

A proteção do cidadão contra atos da Administração Pública no Brasil

CELSO AGRÍCOLA BARBI

SUMARIO: I. Direito colonial — II. Direito imperial — III. A República e a unidade de jurisdição — IV. Doutrina brasileira do «habeas-corpus» — V. O mandado de segurança: 1) Natureza jurídica; 2) Direito líquido e certo; 3) Legitimação para a causa; 4) Interesse de agir; 5) Ato de autoridade; 6) Atos do Poder Judiciário; 7) Atos do Poder Legislativo; 8) Ação preventiva; 9) Parte passiva; 10) Litisconsórcio passivo necessário; 11) Prazo para ajuizamento; 12) Medida preventiva liminar; 13) Forma de citação; 14) Intervenção do Ministério Público; 15) Limites à prova; 16) Despesas judiciais; 17) Tipos de sentença; 18) Coisa julgada; 19) Recurso de apelação; 20) Recurso de embargos infringentes; 21) Recursos para o Supremo Tribunal Federal; 22) Reexame obrigatório da sentença concessiva; 23) Efeitos dos recursos; 24) Forma de execução; 25) Execução específica; 26) Suspensão da execução da liminar e da sentença final — VI. Proteção dos interesses legítimos — VII. Projeto de reforma judiciária em andamento — VIII. Balanço final.

I. Com o surgimento do moderno Estado de Direito, em que a atividade da Administração Pública deve estar limitada pelas leis, ganhou vulto o problema da proteção dos direitos individuais contra atos ilegais daquela Administração.

Mas, mesmo na época das monarquias absolutas, os excessos das autoridades inferiores eram coibidos e, para isso, usava-se, muitas vezes, da autoridade judicial.

Por isso, em certa fase de sua história, quando ainda estava sujeito ao regime colonial da monarquia absolutista

de Portugal, o Brasil via muitas das questões entre a Fazenda Pública e os particulares decididas pelos tribunais judiciais.¹

II. Durante o período imperial, por influência do constitucionalismo francês, foi criado um Conselho de Estado, com funções políticas, administrativas e até mesmo de Contencioso Administrativo.² Mas uma certa tendência de notáveis juristas da época para a unidade de jurisdição, aliada à imperfeição dos textos legais fixadores da competência desse Conselho levaram a concluir que a solução de litígios entre particulares e a Administração pelo Conselho de Estado era excepcional, cabendo a predominância nessa função ao Poder Judiciário.³

Com a proclamação da República em 1889, foi extinto o Conselho de Estado e tornada incontestável a unidade de jurisdição, isto é, o cidadão, para defesa de seus direitos lesados pela Administração Pública, teria ao seu dispor o Poder Judiciário.

III. Todavia, as formas processuais usadas no Poder Judiciário eram insatisfatórias para proteção de certos direitos do indivíduo contra aquela Administração. Uma das principais falhas estava na sua incapacidade para atender aos casos em que o direito violado não pudesse ser substituído pela reparação pecuniária do dano.

Para contornar essa dificuldade, tentou-se o uso dos procedimentos possessórios, cujas principais características consistem na maior celeridade e em levarem à execução específica do julgado, em vez da forma de reparação pecuniária do dano.⁴

1. Conf. VISCONDE DO URUGUAY, «Ensaio sobre o Direito Administrativo», vol. I, ps. 136, 138, 141, Rio, 1862.

2. D. de 22-11-1823 e Constituição do Império, art. 142. Suprimido pelo art. 32 do Ato Adicional de 12-8-1824, foi restabelecido pela Lei 234, 29-11-1841.

3. Veja-se Parecer do Conselho de Estado aprovado pelo Imperador em 22-12-1866, in REGO DE BARROS. «Apontamentos sobre o Contencioso Administrativo», ps. 71 e segs., especialmente 86 a 88, Rio, 1874.

4. CELSO AGRÍCOLA BARBI, «Mandado de Segurança», p. 54, n. 444, ed., Rio, 1976.

Mas essa técnica processual pressupunha a admissão da existência da posse de direitos pessoais, o que foi repellido por numerosos juristas e pela jurisprudência do mais alto tribunal do país.⁵

Também não obteve êxito, na prática, a ação anulatória de atos da Administração, criada no art. 13 da Lei nº 221, de 20-11-1894.⁶

IV. Melhor resultado foi obtido com a ampliação do campo de incidência do *habeas-corpus*, o qual, pela ação da jurisprudência, passou a ter como objeto não apenas os atos de autoridade pública atentatórios à liberdade corporal, mas também a violação de outros direitos individuais. Criou-se, assim, uma doutrina brasileira do *habeas-corpus*; mas a reforma constitucional de 1926 veio fazer retornar aquele remédio judicial apenas à proteção da liberdade corporal, com o que se destruiu aquela florescente e brilhante construção doutrinária e jurisprudencial.

V. Quando da elaboração da Constituição Federal de 1934, por iniciativa de João Mangabeira, e com a colaboração de Themístocles Cavalcanti, Carlos Maximiliano etc., criou-se no seu art. 113, XXXIII, um instituto jurídico com o nome original de *mandado de segurança*, destinado à defesa de direito certo e incontestável, ameaçado ou lesado por ato manifestamente ilegal ou inconstitucional de qualquer autoridade pública. Ficou ainda expresso que o procedimento seria o mesmo do *habeas-corpus*.⁷

5. Contra a posse de direitos pessoais; RIBAS, «Da posse e das ações possessórias», ps. 274/5, São Paulo, 1901; LAFAYETTE, «Direito das Coisas», vol. I, p. 75, nota 147, 5ª ed., Rio, 1943; Acórdãos do Supremo Tribunal Federal em 13-05-1893, 14-12-1895, 24-04-1901, 21-06-1902 e 20-04-1903, *apud* PAULO RODRIGUES TEIXEIRA, «A Posse e os interditos possessórios», Rio, 1923.

6. Sobre os motivos do insucesso dessa ação, vejam-se A. BUZOID, «Do mandado de segurança», *in* REVISTA FORENSE, 164/7 e segs.; e CELSO AGRÍCOLA BARBI, *op. cit.*, p. 56, n. 46.

7. A Lei nº 191, de 16-01-1936, regulamentou minuciosamente o procedimento da nova ação assim criada. Mais tarde, o C. Pr. Civ. de 1939 substituiu as normas da Lei nº 191.

A Carta Constitucional outorgada de 1937 não incluiu o mandado de segurança, mas o art. 141, § 24, da Constituição Federal de 1946, deu-lhe novamente garantia constitucional e o aperfeiçoou, ao suprimir a exigência de que a ilegalidade fosse manifesta. A Emenda Constitucional nº 1, de 17-10-1969, que atualmente contém a Constituição Federal do país, dispõe no art. 153, § 21: “conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo não amparável por *habeas-corpus*, seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder”.⁸

Dando-se um balanço rápido na situação atual, observa-se que a proteção dos direitos individuais contra atos ilegais da Administração Pública se faz pelo uso das formas processuais comuns (ações de procedimento ordinário, sumaríssimo ou especial, utilizáveis também contra outros particulares) e pelo mandado de segurança. Quando, por determinadas circunstâncias, o indivíduo não puder, ou não quiser, usar o mandado de segurança, a lei lhe faculta utilizar aquelas outras vias processuais.

Todavia, como o mandado de segurança é o mais rápido e eficaz dos procedimentos para defesa contra atos ilegais da Administração, é natural que os indivíduos o prefiram, e só se utilizem dos outros meios processuais, quando aquele for inviável.

A seguir, e especialmente para os leitores estrangeiros, serão expostas as principais características do mandado de segurança.

1. Nos primeiros tempos da aplicação do instituto, surgiram acentuadas divergências acerca de sua natureza jurí-

8. O procedimento do mandado de segurança está regulado principalmente na Lei nº 1.533, de 31-12-1951, modificada, em parte, pelas Leis ns. 2.770, de 04-05-1956, 4.166, de 04-12-1962, 4.348, de 26-06-1964, 4.357, de 16-07-1964, 4.862, de 29-11-1965, 5.021, de 09-06-1966, 6.014, de 27-12-1973, 6.071, de 03-07-1974.

dica e alguns lhe negaram o caráter de ação judicial.⁹ Mas atualmente prevalece a opinião de que seu uso é exercício do direito de ação, de modo que se pode falar em ação de mandado de segurança.

Há, porém, discordância quanto ao tipo de ação, afirmando alguns que é ação constitutiva,¹⁰ outros, que é ação mandamental,¹¹ enquanto terceiros o deixam com caracterização imprecisa.¹²

Sob o prisma do direito de ação, o mais acertado é considerá-lo como ação de cognição, ou de conhecimento, apenas, e que, conforme o caso, poderá ser condenatória, declaratória ou constitutiva, uma vez que, na prática, pode ele visar a obter sentença de qualquer dessas modalidades.

Como no processo do mandado de segurança só se admite prova documental, a conclusão mais completa é que ele é ação de cognição, ou conhecimento, que se exerce através de procedimento especial da mesma natureza, e caracterizado por ser procedimento documental e com forma especial de execução do julgado.¹³

9. Acórdão do TJMG, em 28-10-1940, *in* REVISTA FORENSE, 86/404; voto do Ministro CARVALHO MOURÃO, no MS n. 60, *in* Arquivo Judiciário, vol. 39/246.

10. SEBASTIÃO DE SOUZA, «Dos Processos Especiais», p. 50, Rio, 1957.

11. LOPES DA COSTA, «Direito Processual Civil Brasileiro», vol. IV, p. 431, 2ª ed.; PONTES DE MIRANDA, «Comentários ao Código de Processo Civil de 1939», vol. VIII, p. 206, vol. V, ps 148/9, 3ª ed. — Rio, 1959, 1960. JORGE SALOMÃO, «Execução de sentença em mandado de segurança», p. 51, Rio, s/data.

12. THEMÍSTOCLES CAVALCANTI, «Mandado de Segurança», p. 22, 4ª ed., Rio, 1957; CASTRO NUNES, «Mandado de Segurança», ps. 71 e 75, 5ª ed., Rio, 1956; L.E. BUENO VIDIGAL, «Mandado de Segurança», ps. 199 e 200, São Paulo, 1953.

13. CELSO AGRICOLA BARBI, *op. cit.*, p. 73 — n. 64. Em sentido aproximado do texto. ARNOLDO WALD, «Da natureza processual do mandado de segurança», *in* Revista da Procuradoria Geral da Guanabara, vol. 16/36; TOMÁS PARÁ FILHO, «A execução do mandado de segurança», *in* RT., vol. 418/42; J. I. BOTELHO DE MESQUITA, «Da propositura da ação de mandado de segurança», *in* RT, vol. 418/21.

2. O primeiro requisito para que um direito seja protegido por mandado de segurança é que ele seja *líquido e certo*. Essa expressão é usada no texto garantidor do instituto na Constituição Federal, sendo fundamental para compeensão deste. Surgiu ela na doutrina brasileira do *habeas-corpus* mencionada mais acima, mas não chegou a ter ali conceituação precisa.

No início da aplicação do mandado de segurança, alguns juristas entenderam que direito líquido e certo é o direito evidente, claro, indiscutível.¹⁴ Essa opinião, porém, apesar de ainda contar com alguns defensores, está superada.

Prevalece, acertadamente, no momento, a construção cujas origens estão principalmente na opinião do Ministro COSTA MANSO; segundo este, o direito subjetivo, o direito da parte, é constituído de uma relação entre a lei e o fato. A lei é sempre certa e incontestável, não podendo o juiz se eximir de despachar, ou sentenciar, mesmo em caso de silêncio ou obscuridade dela. O fato, em que se funda o direito subjetivo, é que, em cada caso concreto, deverá ser certo e incontestável, sem o que o direito decorre dele não poderá ser protegido pela via do mandado de segurança. Conclui ele que, desde que o fato seja certo e incontestável, resolverá o juiz a questão de direito, por mais intrincada e difícil que se apresente, para conceder ou negar o mandado de segurança.¹⁵

Como se vê das idéias acima expostas, o conceito de direito líquido e certo é tipicamente processual. Quando acontecer um fato que der origem a um direito subjetivo, esse

14. Voto de desempate do Ministro EDMUNDO LINS no julgamento do MS 476, no STF, em 27-10-1937, in REVISTA FORENSE, vol. 73/536.

15. Voto proferido no MS 333, em 09-12-1936 — *apud* CASTRO NUNES, op. cit., 92/3. No sentido do texto, LOPES DA COSTA, op. cit., vol. IV, p. 145 e segs.; BUENO VIDIGAL, op. cit., p. 143; SEBASTIAO DE SOUZA, op. cit., p. 48; PONTES DE MIRANDA, op. cit., vol. V, p. 161; SEABRA FAGUNDES, «O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário», p. 308, 3ª ed., Rio, 1954; JORGE SALOMÃO, op. cit., ps. 41, 42; ARNOLDO WALD, op. cit., p. 125.

direito, apesar de realmente existente, só será líquido e certo se o fato for indiscutível, isto é, provado documentalmente e de forma satisfatória. Se a demonstração da ocorrência do fato depender de outros meios de prova, o direito subjetivo surgido dele existirá, mas não será líquido e certo, para efeito de mandado de segurança. Nesse caso, sua proteção só poderá ser obtida por outra via processual.

3. O mandado de segurança, como as ações em geral, só pode ser requerido pelo titular do direito ameaçado ou lesado, vale dizer, o autor deve ter *legitimatío ad causam*.

Todavia, o art. 3º da Lei nº 1.533/41 criou um caso especial de substituição processual, ou legitimação anômala, permitindo que o titular de direito líquido e certo, decorrente de direito de terceiro, em idênticas condições, possa usar o mandado em favor do terceiro, isto é, do direito deste, caso seu titular não o faça em prazo razoável, apesar de notificado judicialmente para isso.

Desde a primeira lei ordinária que regulou o procedimento do mandado de segurança, existiu o propósito de permitir seu uso em defesa de *interesse legítimo*, que não chegasse a constituir direito subjetivo, mas tivesse reconhecimento legal. Isto se dá, *v. g.*, em caso de cargo público cujo provimento deva ser feito dentre os aprovados em concurso, mas sem obedecer à ordem de classificação. Se a autoridade nomeia pessoa não habilitada no concurso, não fere direito subjetivo de nenhum dos aprovados, porque nenhum deles tem direito à nomeação mas fere interesse legítimo, porque a nomeação tem de ser dentre eles.¹⁶

Todavia, os Tribunais, pouco afeitos à diferença entre direito subjetivo e interesse legítimo, ou pela defeituosa redação da lei, não aplicaram a norma, tendo, em alguns casos, exigido que todos os aprovados no concurso formassem litisconsórcio ativo necessário, para, assim, completarem a legitimação.

16. Art. 6º § 1º, da Lei 191/36; art. 1º, § 2º, da Lei nº 1.533/51.

Mais recentemente, a proteção de alguns desses interesses legítimos veio a ser feita pela ação popular, como se mostrará mais adiante.

O mandado de segurança pode ser requerido por pessoa natural ou jurídica e, entre estas, tanto as pessoas de direito privado como as de direito público. As associações de classe podem usá-lo para defesa de direito próprio, mas não para a defesa de direito dos seus associados.¹⁷

4. O art. 5º, I, da Lei nº 1.533/51 dispõe que não cabe mandado de segurança quando se tratar de ato do qual caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, independentemente de caução; é a chamada exigência da prévia exaustão da via administrativa. Essa limitação legal constitui restrição por falta de interesse de agir, porque se entende que, enquanto a questão puder ser resolvida administrativamente, não há necessidade do uso da via judicial.

Apesar de expressamente exigida na lei essa exaustão, os Tribunais freqüentemente a consideram dispensável, mesmo sem considerá-la inconstitucional.¹⁸

5. O objeto do mandado de segurança deve ser um ato de autoridade pública, comissivo ou omissivo. Em princípio, são os atos das autoridades administrativas; mas os atos de natureza administrativa, mesmo quando praticados por autoridade judiciária ou do legislativo, podem ser objeto do mandado.

Equiparam-se legalmente às autoridades públicas as pessoas naturais ou jurídicas com funções delegadas de Poder Público, mas só no que se referir ao exercício dessas funções, como, *v.g.*, estabelecimentos de ensino particular, quando ministrarem cursos reconhecidos pelo Estado.

17. Acórdão do STF no MS 6.889, em 01-07-1959, *in* Diário da Justiça de 11-07-1960.

18. A regra legal não fere o texto do art. 153, § 4º, da CF, segundo o qual «a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual», porque não vedação a levar o caso ao Judiciário, mas simples restrição temporária, sem causar prejuízo ou impor condição onerosa.

Mesmo que o ato violador de direito seja baseado em lei, poderá ser usado o mandado, se a lei for inconstitucional. Do mesmo modo, o ato baseado em decisões normativas (regulamentos, instruções gerais, portarias etc.) quando elas ferirem a lei ou a Constituição.

Quando, sob a forma de lei, se encobrir ato materialmente administrativo, poderá ser usado o mandado contra ele.

6. Historicamente, o mandado de segurança não surgiu para dar proteção contra atos do Poder Judiciário. Mas, apesar de grandes resistências iniciais, a jurisprudência admite hoje o seu uso contra esses atos, mesmo quando praticados em processos de natureza contenciosa, no exercício da função jurisdicional.

De acordo com a jurisprudência mais recente, só é admissível o uso do mandado de segurança contra ato jurisdicional quando não houver recurso com efeito suspensivo e a ilegalidade causar dano irreparável cabalmente demonstrado.¹⁹ É pacífico também que não pode ser utilizado o mandado contra sentença judicial passada em julgado.²⁰

7. No que se refere aos atos do Poder Legislativo, é possível o uso do mandado contra aqueles que tenham natureza e forma de ato administrativo; do mesmo modo, contra os que tenham aquela natureza, mas tenham forma de lei.

Mas, contra a lei em tese, para tachá-la de inconstitucional e anulá-la, não é admissível o mandado.²¹ Nesse caso, a solução é atacar o ato praticado com base na lei inconstitucional. O mandado atacará o ato, mas deixará de pé a lei, porque ele não se destina a anular a lei viciada de inconstitucionalidade, mas sim o ato praticado com assento nela.

8. O mandado de segurança pode visar a ato já praticado, ou pode ter caráter preventivo, quando houver justo receio de ameaça de lesão de direito do indivíduo.

19. Acórdão do STF em 05-12-1973, no RE 76-909, in RTJ do STF, vol. 70/504.

20. Súmula n. 268 do STF, da jurisprudência aí dominante.

21. Súmula n. 266 do STF: «Não cabe mandado de segurança contra lei em tese».

Não serve ele de ação de cobrança, de modo que os efeitos patrimoniais por prejuízos pecuniários causados antes da propositura da ação não são abrangidos expressamente pela sentença. Todavia, a lei admite implicitamente que haja decisão não expressa sobre eles. Tanto assim que prevê a execução para o recebimento dessas quantias. Mas essa execução será feita separadamente da execução da sentença concessiva do mandado e obedecerá à forma das demais execuções por quantia certa contra a Fazenda Pública.

9. Quando a Constituição Federal de 1934 criou o mandado de segurança, procurou simplificá-lo, dando-lhe o procedimento do *habeas-corpus*. Em consequência, ao despachar a petição, o juiz mandava requisitar informações à autoridade que praticara o ato acusado de ilegal. A citação da pessoa jurídica de direito público a cujos quadros ela pertencia só se fazia depois. Com o tempo, foi suprimida aquela citação, só restando o pedido de informações, como se vê na lei atualmente vigente.

Por isso, parte da doutrina entende que o réu, a parte passiva no processo do mandado de segurança é aquela autoridade.²² Parece, porém, mais correto entender que a parte passiva no mandado de segurança não é a autoridade e sim a pessoa jurídica de direito público a cujo serviço ela praticou o ato.²³ No direito brasileiro em geral, as ações judiciais são contra a pessoa jurídica de direito público, porque esta é que vai sofrer o resultado da sentença desfavorável; além disso, o funcionário não age em nome e interesse próprios, mas sim do Poder Público. O mesmo se deve dizer da ação proposta pela forma de mandado de segurança, não havendo razões que justifiquem conclusão diferente.

10. Há casos em que a concessão do mandado de segurança pode afetar direito de terceiro, *v.g.*, se requerido contra

22. SEBASTIAO DE SOUZA, *op. cit.*, ps. 48/9; LOPES DA COSTA, «Manual de Direito Processual Civil», ps. 319 a 320, Rio, 1956; H. MORAIS E BARROS, «As liminares do mandado de segurança», p. 69, Rio, 1963; ARI FLORÊNCIO GUIMARAES, «O Ministério Público e o mandado de segurança», ps. 167, 8, Curitiba, 1959.

a nomeação ou promoção de um funcionário, ou contra a concessão de serviço de utilidade pública a certa empresa. Nesse caso, esse terceiro deve ser também citado para defender seu direito, que será sacrificado se concedido o mandado. Configura-se aí verdadeiro caso de litisconsórcio passivo necessário. A doutrina e a jurisprudência inicialmente se recusavam a reconhecer esse litisconsórcio nesse procedimento, mas a orientação recente é, acertadamente, nesse sentido.²⁴

11. Desde sua primeira regulamentação legal, fixou-se em 120 dias o prazo dentro do qual deve ser requerido o mandado. Esse prazo não é de prescrição do direito, mas sim de decadência do uso daquela forma processual; por isto, o indivíduo que não defender seu direito naquele prazo pela via do mandado de segurança, poderá fazê-lo pelas vias processuais comuns.

O prazo de 120 dias, a rigor, só se justificaria se o mandado não se destinasse a decidir definitivamente a controvérsia. Mas como isso não acontece e como ele é hoje de uso comum, não se vê razão para impedir sua utilização após aquele prazo, porque o direito substancial a ser defendido não prescreveu. Todavia, por força da tradição, as sucessivas leis vêm repetindo a norma sobre prazo e a jurisprudência é rigorosa na sua aplicação.

12. Característica importantíssima do procedimento do mandado de segurança é que, quando for relevante o fundamento da ação e a demora natural no andamento do processo puder tornar ineficaz a sentença final, o juiz pode suspender o ato que motivou a demanda.

Trata-se de verdadeira medida cautelar inserida no procedimento do mandado, porque pressupõe os requisitos dela, a

23. SEABRA FAGUNDES, *op. cit.*, p. 338; THEMISTOCLES CAVALCANTI, *op. cit.*, p. 313.

24. Acórdão do STF, em 24-08-1971, no RE 71.992, *in* RTJ, vol. 59/596; *idem* em 19-02-1973, no RE 70.042, *in* RTJ, vol. 64/777.

saber o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*.²⁵ Usando expressão adequada de Carnelutti, pode-se dizer que existe aí uma fase cautelar no processo.

Essa cautelar tem prazo de vigência, que varia de 60 a 90 dias.

Quando a execução dessa cautelar puder causar lesão grave à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, o procurador da pessoa jurídica de direito público ré na ação pode pedir a suspensão da execução da medida cautelar ao Presidente do Tribunal, ao qual caberá julgar o recurso contra a futura sentença final.

13. O procedimento do mandado de segurança, inspirado diretamente no do *habeas-corpus* e, por isso, no direito anglo-saxônio, difere dos procedimentos oriundos do direito português, que têm base no direito comum europeu e no romano.

Exemplo disso encontra-se logo no início do procedimento, quando se dá ciência da demanda ao réu. Nos demais procedimentos do direito brasileiro, a regra é fazer a citação por mandado ou, excepcionalmente, pelo correio ou por editais. No art. 213 do C. Pr. Civ. está expresso que a citação é o ato pelo qual se chama o réu a fim de se defender. Enquanto isto, no mandado de segurança, pela já mencionada influência do procedimento do *habeas-corpus*, o juiz, em vez de mandar citar o réu, *requisita informações* à autoridade que praticou o ato argüido de ilegal.

Há, todavia, natural tendência a “romanizar” o procedimento do mandado de segurança, de modo a integrá-lo no sistema geral do direito processual do país, cujas origens remotas, como já se disse, são romanas. Por isso, a requisição de informações é interpretada como verdadeira citação inicial; e a autoridade à qual é feita essa requisição é considerada

25. Certos abusos na concessão dessa cautelar levaram o legislador a não admiti-la quando se tratar de recebimento de vencimentos e outras vantagens pecuniárias por funcionários públicos, e em outros casos: Lei nº 2.770, de 04-05-1956, Lei nº 4.348, de 26-06-1964; Lei nº 5.021, de 09-06-1966.

como representante da pessoa jurídica de direito público, para o fim de receber a citação.

Na mesma linha de pensamento, as informações prestadas por aquela autoridade coatora são consideradas como verdadeira contestação, apesar de não terem o nome tradicional desta.²⁶

14. Depois de prestadas as informações pela autoridade coatora, deve ser ouvido o Ministério Público, segundo o art. 10 da Lei nº 1.533/51. A lei não é clara quanto à função daquele órgão no mandado de segurança, parecendo mais correto entender que ele deve atuar na qualidade de defensor da pessoa jurídica de direito público que irá sofrer as consequências da concessão do pedido.²⁷ Todavia, a maioria dos doutrinadores sustenta que o Ministério Público deve apenas agir imparcialmente, como fiscal da correta aplicação da lei.

15. Característica importantíssima do mandado de segurança é que nele só se admite prova documental, o que levou a considerá-lo como procedimento documental.

Além dessa restrição ao tipo de prova, existe outra, quanto ao tempo de apresentação da prova: o autor deve apresentá-la com a petição inicial; o réu deve fazê-lo com as informações (contestação). Dada a rigidez do procedimento, o juiz habitualmente não manda ouvir o autor sobre os documentos que forem apresentados pelo réu, o que constitui exceção ao princípio geral de que o juiz não pode sentenciar com base em documento sobre o qual não tenha ouvido a parte contrária à que o apresentou.

16. As despesas de custas serão atribuídas pela sentença à parte vencida. Quando julgado procedente o pedido do autor, aquelas despesas caberão à pessoa jurídica de direito

26. Todavia, não se considera como *ficta confessio* a falta de apresentação das informações da autoridade coatora no prazo legal de 10 dias, porque a decisão favorável do mandado de segurança só se pode basear-se em prova escrita preconstituída e não em presunção. Nesse sentido, acórdão do STF em 23-05-1973, na AR 867, in RTJ, vol. 67/27.

27. CELSO AGRÍCOLA BARBI, op. cit., ps. 223 e 229.

público a cujo serviço a autoridade coatora praticou o ato argüído de ilegal, e não a essa autoridade, porque parte passiva é a pessoa jurídica e não a autoridade.

No que se refere às despesas com honorários de advogado, o Supremo Tribunal Federal já firmou jurisprudência no sentido de não se aplicarem os princípios do C. Pr. Civ. sobre o assunto, de modo que o vencido não deve ser condenado a pagar honorários de advogado do vencedor.²⁸

17. A sentença que julgar procedente o pedido de mandado de segurança pode ser declaratória ou constitutiva, conforme, no caso concreto, se tratar de mera declaração de nulidade de ato administrativo, ou se se tratar de sua anulação.²⁹

Como no mandado de segurança a sentença pode ser para compelir a Administração a praticar determinado ato, isto é, a um *facere*, parte ponderável da doutrina admite que, nesse caso, a sentença será condenatória.³⁰

18. A questão da coisa julgada nas sentenças que decidirem o mandado de segurança teve evolução das mais interessantes.

Quando a Constituição Federal de 1934 criou o instituto, foi para uso em casos excepcionais. Por isso prescreveu que ele só seria cabível se concorressem dois requisitos específicos: direito certo e incontestável; e que a violação desse direito fosse por ato *manifestamente* ilegal. Vale dizer, não

28. Súmula n. 512 do STF. Veja-se CELSO AGRÍCOLA BARBI, op. cit., ps. 242 a 244, nº 213, e a bem fundada crítica feita àquela Súmula n. 512 por J. C. BARBOSA MOREIRA no seu artigo «Mandado de segurança e condenação em honorários de advogado», in «Direito Processual Civil», ps. 238 e segs., Rio, 1971.

29. No direito anterior, não se admitia a possibilidade de uma sentença do Poder Judiciário anular ato da Administração Pública, porque isto implicaria em violar o princípio da separação e independência dos Poderes. Mas a controvérsia sobre o assunto já cessou, admitindo-se, atualmente, de forma pacífica, essa anulação. Conf. CELSO AGRÍCOLA BARBI, op. cit., p. 248, nota 316.

30. J. I. BOTELHO DE MESQUITA, op. cit., ps. 19 e segs.; TOMÁS PARÁ FILHO, op. cit., ps. 41 e segs.

bastaria qualquer ilegalidade na violação do direito: ela deveria ser clara, evidente, manifesta.

Desse modo, poderia acontecer que o juiz, apesar de reconhecer ter havido violação de direito certo e incontestável, viesse a negar o mandado, por entender que o ato violador não era manifestamente ilegal.

Nesse caso, seria natural que se permitisse à parte voltar a pleitear seu direito por outras vias processuais, *v.g.*, por ação de procedimento ordinário. Por isso, o § 33 do art. 113 daquela Constituição dispôs que o uso do mandado de segurança não prejudicaria o uso das “ações petitórias competentes”.

Essa formulação não era muito correta, porque a expressão *petitória* sempre foi usada em contraposição a *possessória*. Todavia, o sentido era conhecido, e o § 1º do art. 2º da Lei nº 191/34 esclareceu o assunto, dispondo que “a decisão do mandado de segurança não impede que a parte reitere a defesa de seu direito por ação competente, nem que por esta pleiteie efeitos patrimoniais não obtidos”.

Entendeu-se, desde logo, que a sentença concessiva do mandado de segurança fazia coisa julgada material, mas a sentença denegatória não o fazia.

Mais tarde, a Constituição Federal de 1946 suprimiu a exigência de ser manifesta a ilegalidade do ato de autoridade violador de direito líquido e certo. Com isto, passou a bastar a ilegalidade e a violação do direito daquele tipo.

A supressão daquela exigência alterou profundamente a natureza do mandado de segurança. Deixou ele então de ser procedimento de uso excepcional e passou a ser apenas um procedimento documental cabível sempre que houvesse violação de direito líquido e certo por ato ilegal de autoridade.

Durante muito tempo, não foram tiradas todas as conseqüências dessa transformação; e a doutrina mais autorizada continuou a afirmar que a denegação do mandado, fosse qual fosse o fundamento da decisão, não fazia coisa julgada, de modo que o autor poderia renovar a demanda, desde que por

outra via processual.³¹ A jurisprudência seguiu o mesmo caminho, tendo sido consolidada a do Supremo Tribunal Federal na Súmula 304, do teor seguinte: "Decisão denegatória de mandado de segurança, não fazendo coisa julgada contra o impetrante, não impede o uso da ação própria".

Essa conceituação é adequada para os casos em que o mandado for negado porque se a decisão entender que os fatos são incertos, ou por algum outro fundamento que impedir de examinar se o requerente tem realmente o direito subjetivo que alega. Nessas hipóteses, como não se nega a existência desse direito, tem aplicação a regra legal, hoje constante do art. 15 da Lei nº 1.533/51, podendo o autor pleitear o seu direito por outra via processual.

Mas quando o mandado for negado porque o juiz concluir que o autor não tem o direito subjetivo alegado, isto é, quando foi decidido o mérito da causa, a sentença deve fazer coisa julgada, impedindo o autor de voltar a juízo para renovar a demanda em outra via processual.

Esse entendimento ganhou corpo recentemente na doutrina.³² E o próprio Supremo Tribunal Federal vem interpretando sua Súmula 304, acima transcrita, como significando que, se houve julgamento do mérito, isto é, se o juiz reconheceu que o autor não tem o direito subjetivo que alega, a sentença fará coisa julgada, não podendo ser renovada a demanda em outra via processual.³³

19. A sistemática dos recursos contra os julgamentos dos mandados de segurança tem sido objeto de modificações

31. PONTES DE MIRANDA, op. cit., vol. V, ps. 200 a 203; CASTRO NUNES, op. cit., p. 51; M. SEABRA FAGUNDES, op. cit., p. 349; LOPES DA COSTA, «Direito Processual Civil Brasileiro», vol. IV, ps. 432 a 433; SEBASTIAO DE SOUZA, op. cit., p. 52.

32. HELY LOPES MEIRELLES, «Direito Administrativo Brasileiro», p. 535, São Paulo, 1964; IVAN ORDINI RIGHI, «Da coisa julgada em mandado de segurança», in RT, vol. 427/21.

33. Acórdão do STF nos ERE nº 65.929, em 16-09-1970, in RTJ, vol. 55/689; idem na AR 768, em 19-05-1973, in RTJ, vol. 63/11; idem no RE 76.371, em 25-09-1973, in RTJ, vol. 67/872.

freqüentes. Na vigência do C. Pr. Civ. de 1939, o recurso usado contra o julgamento por juiz de 1ª instância era o de apelação. Posteriormente, a Lei nº 1.533/51, para abreviar a fase de recursos, dispôs que o cabível contra aquela sentença seria o recurso de agravo de petição.³⁴

Com o advento do C. Pr. Civ. de 1973, a apelação voltou a ser o recurso admissível contra aquela decisão, tenha ela ou não, decidido o mérito, uma vez que foi suprimido do direito brasileiro o agravo de petição.

20. Quando o julgamento da apelação se der por maioria de votos,³⁵ o art. 530 do citado Código admite seja a decisão do Tribunal impugnada por embargos infringentes, que constituem um recurso para o mesmo Tribunal.

No julgamento da apelação contra sentença em mandado de segurança, deveria caber esse recurso de embargos infringentes, porque não há razão legal ou de conveniência para tratamento diferente.³⁶ Mas a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se rapidamente em sentido contrário, cristalizando-se na Súmula 597, do seguinte teor: "Não cabem embargos infringentes de acórdão que, em mandado de segurança, decidiu, por maioria de votos, a apelação".

21. Durante largos anos, a partir da Constituição Federal de 1946, as decisões dos Tribunais Estaduais e Federais, quando denegatórias de mandados de segurança, quer os ali julgados originariamente, quer os decididos por eles em grau de recurso, podiam ser objeto do chamado recurso ordinário

34. O agravo de petição, que desapareceu do direito brasileiro com o advento do C. Pr. Civ. de 1973, era de curso mais rápido do que a apelação, principalmente porque os prazos para as partes e para os julgadores eram mais curtos nele do que na apelação.

35. No sistema brasileiro, a apelação é julgada por três juízes do Tribunal competente.

36. Nesse sentido, CELSO AGRÍCOLA BARBI, «Embargos infringentes em mandado de segurança». *in* Revista Brasileira de Direito Processual, vol. 4, ps. 51 e segs.

constitucional para o Supremo Tribunal Federal, o qual re-examinava tanto as questões de fato como as de direito. Vale dizer, o único requisito para o recurso era a derrota do autor, não importando se o direito discutido era municipal, federal ou estadual.

Essa amplitude no cabimento do recurso para o mais alto Tribunal do país mereceu críticas, porque ampliava a atuação do Supremo Tribunal Federal a casos em que não houvesse questão de direito federal.³⁷ Todavia, sob o ponto de vista de garantia dos cidadãos residentes em regiões onde os Tribunais nem sempre estão livres de influências políticas locais, aquela amplitude se justificava.

Em 01-02-1969, o Ato Institucional nº 6 suprimiu aquele recurso ordinário constitucional, supressão essa que perdura até hoje. Essa restrição de acesso ao Supremo Tribunal Federal vem sendo objeto de preocupação de muitos juristas brasileiros, notadamente porque o Regimento Interno daquela Corte, em vários itens do seu art. 308, criou restrições diretas ou indiretas ao recurso extraordinário em mandado de segurança para aquele alto Tribunal.³⁸

22. O direito brasileiro anterior ao Código de Processo Civil de 1973 consagrava recursos *ex officio*, também chamados *necessários*, que o juiz interpunha obrigatoriamente, quando proferisse sentença final contrária ao Estado, compreendendo-se nessa expressão a União Federal, os Estados da Federação, os Municípios e respectivas autarquias.

No fundo, sob o nome de recurso, abrigava-se instituto diferente, isto é, a obrigatoriedade de serem revistas por um Tribunal superior as sentenças de juízes inferiores contrárias ao Estado.

37. PONTES DE MIRANDA, op. cit., vol. V, p. 154; CASTRO NUNES. op. cit., p. 387.

38. Vejam-se as preocupações de MOACIR LOBO DA COSTA, quanto às restrições criadas pelo citado Regimento Interno, in RT, vol. 418/30.

O C. Pr. Civ. atual suprimiu o nome de recurso *ex officio*, mas manteve o instituto; para isso, no que se refere ao mandado de segurança, a Lei nº 6.071, de 03-07-1974, modificou o parágrafo único do art. 12 da Lei nº 1.533/51, o qual passou a ter a seguinte redação: “A sentença, que conceder o mandado, fica sujeita ao duplo grau de jurisdição, podendo entretanto, ser executada provisoriamente”.

23. O recurso de apelação tem, em regra, efeito suspensivo. Mas, quando ele for interposto contra sentença concessiva de mandado de segurança, a lei lhe retira aquele efeito.

O recurso *ex officio* acima referido também não tinha efeito suspensivo; a lei atual, que mudou seu nome para sujeição ao duplo grau de jurisdição, manteve o princípio, ao dispor que a sentença poderá ser executada provisoriamente mesmo enquanto ainda em andamento o seu reexame pelo Tribunal superior.

Apesar de a lei dizer expressamente que essa execução é provisória, os Tribunais, no entanto, não exigem as medidas que a lei prevê para acautelar os interesses do vencido, ou de terceiro, em caso de reforma da sentença, após sua execução provisória.

24. A execução da sentença concessiva do mandado de segurança não obedece às regras comuns da execução, sendo muito mais simplificada. Pressupõe o legislador que o Estado, quando vencido, não vai se negar a cumprir a decisão proferida pelo Poder Judiciário.

Se, porém, a autoridade pública se recusar a cumprir a decisão judicial, não há meios *processuais* para obrigá-la a acatar a sentença.

Nesse caso, o único meio legal será a intervenção federal no Estado Federado, ou a intervenção estadual no Município, remédios esses de natureza constitucional, previstos nos arts. 10, item VI e 15, § 3º, alínea *d*, da Constituição Federal.

Na prática, porém, a tradição brasileira é de acatamento das decisões judiciais pelas demais autoridades, de modo que,

felizmente, quase não tem havido necessidade de usar esses meios constitucionais de constrição.

25. É entendimento pacífico, atualmente, que a autoridade deve executar a sentença especificamente, isto é, deve praticar o ato ou se abster de praticá-lo, tal como determinar a sentença, não lhe sendo permitido escolher entre o cumprimento específico da decisão e a reparação pecuniária do dano causado.³⁹

26. A decisão do juiz, que suspender liminarmente o ato impugnado pelo mandado de segurança, pode ter sua execução suspensa pelo presidente do Tribunal a que caberá julgar o recurso contra o julgamento final da ação. Para isto é necessário pedido do representante da pessoa jurídica de direito público interessada e, também, que a suspensão seja para evitar lesão grave à ordem, à saúde, à segurança ou à economia públicas. Pelos mesmos motivos e pela mesma forma, pode haver a suspensão da execução da sentença que houver concedido, a final, o mandado de segurança.⁴⁰

VI. Com o largo uso alcançado pelo mandado de segurança, os direitos subjetivos dos cidadãos alcançaram proteção satisfatória contra atos ilegais da Administração.

Mas o direito brasileiro moderno sempre se ressentiu da falta de adequada proteção para os *interesses legítimos* dos indivíduos, que não cheguem a configurar direitos subjetivos. Tentou-se sua proteção pelo mandado de segurança, como se viu mais acima no n. 3, mas a iniciativa não teve êxito nos Tribunais.

Mais recentemente, na Lei nº 4.717, de 29-6-1965, ao regular a ação popular cabível a qualquer cidadão e destinada a anular atos lesivos ao patrimônio Público, o legislador ampliou o objeto daquela lei, para alcançar vários casos que constituem "interesses legítimos" segundo a doutrina euro-

39. CELSO AGRÍCOLA BARBI, «Mandado de Segurança», ob. cit., ps. 304 a 309.

40. Lei nº 4.384, de 26-06-1964, art. 4º.

péia. Assim, no art. 4º, considera nulos, entre outros, os seguintes atos ou contratos praticados por entidades de direito público: a admissão ao serviço público remunerado, com desobediência das normas legais sobre condições de habilitação: a empreitada ou concessão de serviço público contratada sem concorrência pública que a lei exigir; a compra e venda de bens públicos feita sem obediência às normas legais etc.

A inclusão desses casos na lei da ação popular, se bem que vantajosa para o controle da legalidade da ação administrativa, tem o inconveniente de abrir caminho para submeter a Administração ao julgamento pelos órgãos do Poder Judiciário em assuntos para os quais os magistrados da Justiça comum nem sempre têm a necessária formação especializada, o que os leva a aplicar às questões de direito administrativo os princípios gerais do direito privado, a cujo uso estão mais habituados.

VII. No momento atual, está em curso no Congresso Nacional um projeto de iniciativa e elaboração do Poder Executivo, para modificar a Constituição Federal, de modo a reformar o Poder Judiciário.

No que se refere aos assuntos do presente trabalho, o projeto não visa a modificar o princípio da unidade de jurisdição, que é tradicional e dominante no país.

Todavia, pretende instituir constitucionalmente o princípio da prévia exaustão da via administrativa antes do ingresso na via judicial. Para evitar que a excessiva demora na decisão na via administrativa equivalha à vedação ao ingresso na via judicial, o projeto condiciona aquela exaustão a que não seja exigida garantia da instância, nem seja ultrapassado o prazo de cento e oitenta dias para a decisão administrativa sobre o pedido.

Essa inovação, todavia, não leva ao aprimoramento da defesa dos direitos individuais, porque limita, indiretamente, o uso do mandado de segurança.

Além disso, há casos em que a via judicial é a única satisfatória, porque a administrativa é juridicamente incapaz de solucionar a questão. Isto se dá, *v.g.*, quando o ato da Adminis-

tração for baseado em lei argüida de inconstitucional, porque os órgãos administrativos julgadores do recurso não podem deixar de aplicar a lei com o argumento de sua inconstitucionalidade. Nesses casos, só a via judicial será satisfatória.

Do mesmo modo, se o recurso hierárquico não tiver efeito suspensivo, haverá prejuízo desde logo para o particular, com a vedação ao imediato ingresso na via judicial.

VIII. Em linhas gerais, pode-se dizer que o sistema de unidade de jurisdição, vigente no Brasil, alcançou resultado satisfatório na proteção dos direitos individuais contra atos da Administração Pública com o uso do mandado de segurança. O procedimento dessa ação judicial é rápido, simples e eficiente; as dificuldades iniciais de sua aplicação já estão superadas pela doutrina e jurisprudência.

Os inconvenientes que se podem apontar no sistema brasileiro são dois: em primeiro lugar, a Administração tem seus atos julgados por juízes não especializados e sem experiência em atividade administrativa, o que, freqüentemente, leva ao predomínio da aplicação de princípios do direito privado na solução de questões de direito público; em segundo lugar, a proteção dos interesses legítimos não é feita satisfatoriamente através da ação popular, que só inclui alguns casos de lesão desses interesses.

Como se sabe, o problema da proteção dos direitos do cidadão contra atos da Administração gira entre dois pontos: a) assegurar ao indivíduo julgamento imparcial; b) não entrar desnecessariamente a atividade da Administração. O primeiro se consegue com a instituição de juízes com as garantias da vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos, o segundo se obtém com a instituição de magistratura especializada nos ramos do Direito Público do Estado.

O sistema brasileiro atual atende ao primeiro requisito, mas não ao segundo. Para atender a esse, seria necessária a especialização de certos órgãos do Poder Judiciário, ou a criação de um Contencioso Administrativo. Ambas as medidas não são de fácil criação no momento, notadamente se não forem precedidas de ampla preparação doutrinária.