dos juizes federais, excetuados os casos de competência dos tribunais federais específicos (Militar, Eleitoral e do Trabalho) (Const., art. 125, VIII).

Não se configurando como federal a autoridade coatora, no contexto acima exposto, entende-se que o ato contra o qual se postula a garantia é de autoridade não federal, e assim a competência é a estabelecida nas diversas leis regionais de organização judiciária.

Quando o mandado de segurança erguer-se contra ato judicial, competente para conhecê-lo será o tribunal que deverá entender do eventual recurso no processo em que o ato foi praticado. E se tiver por escopo obter o cumprimento de sentença transitada em julgado, competente será o juízo a que estiver subordinada judicialmente a autoridade negligente no respectivo cumprimento.

Contra os efeitos da lei auto-aplicável, a garantia será impetrada no juízo correspondente à autoridade ou Poder de Estado que a sancionar, e se ainda a não houver sancionado, à Mesa do Corpo legislativo que a houver decretado.

Os mandados de segurança impetrados por órgãos públicos federais, contra atos de entidades públicas locais, sejam estaduais ou municipais, e por mais categorizadas que forem, compete ao juízo federal. Esta é uma regra de preferência, imperturbavelmente seguida pela jurisprudência, segundo a qual o interesse da União e dos entes assimilados se sobrepõe, em matéria jurisdicional, aos interesses dos Estados e dos Municípios, do mesmo modo como o destes últimos cede ante o interesse daqueles. O privilégio de fôro só é aberto pela Carta de princípios em favor das pessoas enumeradas nos artigos 119, I, i, e 122, I, c.

*A participação Adesiva.* Por efeito da Lei n. 6071, de 1974, que deu nova redação ao artigo 19 da Lei n. 1533, de 1951, "aplicam-se ao processo do mandado de segurança os artigos do Código de Processo Civil que regulam o litisconsórcio", ou sejam, exclusivamente, os artigos 46 a 49. Não há mais menção à "assistência" (contida nos artigos

50 a 55), donde ser sensato entender que essa figura de participação adesiva não serve à ação de garantia, e com proveito, posto como ela é incompatível com a sumariiedade que envolve o processo de mandado de segurança, tanto quanto admite o incidente da alegação de falta de interesse do postulante da assistência.

O princípio de que “a assistência tem lugar em qualquer dos tipos de procedimento e em todos os graus de jurisdição” (CPC, art. 50, parágrafo único) se esfaz ante lei específica e posterior que manda admitir apenas o litisconsórcio nos processos de mandado de segurança. Ademais, o citado princípio não se pode dizer invulnerável, eis que a assistência não é admitida no processo de execução, segundo a mais recente jurisprudência.

A lei não fala no litisconsórcio necessário para o mandado de segurança; porém, pelo vigente Código de Processo Civil (art. 47), foi transferido ao juiz um vasto grau de discricção no que se relaciona a essa subfigura litisconsorcial. Sempre que a relação jurídica o impuser, o juiz ordenará ao autor que promova a citação de todos os litisconsortes necessários quando tiver de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes.

*Ministério Público.* Inovando o chamamento do órgão do Ministério Público para officiar em mandado de segurança, do que não cogitavam as normas processuais antecedentes, a Lei n. 1533, de 1951, não teve o intento de dar-lhe qualidade de parte da relação, porém a de *fiscal da lei*. Deste modo, se as informações do coator são essenciais, por ser imperiosa sua intimação, porém são prescindíveis, porque a própria lei (art. 10), isto deixa claro, a intimação do Ministério Público, por seu órgão competente, é essencial e imprescindível, porque a não dispensa a lei.

Quando o Ministério Público atua agindo em nome da sociedade para a defesa da aplicação da lei —ensina Jorge Americano— a falta de sua audiência anula o feito, uma vez que a sociedade exige ser ouvida.

Pode ocorrer que, junto a sua condição de fiscal da lei, o órgão do Ministério Público exerce a de representante da pessoa de direito público interessada na manutenção do ato impugnado. Isto, entretanto, não lhe tira a condição de fiscal da lei, nem lhe dá a exclusiva qualidade de representante. E mesmo quando recorre da decisão contrária a seu ponto de vista sustentado no processo, ele officia ainda como fiscal, em defesa do seu parecer, o que apenas por coincidência se deve interpretar como defesa do ato impugnado.

#### 4. A decadência do direito de pedir

Dispõe o artigo 18 da Lei n. 1533: “O direito de requerer mandado de segurança extinguir-se-á decorridos cento e vinte contados da ciência, pelo interessado, do ato impugnado”.

O princípio de extinção em prazo restrito do direito de pedir mandado de segurança, além de estar na tradição dos remédios de índole interdital e, como assim, de procedimento sumário, é intrínseco do próprio *writ*, o qual só deve acudir ante violações de direito em caráter vívido, para serem provadas de plano, e não descaracterizadas ou desmaiadas pelo destempero.

O mandado de segurança é um instituto constitucional de que o indivíduo dispõe para fazer cessar incontinenti a ilegalidade ou o abuso de poder cometido por autoridade pública, se prontamente demonstrado. O direito ao remédio é, portanto, potestativo e tem, por lei, prazo certo.

Findo esse prazo, extingue-se o direito substancial à garantia, que é diverso do direito constituído pela ilegalidade ou abuso de poder, o qual, sem mais possibilidade de arrimo no mandado de segurança, pode ser perseguido por outros meios processuais.

A suposta confusão está em que todo direito, potestativo ou constituído, só pode ser encaçado por uma ação, que o assegura, porém a confusão se esvai se separarmos os tipos de ação, uma, específica, para o direito que já nasceu para ter vida num dado lapso de tempo e outra, genérica, para o direito que está constituído e que impõe reparação contra a ilegalidade ou o abuso de poder, e, deste modo, insere-se no quadro geral para que se ergue o processo como ciência —o direito de perseguir em juízo o que nos é devido.

Isto posto, dúvida não pode haver quanto a que o direito do jurisdicionado de obter mandado de segurança é suscetível de extinguir-se, de caducar, ou de entrar em cadência, ou decadência. O direito de reparação contra a ilegalidade ou abuso de poder, ao contrário, não se extingue, nem caduca, nem decai, e por isto pode ser perseguido mediante formas processuais outras, que não o mandado de segurança.

A caducidade em mandado de segurança pode ser argüida pelo coator-demandado, em suas informações; pelo órgão do Ministério Público, em sua intervenção fiscal; e pode ser pronunciada pelo próprio julgador, neste último caso extinguido o processo *com* julgamento do mérito (CPC, art. 269,IV).

A contagem de prazo para efeito de regra de caducidade começa do

dia em que se manifestou o ato contra o qual se insurge o titular do direito, e não da data da lei ou da disposição normativa causadora de tal ato.

Qualquer dos modos, prováveis e provados, que possam evidenciar ter tido o coacto conhecimento da lesão de direito, entende-se começo de existência do ato gravoso e autoriza abrir a contagem ao prazo caducário. Desde, porém, que não seja possível fixar o *dies a quo*, será injurídico aplicar a regra extintiva, e assim a postulação da garantia em qualquer tempo terá azo.

Em todo caso, é de advertir que somente em face das prestações positivas, traduzidas por ato comissivo, tem cabimento a regra caducária do artigo 18. Não há como cogitar de prazo quando a coação se traduz em prestação negativa, resultante de omissão, a menos que, em recurso administrativo, essa omissão se transforme em ato comissivo —manifestação positiva de *não fazer*.

Igualmente, o ato repetido, ou lesão continuada, não dá começo ao prazo caducário, se o sujeito paciente não expressar conhecimento de que está sendo agravado em seu direito. Neste ponto, ousamos discordar. Há tipos de lesão continuada, e exemplo temos na exigência de tributos inconstitucionais, que se agravam por multas acaso não satisfeitos nos prazos estabelecidos. Obviamente, o contribuinte, uma vez que paga, toma ciência do ato lesivo de direito, mas, mesmo assim, esta ciência, em nosso entender, não importa fluência do prazo para efeito do mandado de segurança.

## 5. As liminares em Mandado de Segurança

Despachando o pedido de mandado de segurança, o juiz ou relator, conforme a competência originária seja do juízo singular ou de tribunal, poderá:

I. indeferir a petição inicial, quando não for caso da garantia ou lhe faltar algum dos requisitos exigíveis (Lei n. 1533/51, art. 8º);

II. determinar que o autor emende, ou complete, a petição inicial no prazo de dez dias, se verificar que ela não preenche os requisitos processuais (CPC, art. 284);

III. ordenar, por ofício, a terceiro ou ao apontado coator, a exibição de documento necessário à prova, quando o autor alegar achar-se o documento em repartição ou estabelecimento público, ou em poder de autoridade que se recuse a fornecê-lo por certidão, marcando para cumprimento da ordem o prazo de dez dias (Lei n. 4166, de 1962);

IV. ordenar, simultaneamente com a intimação (ou posteriormente), que o coator “suspenda o ato” que deu motivo ao pedido quando: a) for relevante o fundamento; b) do ato puder resultar a ineficácia da medida caso seja deferida (Lei n. 1533/51, art. 7º).

Por sua vez, o presidente do Tribunal ao qual competir o conhecimento do respectivo recurso, poderá —“ordenar ao juiz a suspensão da execução da setença” (Lei n. 1533, art. 13).

As atividades judiciais disciplinadas nos itens I e II, assim como a intimação ao coator a fim de que preste as informações que achar necessárias, são medidas jurisdicionais (CPC, artigos 2º e 126); enquanto as atuações ordenadas nos itens III e IV são medidas administrativas de juízo. Administrativa de juízo, obediente embora a outro sentido, é também a medida do presidente de tribunal, fundada no poder de polícia.

Daí decorrem quatro espécies de providência liminar em mandado de segurança: a) inadmissão; b) exibição; c) concessão; d) suspensão.

*Liminar de admissão.* O Código de Processo Civil estipula seja a petição inicial instruída com os documentos indispensáveis à propositura da ação (art. 283). Não mais os dispensa, como o fazia o Código revogado, no parágrafo único do artigo 159. Por sua vez, o artigo 282 impõe como requisitos da petição inicial: a indicação do juiz ou tribunal, a que é dirigida; os nomes, prenomes, estado civil, profissão, domicílio e residência do autor e do réu; os fatos e os fundamentos jurídicos do pedido; o pedido, com as suas especificações; o valor da causa; e as provas com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados.

Por traduzir-se *in natura* o objeto da segurança, nas ações da espécie inexistente possibilidade de dar-se valor real à causa; entretanto, tem sentido predominante a regra do CPC que assenta ser atribuído a toda causa um valor certo, “ainda que não tenha conteúdo econômico imediato” (art. 258).

O estatuto processual menciona a citação do réu; mas um mandado de segurança não há “citação”, definida pelo Código o ato de chamamento a juízo, do réu ou interessado, a fim de se defender (art. 213); há “intimação”, por ele definida como o ato pelo qual se dá ciência a alguém dos termos do processo, para que faça ou deixe de fazer alguma coisa (art. 234). Dar à intimação o caráter de citação contraria o espírito do mandado de segurança, uma vez que a citação, além de induzir litispendência, gera os efeitos da revelia, isto é, “se o réu não contestar a ação, reputar-se-ao verdadeiros os fatos afirmados pelo autor” (art.

319), o que não ocorre com o nosso *writ*, no qual a relação jurídica forma-se apenas entre autor e juiz, e o silêncio do rúe não importa, por si, confissão.

Se a regra de obrigatória juntada de documentos probantes é estabelecida para qualquer ação, cresce de intensidade na ação de mandado de segurança, a qual, mais do que outra, faz repousar nos documentos exibidos a sorte da demanda. É a prova apresentada no ato de ajuizamento, integrando a petição inicial ou junto a ela, que caracteriza o direito líquido e certo, locução que é exclusivamente processual.

A própria tramitação brevíssima da ação de segurança, compelindo o juiz a estimá-la ou desestimá-la de logo, e não abrindo ensejo à audiência oral para fixação de pontos controversos, impõe que se faça a justificação previamente, com a inicial, e não em momento algum no correr do processo. Se a postulação não vem instruída na forma prescrita em lei, o julgador não tem como admitir a causa. Não se lhe pode exigir mentalmente um reconhecimento inopinado de leis, decretos, regimentos e regulamentos, alegados em conflito com os atos que neles deviam estar mas não estão baseados.

Observa-se no artigo 8º da Lei n. 1533 (indeferimento liminar quando não for caso de mandado de segurança) uma diretiva que, pelo fato de repousar numa conceituação, prudente mas nem por isto arbitrária, do que seja direito líquido e certo, bem pode restringir demasiado a aplicação do remédio. Já tivemos ensejo de manifestar alhures que se constitucionalmente a locução "direito líquido e certo" é supérflua, na seara processual, ao contrário, pode resultar enormemente restritiva, como conjunto de situações na dependência dos impulsos psíquicos e da capacidade intelectual do julgador. Há direitos que, certos e líquidos em substância depois de apurados por um complexo de circunstâncias que cristalizam a ação, não se ostentam assim num exame sumário. Do contrário, dispensável far-se-ia qualquer informação da autoridade coatora, em defesa de seu proceder.

Na aparente singeleza, o que o mencionado artigo 8º faz é dar ao juiz um arbítrio dilatado no aceitar a ação ou no desacolhê-la, atento ao direito líquido e certo invocado.

Não é possível evidentemente subtrair ao julgador a faculdade de considerar de plano se a espécie proposta é ou não caso de mandado de segurança, se o fato exposto tem ou não apoio num direito líquido e certo. O que se não pode admitir é, na dúvida, serem as portas do juízo aprioristicamente trancadas ao postulante, quando das informações da autoridade apontada como coatora e ou da promoção do

representante do Ministério Público bem podem surgir elementos, como não é raro ocorrer, elucidativos da controvérsia, dissipando o que, em princípio, parecera duvidoso em termos de comunicação da parte, por seu advogado, com o julgador.

*Liminar de exibição.* Para atalhar os casos em que o autor, ou sujeito passivo do agravo de direito, não logra obter elemento de prova, o artigo 6º da Lei n. 1533 previne que o juiz poderá ordenar, preliminarmente, a exibição de documento necessário à prova do alegado que se achar em estabelecimento público ou em poder de autoridade que se recuse a fornecê-lo por certidão.

Convém desfazer o equívoco de que aquele dispositivo condescende com a juntada de provas depois de ajuizada a ação. É na própria petição inicial que o autor denuncia a obstância de prova e é em seu despacho acolhedor da petição inicial que o juiz manda seja exibido o documento sonogado. Logo, não é o postulante que apresenta prova a destempo e sim a autoridade demandada, ou a que retenha o documento, que é compelida e exhibi-lo com o processo já em curso.

*Liminar de Concessão.* Admitindo o pedido de segurança, o juiz, ou o relator nos feitos originários dos tribunais, ordenará que se intime o coator, entregando-se-lhe a segunda via da petição inicial com as cópias dos documentos que a instruem, e que o coator *suspenda* o ato que deu motivo ao pedido, quando for relevante o fundamento e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja deferida (Lei n. 1533, art. 7º).

A liminar é medida administrativa de juízo; não se condiciona a requerimento da parte e é tomada no exclusivo intuito de garantir a inteireza da sentença. Por tais motivos, o juiz, no exercício de seu *officium iudicis*, pode conceder a medida liminar em qualquer tempo ou revogá-la a qualquer tempo, sempre inspirado naquele intuito cardeal de assegurar matéria à sentença a ser editada. E por tais motivos ela não é recorrível.

Na morfologia do juízo constitucional de garantias, a medida liminar, quando adequada, é regra; nunca munificência; nunca, como já se escreveu desprevenidamente, um favor da lei, ou um adiantamento da sentença, tal se fosse esta um saque mercantil. A pausa de seus efeitos, a revogação da medida liminar, esta sim, é a exceção, porque, assim não fosse, o interdito esvaziar-se-ia de seu suporte mais heróico.

Ao contrário, se a medida liminar é suscetível de ser revogada pelo próprio juiz, enquanto se desenvolve o juízo, pode ser decretada pelo juiz, enquanto se desenvolve o juízo, porque as premissas são as

mesmas, quer para o efeito de revogar, quer para o efeito de conceder. Ambos são incidentes processuais cuja impreclusibilidade não pode impedir o normal andamento da lide.

É mister, entretanto, que para cada uma das situações díspares haja um fundamento concreto, representado não por um motivo, que pode ser subjetivo, mas por um fato, que há de ser material. Exige-se um *fato* superveniente ao instante em que o julgador haja revogado ou se tenha omitido na concessão, ou a tenha dado.

Providência unilateral, a medida liminar concessiva não envolve pre-julgamento. Vem daí que, se denegada a segurança, torna-se ela sem efeito automaticamente, e o ato controvertido pode ser ou voltar a ser executado. Doutrinador pragmático, Coqueijo Costa é suficientemente categórico ao afirmar, quanto à duração da medida liminar: procedente a ação, ela é absorvida; improcedente, ela se extingue.

Mesmo recebida a apelação com efeito suspensivo, ela não teria a virtude de fazer subsistir a ordem cautelar, ante seu lógico fenecimento. É que, apreciado o mérito do pedido e considerado este insubsistente, não pode subsistir, por óbvio, o pressuposto que teria autorizado a medida liminar, unicamente para preservar a sentença.

É certo que a jurisprudência registra julgados dissidentes deste raciocínio, mandando entender que, quando denegatória a decisão, continua tendo efeito a medida liminar até o deslinde do recurso. Discordamos dessa orientação, unicamente por entendermos que a medida cautelar não é objeto de sentença, não chega a ser motivo para determinar o alcance dela, e assim, logicamente, não se torna objeto do recurso. A medida liminar pode transpôr a edição da sentença concessiva, ou afirmativa, porque a ela se amolda, mas, ao contrário não pode remanescer à sentença denegatória, ou negativa, porque com ela conflita exatamente no fundamento que autorizou o juiz a suspender o ato reclamado ou determinar o fato omitido: a existência clara, perceptível, de um direito líquido e certo.

Não prefigurava nas diversas leis editadas para o mandado de segurança (Lei n. 191, de 1936; CPC de 1939; Lei n. 1533, de 1951) qualquer ressalva à medida liminar de estancamento do abuso de poder: noutras palavras, todo pedido da garantia podia ser coberto com a medida cautelar.

A inovação foi introduzida pelas Leis ns. 2410, de 1955, e 2770, de 1956, com referência à liberação de mercadorias, bens e coisas de qualquer espécie procedentes do Exterior. Posteriormente, outras leis se editaram (Leis ns. 4357 e 4838, de 1964; Lei n. 4862, de 1965, e Lei

n. 5021, de 1966). Delas, a que mais contundentemente feriu a medida liminar foi a Lei n. 4357, a qual, entre outras limitações, fixou em noventa dias a validade da ordem judicial prévia (sessenta dias quando em relação ao imposto de renda = Lei n. 4862) e negou a aplicação da liminar aos mandados de segurança visando a interesses do funcionalismo público.

*Liminar de suspensão.* Ao rol de despachos ou medidas prévias inadmissórias, exhibitórias e concessórias no processo do amparo brasileiro, aduna a *ordem suspensória*, dada por autoridade judiciária superior ao juiz da causa. É o contra efeito do mandado de segurança, resultante do poder de policia, que por esta forma foi importado pelo direito pátrio.

A ordem de suspender a execução da sentença ou do despacho liminar equivale judicialmente a uma medida liminar, porque integra os atos administrativos de juízo, embora processualmente não o seja, porque tomada por magistrado outro que não o integrante da relação processual.

Tal como as demais medidas liminares, a resultante do *pólicia power* não é passível de recurso; denegado o pedido de suspensão feito pelo representante da autoridade coatora, é ela irrecorrível. Ao contrário, da medida suspensiva tomada por presidente de tribunal cabe recurso (agravo) para o órgão por ele presidido.

#### 6. *Fase conclusiva do processo*

Procedida a intimação ao apontado coator, o serventuário em cujo cartório corra o processo, juntará aos autos a prova da entrega a este ou a certidão de recusa deste em aceitá-lo ou dar recibo (Lei n. 1533, art. 9º); findo o prazo de dez dias para o efeito das informações pelo dito coator, o serventuário remeterá o processo ao representante do Ministério Público, para que nele officie, dentro de cinco dias (ar. 10); e, voltando os autos ao cartório, os fará conclusos ao juiz, independentemente de solicitação da parte, para a decisão, tenham sido ou não prestadas informações pela autoridade coatora (*id.*).

Estará, assim, o processo pronto para ser extinto com julgamento do mérito (CPC, art. 269), e o juiz deverá fazê-lo no prazo de cinco dias, por meio da sentença —seja para acolher ou rejeitar o pedido do autor, seja para pronunciar sua caducidade.

Tecnicamente, o processo de mandado de segurança, do ajuizamento, ou protocolização do pedido, até a edição da sentença, demanda o

transcurso de trinta e quatro dias, porque, ação de ligeireza típica, tendo "prioridade sobre todos os atos judiciais, salvo *habeas corpus*" (Lei n. 1533, art. 17), o mandado de segurança só admite quatro movimentos: do autor, para apresentar o pedido; do juiz, para admiti-lo ou ao contrário negá-lo, no vestibulo da ação, e, no final, para sentenciar; do réu, ou coator, para prestar informações, ou responder; e do órgão do Ministério Público, para officiar. O restante daqueles trinta e quatro dias será consumido com as medidas burocráticas cartorárias. Esta visto, portanto, que a iniciativa das partes restringe-se no postular a garantia, o autor, e de prestar informações, o réu.

*Sentença.* Processualmente, o mandado de segurança é uma ação cujo decisório resolve todos os casos da relação de direito proposta e põe termo ao litígio do modo mais terminante.

Tomando por princípio que, conforme a resolução que demandam do órgão jurisdicional, as sentenças podem ser *declarativas* (simples ou constitutivas), *condenatórias*, *constitutivas* e *executivas* —classificação de Bellavitis— além de *mandamentais*, proposição de Kuttner, fica afastada de pronto, para o mandado de segurança, a classificação de sentença declaratória, posto que esta tem precípua característica a não executabilidade. As sentenças da espécie traduzem-se na existência ou inexistência de relação jurídica, e não é obviamente este o interesse da garantia para fazer regredir a violação do direito.

Também não é executiva a sentença em mandado de segurança, posto como a execução pressupõe um título executivo, traduzido em documento formal, de natureza judicial (sentença) ou extrajudicial (ato vinculado, ou contrato; ou ato autônomo, ou título cambial). O título executivo independe de conhecimento, opera por si só, e o conhecimento é exatamente ao que se propõe o processo do mandado de segurança, se encarado por inteiro, ou seja, até a sentença. O direito líquido e certo que se exige para a proposição da garantia é transitório, praticamente limita-se à admissão da demanda, e só se converte em título líquido e certo, o que é coisa diversa, por efeito da sentença. Tanto assim é que o mandado equivale ao *título executório*, tal como se mencionava na legislação revogada (Lei n. 191, de 1936, art. 10, *b*, e CPC, de 1939, art. 325, II). Não é, pois, a sentença que se baseia num título executivo, porém, ao contrário, é ela que oferece o título à execução.

Do mesmo modo que toda sentença tem conotação declarativa, também toda ela, neste aspecto, é condenatória. O que desconceitua a espécie, em nosso caso específico, é que a sentença condenatória não leva à execução, por si própria, e impõe o desdobramento do juízo para

apreciação dos vários modos pelos quais tal execução pode ser feita. A sentença que cria o título executório judicial é que dá lugar ao processo de execução, o que em gênero e grau, corresponde à antiga *actio iudicati*.

A derradeira classe diria com as sentenças mandamentais, proposta, como foi dito, pelo juriconsulto alemão Kuttner, para encarar as decisões com as quais a autoridade judiciária, sem resolver sobre o fundo da controvérsia, porém unicamente por poder de império e com base em prova prévia, dá a outro órgão de Estado (autoridade pública) uma ordem concreta para praticar determinado ato ou abster-se da prática de determinado ato, independentemente de juízo de execução; seria o caso do *habeas corpus*.

Fosse irrelevante o fato de que a classificação de Kuttner foi desprezada por seu próprio criador, como assinala Goldschmidt, um só dos elementos dela integrantes torná-la-ia inaplicável à sentença em mandado de segurança: a irresolução do fundo da controvérsia. O mandado de segurança repousa num direito *mostrado* pela evidência de circunstâncias confluentes (direito líquido e certo), que se transforma num direito *provado* pela evidência da ilegalidade ou abuso de poder. Não mostrado de início, a ação não tem curso, porém tendo curso, e para ter o favorável desfecho, o julgador terá necessariamente penetrado o âmago da controvérsia. Nada do que foi exposto no processo do mandado de segurança quanto à ilegalidade ou abuso de poder deixou de ser apreciado na sentença. Então, não é uma ordem mandamental pura e simples, ditada apenas por poder de império, porém uma ordem fundamentada, como qualquer sentença constitutiva.

Logo, a classificação de constitutiva para a sentença em mandado de segurança não se impõe por mera exclusão.

Hoje, não há mais dúvida quanto a que a decisão que aprecia o mérito em processo de mandado de segurança reveste-se da condição de imutabilidade. Denegada a postulação, ela não pode ser objeto de novo pleito, sobretudo com arrimo no mesmo *iter iuris*. É que, se a denegação importa em não se ter reconhecido a "liquidez" e a "certeza" de um direito, não será outro pleito cujo fundamento é o "direito líquido e certo", que vá reconhecê-las. Assim, a *res iudicata*, que cristaliza a inimpugnabilidade e a inatacabilidade, não se caracteriza só na decisão estimatória, mas na desestimatória também, desde que produto de sentença definitiva final, isto é, com apreciação do mérito.

Ao prevenir que o pedido do mandado de segurança poderá ser renovado se a decisão denegatória não lhe houver apreciado o mérito

(Lei n. 1533, art. 16), o que se quer significar, *contrario sensu*, é que não pode dispôr do mandado de segurança aquele sujeito de direito, com aquele mesmo pedido e contra aquele mesmo agente da suposta violação de direito, cuja demanda anterior fora selada por uma decisão final *definitiva*, espécie reservada ao trancamento das ações que transitaram todo o seu curso.

Se a decisão final foi da espécie *terminativa* apenas —caso do indeferimento liminar— o pedido poderá ser repetido, e eventualmente recebido, na constância de melhor prova oferecida pelo postulante.

A faculdade oferecida ao sujeito paciente da lesão de direito, de pleitear por ação própria os efeitos patrimoniais (art. 15), não reduz a condição constitutiva que se reconhece no mandado de segurança deferido, isto é, não o torna um título meramente declaratório, e muito menos contradiz o efeito da sentença.

*Relatividade da Sentença.* O mandado de segurança ataca o agravo de direito nos limites objetivos da relação formada, isto é, atua *inter partes* e assim só prevalece para o promovente da ação, mesmo que reconhecida inconstitucional a lei, ilegal o ato ou patente o abuso de direito a envolver outros sujeitos.

A sentença não tem, deste modo, a força de revogar no todo o ato inquinado de ilegal, e os seus efeitos julgados lesivos a um dado indivíduo que provocou a proteção judicial, podem subsistir e ter normal aplicação quanto a outro indivíduo que deixou de provocar tal tutela. Intui-se, pois, que a interferência judiciária exercita-se não quanto ao merecimento do ato, mas quanto à sua legalidade em face da relação em exame. Tal decorre de que ao Poder Judiciário, no exercício do controle jurisdicional, é defeso apreciar os atos administrativos, cabendo-lhe, tão-somente, examiná-los sob o prisma dos direitos que feriram ou tendem a ferir.

*Execução da sentença.* A execução do mandado de segurança é direta, traduzida nas medidas determinadas pela sentença. O mandado que a sentença contém diz tudo. Diz que o destinatário deve cumprir sem tardança a ordem. E se o não fizer arcará com as conseqüências, pois terá criado um estado de atrito necessariamente surgido entre quem manda e quem não obedece.

A Lei n. 1533, no artigo 11, dispõe que, julgado precedente o pedido, a juiz transmitirá em ofício o inteiro teor da sentença à autoridade coatora. Como atrás salientamos, ela omite o *título executório*, constante da legislação revogada. E omite com propósito, porque a sentença

já é, em si, título executório, e o ofício, mencionado pela lei, é de mero encaminhamento da sentença.

A Constituição Federal inculpa como crimes de responsabilidade do presidente da República os atos que atentarem contra o cumprimento das decisões judiciais (art. 82, VII), em regulamentação do que ocorre a Lei n. 1079, de 1950, a qual se faz extensiva aos ministros de Estado, quando o ato for por eles praticado ou ordenado (art. 13, 1). Estende-a também aos governadores e secretários de Estado (art. 74). Os prefeitos municipais têm responsabilidade definida como crime pelo Decreto-lei n. 201, de 27 de fevereiro de 1967, notadamente na espécie (incumprimento de ordem judicial) via do artigo 1º, item XIV.

Estas regras, entretanto, não cobrem os casos, evidentemente muito mais numerosos, porque se pulverizam no quase anonimato, de desobediência a mandados de segurança praticados por agentes públicos situados em outros escalões administrativos, e em face dos quais não há lei específica e a lei genérica, o Código Penal se mostra inadequado.

*Execução provisória.* Assenta a Lei n. 6014, de 1974, que a sentença que conceder o mandado de segurança fica sujeita ao duplo grau de jurisdição, podendo, entretanto, ser executada provisoriamente.

Por princípio de direito intertemporal, essa Lei, de natureza especial e de dato posterior ao Código de Processo Civil, de 1973, lei geral, afasta, para efeito do mandado de segurança, o princípio nele contido (art. 475,II), que veda execução provisória às sentenças proferidas contra a União Federal, o Estado e o Município. Então, a partir daí, entende-se que toda sentença de mandado de segurança poderá ter execução provisória.

*Desistência da ação em Curso.* O autor, em nosso *writ*, pode desistir da ação, embora a isto se oponha o representante da pessoa de direito público interessada. Por maior interesse que ao Estado assista de dirimir as controvérsias no encaminhamento da paz social, e, no caso particular do mandado de segurança, de aferir a bitola por que se pautam seus agentes, este interesse não poderia extrapôr para obrigar alguém a defender seu próprio direito.

É bem verdade que o Código de Processo Civil, subsidiário das leis extravagantes sobre mandado de segurança, assenta no artigo 267, § 4º, que depois de decorrido o prazo para a resposta, não poderá o autor, sem consentimento do réu, desistir da ação.

Em nosso entender, não deve esse dispositivo aplicar-se ao mandado de segurança, e justificamo-nos partindo de que, em seu singularismo, a relação processual não se perfaz entre autor, juiz e demandado, porém

apenas entre autor e juiz, e se completa com o despacho deste admitindo a ação. A parte demandada, como também já o dissemos, é obrigatoriamente intimada, mas pode omitir-se nas informações e nem por isto a ação deixará de chegar a seu termo com a sentença. Portanto, é de admitir-se plenamente a desistência pelo impetrante do mandado de segurança, mesmo depois de prestadas as informações pelo coator.

Se prejuízo nenhum acarreta a desistência ao suposto agente da lesão de direito; se nenhum gravame resulta para a pessoa de direito público interessada; se o desistente vai arcar com as despesas processuais, o juiz não tem por que deixar de homologar a intenção de desistir.

## 7. Os Recursos

Genericamente, são aplicáveis às decisões em mandado de segurança todos os recursos previstos no Código de Processo Civil, uma vez que esse estatuto, no artigo 1217, uniformizou os procedimentos especiais quanto à sistemática recursal, adaptando-os ao seu sistema. Especificamente, apenas o “agravo de instrumento”, por motivo técnico, e o “recurso ordinário”, por proscrição constitucional (Emenda n. 1, de 1969) não se aplicam ao nosso *writ*.

Em decorrência daquele critério uniformizador, a *apelação* — manifestada em quinze dias — passou a ser o recurso contra a sentença, além de, na espécie do mandado de segurança, ser recurso também contra a decisão terminativa de indeferimento da petição inicial. (Lei n. 1533, arts. 12 e 8º.)

Apesar de ter sido eleita a *apelação* o recurso geral para o mandado de segurança e de serem os “embargos infringentes” cabíveis quando não for unânime o julgado proferido *em apelação*, continua prevalecendo, em jurisprudência, a Súmula 597 do Supremo Tribunal Federal, que assenta não caberem embargos infringentes de acórdão que, em mandado de segurança, decidiu a *apelação*. Esse critério, a toda evidência exdrúxulo, tem sido anatematizado por vezes da melhor doutrina, tanto mais porque, em não se admitindo os embargos, os mandados de segurança de competência originária dos tribunais tornam-se privados de recurso, ou seja, em contrariedade aos princípios universais da processualística, são decididos num só grau jurisdicional, desde que o “recurso ordinário” foi também excluído do âmbito do mandado de segurança. Isto significa que são uni-instanciais os processos de segurança pedidos contra autoridades coatoras do mais alto grau hierárquico do Estado.

## 8. *Sucumbência*

Tema dos mais controvertidos no estudo do mandado de segurança é o relacionado com o onus da demanda, ou seja, a chamada sucumbência. Com efeito, é regra emanada do C.P.C. e presente em seu artigo 20, que “a sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios”; regra geral, imperativa e que não oferece margem a contorno interpretativo.

Este princípio emana do artigo 64 do Código Processual de 1939, com a modificação introduzida pela Lei n. 4632, de 1965, que condicionava a sucumbência na parte relacionada com os honorários de advogado à ação resultante de “dolo ou culpa, contratual ou extracontratual”. Daí veio a Súmula 512 do Supremo Tribunal Federal, para orientar: “Não cabe condenação em honorários de advogado na ação de mandado de segurança”, partindo do pressuposto de que não pode haver em mandado de segurança dolo ou culpa contratual ou extracontratual.

As opiniões na matéria são divergentes, encorpadas pela autoridade dos doutrinadores. Há os que entendem devam ser suportados os encargos do pleito pela parte perdedora, ou sucumbente. Há os que inaditem o pouso da onerosa figura no campo de garantia. E há os que entendem prevalecer o gravame em caso de sucumbimento da autoridade coatora, não porém em caso de ser vencido o impetrante.

Os que impugnam a sucumbência em mandado de segurança assentam o peso de seu contra-argumento na peculiaridade da ação, traduzida numa garantia constitucional que não pode nem deve ser confundida com a ação civil comum. Argüem que o mandado de segurança não cerceia o uso da ação judicial comum e que, utilizando-o, emprega-se uma opção pelo processo célere, tanto mais quando, decaindo neste, pode o impetrante ser vitorioso na via ordinária. Raciocinam que a autoridade coatora não é quem arcará com as despesas processuais, pois o funcionário não responde diretamente pelos prejuízos que, nessa qualidade, causar a terceiros (Constituição, art. 107). E, inclusive, sofismam com a peculiaridade da relação jurídica estabelecida nas causas de mandado de segurança, o que as torna “ação sem réu”, logo não podendo haver “parte” vencida, quando se tratar de órgão público.

Em sentido oposto, os que sufragam a sucumbência em mandado de segurança argumentam que, tratando-se como se trata de uma ação na qual há vencedor e vencido, improcede afastá-lo das normas gerais processuais, a não ser naquilo em que sua natureza o exigir. Enfatizam

que inexistente em nosso direito processual o princípio de não se aplicarem as normas do Código aos procedimentos, tal como o mandado de segurança, regidos por lei especial. E deduzem que, ao estabelecer o Código caber ao vencido, seja quem for, particular ou Estado, arcar com todas as despesas da causa, inclusive honorários, cria para o vencedor o direito subjetivo ao reembolso das despesas feitas.

Finalmente, no meio termo, a terceira corrente propugna por que a sucumbência não atinja o impetrante derrotado, mas, ao contrário, o beneficie, quando triunfante, e assim raciocinam escudados em parte no fato de ser o mandado de segurança uma ação e em parte na sua condição de ser uma garantia constitucional, que está erguida precisamente para proteger o indivíduo e que não pode ceder a qualquer imposição econômica nem ser obstaculizado em seu emprego.

### III. O INSTITUTO CINQUENTENÁRIO

Nascido de um ideal jurídico que vinha cristalizando desde ao alvorecer da República, o mandado de segurança ensaiou com a aplicação larga do chamado "*habeas corpus* brasileiro" e se tornou imperioso quando a reforma constitucional de 1926 fez refluir aquele *writ* para a sua concepção bretã originária.

O advento do instituto pátrio coincidiu com a reinstauração da democracia no Brasil, e resultou de uma Carta política impregnada da cautela em resguardar de nova ditadura o Estado de direito.

Cautela vã, porquanto três anos decorridos, era implantado o "Estado Novo", de índole totalitária, o qual operou no mandado de segurança enorme restrição: inadmitia-se contra os abusos de poder praticados pelo "chefe" da Nação" e seus lugar-tenentes nos Estados, nomeados interventores. Mas, mediante engenhoso artifício, os tribunais adotaram a orientação, seguida daí por diante, de que o *remedium iuris* alveja mais o mandatário do que o mandante, mais o agente direto do abuso de direito do que o autor mental do ato injurídico.

A ditadura civil do "Estado Novo" de 1937 durou até ao término da Segunda Guerra Mundial, quando o Brasil voltou a praticar o regime democrático, pela Carta de 1946.

Nova síncope ocorreu com a implantação da ditadura militar que aluiu a ordem jurídica, de 1964 até o dia 15 de março deste ano de 1985. Neste último eclipse foram excluídos de apreciação pelo Poder Judiciário, em qualquer tipo de ação, todos os atos praticados com base nos "atos institucionais" então editados, o mais nefando dos quais,

o Ato institucional n. 5, de 1968, determinou o recesso do Poder Legislativo; a cassação de mandatos parlamentares; a supressão dos direitos políticos de quaisquer cidadãos; a suspensão de numerosas garantias constitucionais ou legais; as penas de banimento e confinamento; o confisco de bens; e tornou inócua o *habeas corpus*.

Mesmo assim, tal como à época da ditadura civil de Getulio Vargas, as Côrtes de Justiça, quase estranguladas embora pela ditadura militar dos generais, não se arrecearam em conceder mandados de segurança para corrigir os desmandos legislativos que o casuismo iliberal não estava preparado convenientemente para disfarçar.

Tem-se, pois em cinqüenta anos, desde quando implantado em 1934, abstraídos os períodos ominosos de 1937 a 1945 (Estado Novo) e de 1964 a 1985 (Revolução de 31 de março), o mandado de segurança foi aplicado, sob regime de liberdade, em apenas vinte e um anos.

Como quer que seja e apesar desses hiatos resultantes de nossa democracia intermitente, o instituto destinado a ser, no Brasil, o coroa-mento do verdadeiro Estado de direito, conseguiu revestir-se de características tão próprias que a Constituição democrática a ser agora elaborada não precisará acrescentar nada em seu clássico enunciado: —“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 abuso de poder.”