

O MANDADO DE SEGURANÇA COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL, NO DIREITO BRASILEIRO

Arruda ALVIM

1. O mandado de segurança, no direito brasileiro, encontra suas mais remotas raízes, ou, os seus mais longínquos pressupostos, nas grandes coordenadas que informam, *ainda hoje*, o direito público ocidental. Referimo-nos, fundamentalmente, aos motivos históricos que conduziram o Ocidente a estabelecer e a viver dentro de um Estado-de-Direito.

Julgando possível identificar tais coordenadas, diremos que podem ser considerados o ângulo filosófico, o sociológico, e, como resultante, sobreposto a essas razões, o aspecto jurídico, ainda que se reconheça não seja esta uma visão plena da realidade, em si mesma, irreduzível a u'a mera classificação.

Com a idealização do Estado de Direito, temos que, do ponto de vista filosófico, especificamente motivado por um sentimento até mesmo intensamente emocional (no seu nascedouro), o sentido de liberdade representou uma concepção de liberdade contra o Estado, do que resultou a necessidade de se limitar a ação desse Estado, e, correlatamente, estabelecer quais as garantias de que os jurisdicionados seriam dotados, para, extravasando o Estado dos limites da legalidade, por ele mesmo, a si próprio, assinalados, pudessem aqueles recolocá-lo dentro de tal delimitação. Como perspectiva sociológica, temos que o Estado moderno implicou a ascensão da burguesia, e, correlatamente a queda da nobreza, e, por via de consequência, a instauração de uma nova ordem jurídica que: a) fosse afeiçãoada aos interesses da burguesia; b) ainda que assim tivesse sido, o que se veio a perceber nitidamente, tempos depois, todavia, essa nova ordem incorporou aos sistemas jurídicos valores que, em maior ou menor escala, vieram a ser tidos como valores permanentes, vale dizer, como autênticos valores, dignos de permanência e resguardo, nos quadrantes da civilização ocidental. Dentre esses valores avultam os direitos individuais.

2. Conseqüentemente, a ordem jurídica estabelecida, a partir da Revolução francesa, possivelmente possa ser descrita como um sistema que se marcou, *essencialmente*, pelo primado da legalidade.

Não se ignora que, originariamente, por motivos manifestamente presentes, no limiar do século XIX, e, já advindos do século anterior, a configuração legal emprestada aos Estados foi a de tornálos pequenos, ou seja, *autenticamente 'ilhados'* no contexto social, de tal forma que, assim atrofiados, não houvesse 'perigo' para a burguesia. Certamente, com a evolução social, não se ignora que esse Estado (então, o Estado polícia), passou a ter grande ingerência na vida social, e, atualmente, haverá o modelo de Estado adotado pela maioria dos países, de ser designado como Estado social.

Sem embargo disto, entanto, as garantias individuais sobrevivem, e, por isto convivem com este novo Estado social.

3. No Brasil abriu-se espaço político para a cogitação de um remédio contra atos da administração pública com a instauração da República. Ainda que, no período precedente, no Império (1824-1891), não se possa dizer que fossem comuns violências contra os jurisdicionados, a circunstância de se tratar de um Império, certamente, obstou a que florescesse a aspiração a garantias individuais, na extensão em que estas vieram a ser obtidas com a proclamação da República.

Do ano de 1891, e, com a Constituição federal de 1891 (1ª Constituição da República), até a reforma constitucional do ano de 1926, utilizaram-se os brasileiros do instituto do *habeas corpus*, para a defesa de direitos individuais, *mesmo os de indole extra-penal*. A isto se denominou de doutrina brasileira do *habeas corpus*. A base legal para tal procedimento encontrava-se no art. 72, § 22, da CF 1891 que rezava: "dar-se-á *habeas corpus* sempre que o indivíduo sofrer, ou se achar em iminente perigo de sofrer violência ou coação, por ilegalidade ou abuso de poder". As expressões genéricas de que se utilizou o legislador constitucional (coação, violência, ilegalidade e abuso do poder), habilitaram os Tribunais a uma interpretação extensiva, de tal forma que, direitos ou interesses extra-penais foram defendidos com fulcro nesse dispositivo constitucional. Assim, a vedação de ingresso em parlamento; a proibição, a alguém, para o exercício de determinada função pública; abrigar-se a posição do magistrado, indevidamente suspenso por autoridade do Executivo, etc., casos não propriamente penais e que só parcialmente afetavam a liberdade de locomoção eram hipóteses suscetíveis de defesa, via *habeas corpus*.

4. Em 1926 operou-se reforma constitucional no Brasil e esse art. 72, § 22, CF 1891 foi atingido, e, em sua redação se estabeleceu que o *habeas corpus* teria cabimento quando ocorresse violência, atual ou potencial, "por meio de prisão", ou, então, "constrangimento ilegal" de alguém "em sua liberdade de locomoção".

Reconduzido que foi o *habeas corpus* ao âmbito estritamente penal, *ipso facto*, cessou o tipo de proteção a direitos de índole extra-penal, antes localizado no *habeas corpus*.

Nessa época, *et pour cause*, assumiu, no Brasil particular vigor a tentativa de utilização dos remédios, *propriamente possessórios*, na defesa de tais situações, como secedâneo decorrente da inviabilidade de uso do *habeas corpus*.

Um número grande de juristas, todavia, anteriormente à própria reforma, e, sucessivamente a ela, já cogitava de um remédio *processual específico* que ensejasse, aos jurisdicionados, uma defesa contra a Administração, e, particularmente, uma defesa instantânea.

Esses juristas, portanto, representam uma verdadeira síntese das tendências, evidenciadas através de diversos rótulos, em que se cunhava a imprescindibilidade, sentida pelo país, na defesa pronta e eficiente, senão instantânea, dos direitos pessoais.

Esse remédio veio a ser consagrado na Constituição federal de 1934, em seu art. 113, nº 33, e, posteriormente, veio a ser disciplinado em nível de lei federal ordinária, pela lei 191, de 16.1. 1936.

Marcavam essas previsões (constitucional e legal) a possibilidade de proteção *imediate*, em face do que se designava como *direito certo e incontestável*, por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal, de qualquer autoridade; ensejar-se-ia ao jurisdicionado, que assim se sentisse lesado e o comprovasse desde logo, processo idêntico ao do *habeas corpus* (art. 113, § 34, CF, 1934). E, na lei 191, em seu art. 8º, § 9º, desde que, na linha do texto constitucional, e, disciplinando-o, desde que fosse relevante o fundamento do pedido, e, ocorrendo lesão grave e *irreparável* ao direito do autor (= impetrante), o juiz haveria de, sendo-lhe solicitado, suspender, preliminarmente o ato, ou mandar que o mesmo fosse sobreestado.

Sucessivamente com o Código de Processo Civil de 1939, em nível de lei ordinária, veio o processo de mandado de segurança a ser disciplinado nos arts. 319/331, desempenhando fundamentalmente a mesma função.

Atualmente vige no Brasil a Lei 1.533 de 1951, em que se disciplina o mandado de segurança, fora do sistema do Código de Processo Civil.

Em seu art. 7º, II, estabelece, basicamente, os mesmos requisitos do art. 8º, § 9º, da citada lei 191 e os do art. 324, § 2º do Código de Processo Civil de 1939.

Diga-se, ademais, que, em face da Constituição vigente no Brasil, se prevêem, tanto o *habeas corpus*, quanto o mandado de segurança, como garantias constitucionais, devendo-se salientar que o cabimento do mandado de segurança tem lugar “para proteger direito líquido e certo não amparado por *habeas corpus*, seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder”.

Vale dizer, há, preliminarmente, de se verificar, por exigência do próprio texto constitucional, se se trata, ou não, de hipótese de cabimento de *habeas corpus*; se ficar claro descaber *habeas corpus* (basicamente restrito à liberdade total de locomoção), *ipso facto*, cabimento terá o mandado de segurança.

5. Pode-se dizer que, em termos práticos, ou quantitativos, o mandado de segurança tem precipuamente cabimento contra atos da Administração Pública. Vale dizer, contra atos administrativos dotados de *executividade*, seja *auto-executoriedade*, a ser diretamente realizada pela Administração Pública, seja, executividade a ser objetivada, pela mesma Administração Pública, por intermédio de solicitação ao Poder Judiciário.

Simplesmente, então, poder-se-á dizer que, em grande escala, o mandado de segurança funciona, na ordem prática, como um antídoto contra a executividade do ato administrativo.

Mas é necessário remarcar que, esse antídoto encontra sede, precisamente, na *medida liminar*, ou seja, na suspensão *in limine litis* do ato apontado como ilegal, que é o seu aspecto mais saliente, ou verdadeiramente essencial.

É processo de índole documental, vale dizer, é necessário que a ilegalidade venha retratada em documentos que já instruem totalmente o pedido inicial, inadmitida a produção ulterior de prova documental, ou, de qualquer outra prova, que não seja a documental.

A autoridade impetrada é ouvida e *prestará informações*, que valem, na realidade, como uma *contestação*.

Normalmente a ausência de contestação, no sistema do vigente Código de Processo Civil (art. 319), *poder levar à veracidade dos fatos embaixadores do pedido do autor*, e, conseqüentemente, são grandes as *chances de acolhimento do pedido do autor*.

No entanto, esse dispositivo é inaplicável ao mandado de segurança, seja porque: a) tem processo próprio (lei 1.533/51), aplicando-se o

Código de Processo Civil somente subsidiariamente; b) seja, ainda, porque os atos administrativos gozam de presunção de legitimidade (= legalidade), e, nem pelo fato de ter havido omissão da Administração Pública no processo de mandado de segurança, decairá ela dessa prerrogativa ou ficará esta desfigurada, com o que, então, deverá o autor (= impetrante) necessariamente provar, documentalmente, o seu direito, ou não obterá proteção.

6. A lei 1.533/51 (Lei do Mandado de Segurança) estabelece, em seu art. 5º, inc. II, o seguinte:

“Art. 5º. Não se dará mandado de segurança quando se tratar:

I - ...

II - de despacho ou decisão judicial, quando haja recurso previsto nas lei processuais ou possa ser modificado por via de correção”.

Se formos nos cingir a uma exegese confinada ao direito processual civil, e, portanto, delimitada pelas normas infra-constitucionais, devemos consignar os seguintes aspectos relevantes.

No sistema de recursos estabelecido no Código de Processo Civil (art. 496), *por certo*, não se encontra elencado a mandado de segurança, que não é recurso, senão que, ai encontram-se, taxativamente, discriminados os recursos cabíveis das decisões judiciais.

Conseqüentemente, estando previsto e em sendo *cabível recurso, ipso facto*, incabível e, pelo art. 5º, 11, da lei 1. 533/51, o mandado de segurança.

Lê-se, ademais, no art. 5º, II, citado, que o despacho ou decisão judicial “possa ser modificado por via de correção”.

Este ‘instituto’ da correção, mais completa e exatamente denominável de *correção parcial* pode ser considerado uma figura espúria no sistema jurídico brasileiro, senão inconstitucional.

Pelo sistema constitucional brasileiro cabe à união, exclusivamente (art. 8º, CF), a disciplina respeitante a *processo*. Ora, esse figura da *correção* é disciplinada, ou, mais precisamente, em realidade, *criada* por leis dos Estados-federados, através das suas leis de organização judiciária. Assim, pois, deve ser considerada inconstitucional, porquanto aos Estados-federados é vedado disciplinar assunto de processo civil dado que não têm competência constitucional a eles adjudicada.

No plano estritamente empírico, todavia, essa figura da *correção* (ou *correção parcial*) já preexistia ao vigente Código de Processo Civil, e, por certo, decorreu de expediente dos legisladores estaduais (dos Estados-federados), tendo em vista uma insuficiência do sistema recursal do Código de Processo Civil, de 1939.

No entanto, é medida inconstitucional, embora *tolerada*, ao longo dos anos e até hoje, pelos Tribunais.

Tenha-se presente, ademais que, nem pelo fato ou circunstância de uma *lei federal*, que é a Lei do mandado de segurança ter-se referido (simplesmente referido) à correição, que este fato tornaria essa medida, em si mesma, constitucional, mesmo porque, a correição tem feição própria em cada Estado-federado, e, em alguns, sequer de correição é denominada, senão que de reclamação.

7. No entanto, se sairmos —*como é imperativo*— dos limites da legislação ordinária ou infra-constitucional, verificaremos que, pelo texto constitucional a dimensão do mandado de segurança é amplíssima. Ou seja, alude-se a que, comparando uma *situação jurídica* do autor a que corresponda uma ilegalidade “seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso do poder”, será esta sujeito passivo do mandado de segurança.

Assim, correlatamente a essa situação jurídica (ou seja, ao direito líquido e certo, a que se refere o art. 153, § 21, CF), há de corresponder uma ilegalidade ou abuso de poder, que poderá ter sido perpetrado, inclusive, pelo magistrado.

No entanto, como se verificou, existe um sistema recursal previsto para as diversas espécies de decisões judiciais.

Recursos há, no sistema do Código de Processo Civil, no entanto, aos quais se negou o efeito suspensivo; vale dizer, proferida uma determinada decisão, ou sentença, esta deverá operar, imediatamente os seus efeitos, *porque assim o quis o legislador*.

O comportamento dos Tribunais brasileiros, no entanto, tem sido o de, em casos graves, e, em que se configura a lesão, possivelmente irreparável ao direito da parte, apesar de ter sido interposto um recurso, mas sem efeito suspensivo, se admitir o mandado de segurança, contra a letra expressa do art. 5º, II, da lei 1.533/51.

As hipóteses que normalmente têm comportado o mandado de segurança, contrariamente à letra desse art. 5º, II, citado, têm sido as seguintes:

1º) uma primeira regra a ser lembrada é a de que descabe mandado de segurança, contra a coisa julgada (pois, nesta hipótese, *seguer tem cabimento qualquer recurso*). No entanto, excepcionalmente, já tem sido admitido mandado de segurança, mesmo contra a coisa julgada, desde que decorra da eficácia da sentença transitada em julgado dano irreparável;

2º) o descabimento de mandado de segurança mesmo contra decisão judicial, *de que não caiba recurso com efeito suspensivo, mas desde que haja a possibilidade de dano irreparável*, caberá o mandado de segurança;

3º) *mais especificamente*, da decisão que decreta a falência não cabe mandado de segurança, porque a Lei Falimentar prevê recurso específico (que não tem, todavia, efeito suspensivo); *no entanto*, de se verificarem *danos irreparáveis* (porque o recurso de agravo de instrumento não tem efeito suspensivo), há decisões, *sob esse fundamento*, que têm admitido mandado de segurança;

4º) em casos de despejo ordenado por sentença, caberá mandado de segurança, pois o recurso de apelação, na hipótese não tem *ex lege* efeito suspensivo, sempre que o dano for irreparável.

8. Esta tem sido u'a maneira sábia de decidir, em que se coloca aos olhos e na mente dos juizes a possível lesão a valores mais graves. Abdicam, então, do que seria u'a mera interpretação literal e estritamente ligada ao texto legal e limitada ao direito infra constitucional.

Ocorre, no entanto, que, mesmo no plano dogmático geral do sistema, essa interpretação encontra respaldo.

E tal assim se passa porque, na verdade, o texto constitucional admite se compreendam, também os atos decisórios dos magistrados, porquanto é claro ao referir-se a "seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder".

9. Duas observações, entretanto, se impõem neste passo.

A primeira delas é que, na realidade, na maioria quantitativa das hipóteses em que se pretende utilizar o mandado de segurança contra decisões judiciais, o resultado prático e concreto das decisões, que julgam esses mandados de segurança é pela respectiva inadmissibilidade, precisamente à luz do art. 5º, II, da lei, 1.533/51, sem maior referência, na fundamentação, comumente, à ausência de uma situação jurídica (= direito líquido e certo), que seja digna, ou não de proteção. Quer isto dizer que, inadmite-se o mandado de segurança sob fundamento processual ou legal, do seu descabimento (art. 5º, II, da lei 1.533/51), pura e simplesmente.

A segunda delas, todavia, é a de que, em *situações processuais aparentemente iguais*, mas quando a situação jurídica (= direito líquido e certo) se apresenta como gravemente lesada, e, de reparação difícil ou inviável, admite-se, então, o mandado de segurança, *ja em função* de un julgamento favorável no mérito do mandado de segurança. Nesta segunda ponderação, acrescente-se mais o seguinte.

Comparece, no espírito dos juízes, a sensibilidade de terem de tomar uma providência diante de uma situação que se apresenta como gravíssima.

Para tanto, o que se passa é que há uma inconsciente subversão no modo (ortodoxo) de julgar. Quer dizer, examina-se *primeiramente* ou 'sente-se', desde logo, a *gravidade e a irreparabilidade da lesão*, o que é representativo de um exame do mérito do mandado de segurança. *Na medida e em função de tal gravidade, acaba-se, então, admitindo-se o mandado de segurança*, quando o usual e normal é que o juízo de admissibilidade seja desligado (= efetivamente desligado) do juízo de mérito, que lhe é posterior.

O *discrimen* entre as situações em que se inadmite mandado de segurança (representativa da grande masa dos pronunciamentos jurisdicionais, na espécie) e em que se admite mandado de segurança (inclusive, e, *principalmente* com medida liminar), é, em realidade, a gravidade da lesão, ou seja, é o mérito do mandado de segurança, com vistas à ilegalidade grave cometida e respectiva irreparabilidade, *ainda que* interposto recurso cabível, mas sem efeito suspensivo da decisão ou da sentença.

Segue-se, então, que é em função do mérito (= irreparabilidade e gravidade da lesão) que se irá, ou não, admitir o mandado de segurança.

Esses comportamentos diferenciados, diferentes por causa desse *discrimen*, que não se pode dizer ortodoxamente afeiçoado ao direito processual civil, uma vez ser sabido que, em qualquer ação, ou, em qualquer recurso, *primeiramente*, há que se examinar a respectiva admissibilidade, para, se admitida a ação ou o recurso, somente então, vir a cogitar-se do mérito ou fundo do litígio.

Do exame das diversas decisões, quer inadmitindo o mandado de segurança, quer, admitindo-o *nessas hipóteses*, parece não haver uma plena consciência do que acabou de se dizer, que, na realidade, retrata o comportamento dos magistrados.

10. Parece lícito fixar-se que, *em regra*, não se haverá de admitir mandado de segurança de decisões judiciais, porquanto são elas objeto de recursos, especificamente previstos.

Todavia, como foi visto, a regra do art. 5º, II, da lei 1.533/51 é *ignorada* diante de hipóteses reputadas graves e de reparação difícil ou inviável, se se viesse a realizar a eficácia daquilo que foi decidido ou sentenciado.

É certo que sendo esse o *discrimen* —gravidade e irreparabilidade da situação jurídica lesada por decisão jurisdiccional—, o comportamento dos Tribunais brasileiros é marcado pela discricionariadade, cuja motivação reside no grau da ilegalidade e respectiva irreparabilidade, mesmo se houver recurso (sem efeito suspensivo) e mesmo se concretamente interposto. Quer dizer, o Tribunal examinará, sem uma prévia definição legal, que *inexiste*, se a situação jurídica, que se alega tenha sido lesada por decisão jurisdiccional, configura a gravidade, suscetível de proporcionar a utilização do mandado de segurança.

Não é incomum, aliás, conferir-se através do mandado de segurança, e, precisamente, através de despacho liminar, *efeito suspensivo* a um recurso que, pelo sistema do Código de Processo Civil não tenha esse efeito. Quer dizer, empresta-se *efeito suspensivo* a um recurso que é, *ex lege*, despojado desse efeito.

Este modo de julgar, no entanto, é afeiçoado ao sistema como um todo, precisamente em nome e por causa da grandeza constitucional do mandado de segurança. Este que é 'ilimitado' comporta, no que diz com as autoridades que devem suportá-lo, que, dentre aquelas, se compreendam também os magistrados.

Este, porque não impõe limites as hipóteses de autoridades que podem ser sujeito passivo do mandado de segurança, pode também referir-se aos magistrados, tendo em vista justamente seu amplíssimo espectro de abrangência.