

Do mandado de segurança

CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA

Procuradora do Estado de Minas Gerais.
Professora de Direito Constitucional e Direito Administrativo da Faculdade de Direito da PUC de Minas Gerais

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO

A) *Histórico*

B) *Natureza jurídica*

PRESSUPOSTOS E CONDIÇÕES DA AÇÃO DE SEGURANÇA

A) *Ato de autoridade*

B) *Direito líquido e certo*

A ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE EM MANDADO DE SEGURANÇA

DO ABUSO DE PODER

CONCLUSÕES

BIBLIOGRAFIA

“... tout acte d'une autorité déléguée, contraire aux termes de la commission en vertu de laquelle elle est exercée, est nul. Donc, nul acte législatif, contraire à la Constitution, ne peut être valable. ... Cette indépendance des juges est également nécessaire pour garantir la Constitution et les droits des individus contre l'effet de ces dispositions malfaisantes que les artifices d'hommes mal intentionnés ou l'influence de quelque circonstance particulière font quelque fois germer dans l'esprit du peuple...”.

HAMILTON

“Le Fédéraliste”

INTRODUÇÃO

A) HISTÓRICO

Proposto como um instrumento jurídico dotado de teor político, o mandado de segurança repousa num espaço democrático como arma legal entregue ao cidadão para reagir à afronta a seus direitos fundamentais.

Senda processual singular, revestida de caráter sumaríssimo e especial, o mandado de segurança emerge no sistema constitucional brasileiro como pólo de garantia jurídica do cidadão oponível a eventuais investidas ilegais do Poder Público.

Não constitui ele a única via ativa colocada à disposição do indivíduo para contrastar agravo a seus direitos, sequer se tendo formulado a sua sistematização no momento inicial da elaboração constitucional pátria.

É que, se a irresponsabilidade do Poder Público, ou de seus delegados, constituiu, até fase relativamente recente da nossa História, fórmula política inatacável, a distanciar qualquer hipótese insurgente possibilitadora de questionamento da legitimidade dos cometimentos administrativos, pautou-se a construção de instrumentos contrastadores das invectivas políticas exacerbadas da área de atuação lícita das autoridades constituídas pela paralela penetração e sedimentação da idéia de limitação do Poder Público, com a proposta democrática arando o terreno em cujo sítio viria a brotar a responsabilidade jurídica do Estado.

O surgimento do Estado de direito com suas implicações alentadoras, particularmente no que se refere ao respeito ao indivíduo, ensejou a elaboração de institutos jurídicos que armam o cidadão de instrumentos legais a inocularem-no de investidas ilícitas e abusivas do Poder Público.

Primordialmente se formulou o instituto do *habeas corpus* que, no Brasil, sob a égide da Constituição federal de 1891, valeu como um arrimo jurídico do indivíduo contra atos ilegais das autoridades públicas numa extensão maior que aquela que lhe é tipicamente reconhecida em todos os sistemas jurídicos, ou seja, como garantia ao direito à liberdade de locomoção.

A carência de outro engenho legal a estabilizar o asseguração dos direitos fundamentais do indivíduo não protegidos pela via do *habeas corpus* suscitou propostas no sentido de se forjar outra garantia constitucional que, paralela àquela, ampliasse a esfera de salvaguardas jurídicas colocadas à disposição do cidadão, tal como ocorria em sistemas alienígenas.

Tendo no *habeas corpus* a sua vertente (especialmente no modelo que se apelidou de “doutrina brasileira do *habeas corpus*”), ensaiaram-se proposições que conduzissem ao esboço de um instituto-paládio, a tornar inexpugnáveis os direitos individuais declarados no elenco constitucionalmente adotado.

As proposições surgidas, emanadas de fontes doutrinárias e jurisprudenciais, teorizavam uma espécie processual que se caracterizasse, essencialmente, pela solércia do procedimento, em virtude do objeto sobre o qual repousava o litígio, a dizer, direitos fundamentais do indivíduo e, ainda, pelo pronto restabelecimento da situação jurídica descrita no processo como lesada, vez que não se aspirava ao cuidado da reparação patrimonial ou equivalente ao dano suportado pelo litigante, mas da restauração da circunstância legal afrontada pelo ato questionado.

Surgiu, então, como estrutura embrionária do que viria a ser, posteriormente, o mandado de segurança, a ação especial prevista na Lei nº 221, de 20 de novembro de 1894, em cujo art. 13 se dispôs que:

“Os juízes e tribunais federais processarão e julgarão as causas que se fundarem na lesão de direitos individuais por atos ou omissões das autoridades administrativas da União.”

Os dezesseis parágrafos pelos quais se estendia esta norma torneavam o procedimento que teria esta ação especial, dando-lhe feição singular no panorama das figuras processuais então encontradas no direito brasileiro.

Sublinhe-se a presença inestimável e inoldidável de RUI BARBOSA que, registrando a tibieza dos direitos fundamentais descritos na norma magna sem a sua paralela garantia ativa, postulou a extensão do emprego dos interditos possessórios como paládio da incolumidade daqueles (1).

Contrariamente, apresentava ALBERTO TORRES sugestão diversa, entendendo ele necessária a ideação de um instituto próprio a abarcar em sua dinâmica apenas a lesão a direitos, espécie que se afeioasse a garantir, efetiva e exclusivamente, tais faculdades lesadas pelo Poder Público ou por particulares.

(1) Em celeberrimo opúsculo — *Posse de Direitos Pessoais* (Rio, Simões Ed., 1959) — tenta demonstrar RUI BARBOSA a escoreição e pertinência de sua tese, segundo a qual a posse dos direitos pessoais impõe o uso da via processual dos interditos para a sua proteção: “O remédio possessório atua, pois, obrigatoriamente sobre toda a hierarquia administrativa, desde o subalterno até ao ministro, logo que haja violação positiva da lei e, com ela, esbulho de direito individual, para cuja reparação completa não exista outro meio competente” (*op. cit.*, p. 98).

Em sua obra, *A Organização Nacional*, chega mesmo o ex-ministro do Supremo Tribunal Federal a enunciar esta tese em texto por demais conhecido:

“— Projeto de Constituição

.....

Art. 73 — É criado o “mandado de garantia” destinado a fazer consagrar, respeitar, manter, ou restaurar, privativamente, os direitos individuais ou coletivos, públicos ou privados, lesados por atos do Poder Público, ou de particulares, para os quais não haja outro recurso especial” (2).

Se o alvitre não logrou sua imediata inclusão no documento magno, tampouco tendo medrado no empenho revisionista de 1926, indisputável parece, contudo, que a sua falta era unanimemente ressentida, induzindo, destarte, a sua carência tanto mais a sua futura presença.

Coube, pois, ao constituinte de 33/34 a absorção daquela idéia e a sua articulação no sistema constitucional estruturado pela assembléia reunida com tal finalidade. Nesta, competiu a João MANGABEIRA impor a sua proposta, que acabou prevalecendo sem alterações de monta até os dias atuais.

Indica-se sempre como manadouro da terminologia por ele delineada o texto contido nas Ordenações Filipinas, Livro III, Tít. 78, § 5º:

“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 a suas coisas, do outro, que o quiser ofender, a qual segurança lhe o juiz dará.”

Sobre essa regra tinha se referido RUI BARBOSA na obra supra-mencionada, tendo aquele autor tecido, então, observações sobre a interpretação que deveria sobre ela prevalecer (3).

Assim, nota-se que não era de todo desconhecido e desusado o texto das Ordenações supra-invocado, e que teria servido de inspiração ao constituinte de 34, ou especialmente a João MANGABEIRA, o qual teve o cuidado de alterar a feição e o alcance do instituto,

(2) TORRES, Alberto. *A Organização Nacional*. São Paulo, Cia. Ed. Nacional, 1978, p. 320.

(3) “Quando, portanto, a Ord. L. 3, t. 78, § 5, manda assegurar a posse àqueles a quem outrem quiser “ocupar e tomar as suas coisas”, razão é concluir que teve em mente, não só a retenção dos objetos materiais, como a dos direitos que tanto quanto aqueles se abrangiam sob a designação jurídica de coisas” (*op. cit.*, p. 19).

compondo ação cuja natureza ganhou foro de autonomia em relação a seu antecedente.

Tomara, então, aquela norma ordenatória cunho diverso e mais complexo do que o que inicialmente conhecera, consabido como é que a sua vigência entre nós, no período colonial, restringia-se ao uso entre particulares, pelo caráter incontestável dos atos das autoridades públicas legitimadas pela sua própria origem (4).

Os novos ventos trazidos pela mudança política do Brasil, cuja independência conduziu, de pronto, à elaboração de uma Carta política, na qual se estatuiu expressamente a independência do "Poder Judicial" e a vedação de evocação das causas pendentes por alguma autoridade (art. 179, XII), forcejaram a ampliação das sendas processuais que resgatassem do limbo da impunidade a atuação do Poder Público lesiva a direitos fundamentais, donde, à falta de uma via competente, arrimou-se na velha fórmula das Ordenações a garantia do gozo e exercício desses.

Após a proposta, antes assinalada, de ALBERTO TORRES, outros tantos projetos se erigiram no sentido de se resgatar aquela falha do sistema jurídico, tais como o de MUNIZ BARRETO, que, em 1922, sugeriu a criação de um instituto que equivalesse, no Brasil, ao *juicio de amparo*, já então existente no México (5).

Em 1926, após a revisão constitucional que dispôs sobre o *habeas corpus* de forma a fazê-lo retornar a seus peculiares efeitos, cujo desdobramento se tinha passado em decorrência das ponderações jurisprudenciais, foi oferecido o Projeto nº 148, de GUSTEVEU PIRES, no qual se postulou a criação de um instituto novo, com procedimento sumaríssimo e específico (6).

(4) Muito divulgada e por demais citada é a passagem da obra do VISCONDE DE URUGUAI, onde, ao tratar do contencioso administrativo, descreve ele, em rápidas e definitivas pinceladas, o arcabouço institucional do período pré-imperial no Brasil: "Na monarquia portuguesa absoluta, à qual vivemos sujeitos até a independência, não era conhecido o contencioso administrativo de hoje. Nem era necessário. Pela sua forma de governo absorvia o Executivo em si todos os poderes ou, para melhor dizer, havia um só. Podia o Rei evocar as causas que pendiam perante juizes e tribunais judiciais, e prover como entendesse conveniente. Nem qualquer autoridade ia ou podia ir de encontro ao que o governo julgasse de interesse público" (*Ensaio sobre o Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 1960, p. 90).

(5) "... é freqüente lançar mão do recurso do *habeas corpus*, do preceito cominatório e da manutenção de posse para resolver, sem delonga, questões que escapam inteiramente à tutela prática desses remédios judiciais... Do que necessitamos é de um instituto semelhante ao recurso de amparo, criado no México, com rito, porém, mais sumário, e que compreenda tanto a agressão ao direito, partida da autoridade pública, como a proveniente de ato privado" (apud CASTRO NUNES — *Op. cit.*, p. 3).

(6) Apud NUNES, Castro. *Op. cit.*, p. 6.

Os debates travados em torno desse projeto foram densos e radicais, por existir corrente que preconizava o simples alargamento conceitual da faixa de aplicação legal dos interditos possessórios, conforme se anotou acima, em contraste com a inspiração daquele documento proposto à discussão, o qual não se logrou viabilizar.

Após o lapso ocorrido entre aquela reforma constitucional (aliás, de aplicação sumária e breve), a turbulência jurídica vivida pelo sucesso da Revolução de 30 e o advento de nova ordem legal, com a Constituição de 1934, triunfou o entendimento que recebera adesão majoritária nas disputas sobre a criação do novo instituto jurídico, que recebeu a denominação ainda hoje prevalente, tendo-se disposto na Lei Suprema, de 16 de julho daquele ano, art. 113, nº 33:

“Art. 113 —

33 — 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 petições competentes.”

Na seqüência desta disposição, regulamentando-a, sobreveio a Lei nº 191, de 16 de janeiro de 1935, pela qual se estruturou, pela vez primeira, a ação de mandado de segurança no direito pátrio.

Nela se estabeleceram as hipóteses de cabimento do *mandamus*, o conceito do ato impugnável pela via processual do *writ*, a legitimidade das partes, a competência dos órgãos judiciais para o conhecimento do processo, os pressupostos e os recursos cabíveis da decisão nele proferida.

A vigência deste diploma foi precária e breve, de menos nos moldes amplos ali expostos, vez que em 16 de novembro de 1937 restrições foram impostas à sua aplicação pelo Decreto-Lei nº 6, o qual, na esteira da ideologia autoritária de que estava imbuída a Carta Magna de 10 de novembro do mesmo ano, tornou defeso o seu uso contra atos do Presidente da República, de Ministro de Estado, de Governadores e Interventores (art. 16) (7).

O Código de Processo Civil de 1939, na linha do que fora estabelecido pela legislação ordinária referente à ação de segurança,

(7) Relewa observar ter sido extraída do texto constitucional a matéria em pauta, retirando-se, portanto, do mandado de segurança a natureza de garantia constitucional como fora preconizado e decidido pelo constituinte de 1934. Manteve-se ele, contudo, como salvaguarda legal infraconstitucional, vale dizer, mais fragilizado e menos eficaz do que antes se propusera.

mas impressionado pela experiência política ditatorial em curso, estreitou o cabimento daquela espécie, vedando a sua admissão contra o lançamento de impostos e taxas, ressalvada a hipótese de existir norma legal estatuinte medidas restritivas da atividade profissional do contribuinte assecuratórias da cobrança (arts. 319 a 331).

O lapso autoritarista, com os seus reflexos imediatos no instituto focado, restringiu, pois, o seu âmbito de aplicação, circunstância, então, necessária para a inibição das garantias dos direitos individuais tão afligidos no período ditatorial.

O restabelecimento do princípio democrático, em 45/46, refugando o fantasma do regime político anterior e do arbítrio, sedimentou as bases para o rebaixamento do sistema jurídico, voltando a integrar o corpo da Constituição promulgada em 1946 a garantia do mandado de segurança (art. 141, § 24). Mais ainda, do cotejo dos textos constitucionais de 34 e 46 constata-se, nitidamente, a superveniência de uma abertura maior no último, a qual certamente teve por escopo a ampliação das hipóteses de cabimento do *mandamus* e a maior facilitação do seu processamento, para um maior aproveitamento desta via processual pelos indivíduos.

Adveio, em 1951, a Lei nº 1.533, de 31 de dezembro, que se tornou a norma básica do mandado de segurança e que encontrou críticas positivas e negativas da comunidade (8), mas que, iniludivelmente, constituiu-se, ainda hoje, o diploma fundamental sobre a matéria, subsistindo mediante a introdução de alterações que nela incluíram novos aspectos.

Revogando alguns dispositivos do Código de Processo Civil de 1939, relativos à espécie em pauta, para melhor atender ao espírito da Constituição de 1946, cujas vertentes democráticas demandavam maior vigor às garantias aos direitos individuais, a Lei nº 1.533/51 alargou a esfera de incidência do *mandamus*, estabeleceu os casos de inexecutabilidade da ação e regulamentou o seu procedimento.

Inúmeras foram as modificações legalmente aportadas aos preceitos contidos naquele diploma legal, promanadas algumas de descomedida e exorbitante utilização do mandado de segurança,

(8) Ácida e vigorosa foi, *verbi gratia*, a crítica feita por CASTRO NUNES àquele diploma legal, averbando ele que: "Ao Código de Processo de 1939... sucedeu a Lei n.º 1.533, de 31 de dezembro de 1951 — preceituação incongruente nas suas disposições, desconexas, alheada de qualquer idéia de sistema, que veio gerar confusão em pontos já assentados e modificar para pior o que estava certo." (*Do Mandado de Segurança*, Rio, Forense, 1980, p. 11.)

que serve de instrumento, às vezes, de verdadeiras aventuras processuais e outras de eventuais injunções políticas, que lhe ensancham a utilização.

Basicamente foram introduzidas na legislação pertinente ao *mandamus* as seguintes modificações: a) Lei nº 2.410, de 29-1-55, que proíbe a concessão de liminar *initio litis* para o desembaraço de bens procedentes do estrangeiro, sem licença prévia ou quando esta for tida como falsa e subordina a execução provisória da sentença concessiva de segurança para se liberarem os bens e depósito, em caução, de títulos da dívida pública; b) Lei nº 2.770, de 4-5-56, que, assimilando aquelas normas anteriores, amplia a sua incidência, estendendo a vedação de medidas liminares a todos os procedimentos judiciais de qualquer natureza, que visem à liberação de bens, mercadorias ou coisas de procedência estrangeira; c) Lei nº 4.166, de 4-12-62, modifica o parágrafo único do art. 6º e o inciso I, do art. 7º da Lei nº 1.533/51, elevando de 5 (cinco) para 10 (dez) dias o prazo para que a autoridade pública forneça cópia de certidão inerente a documento necessário a ser incluído no processo, e de 5 (cinco) para 15 (quinze) dias o prazo para que a autoridade indigitada coatora preste informações; d) Lei nº 4.348, de 26-6-64, restringe o prazo de informações para dez dias e o de eficácia da medida liminar é fixado em noventa dias, prorrogável por mais trinta se ocorrer hipótese de excesso de serviço de autoridade judicial, estabelecendo-se também o prazo de caducidade, quando o impetrante não atender às determinações ou prazos legais para o célere andamento do processo; estabelece, ainda, esta lei hipóteses suspensivas ou impeditivas de concessão de medida liminar e de execução da sentença antes do seu trânsito em julgado; e) Lei nº 4.357, de 16-7-64 (art. 39), veda a concessão de medida liminar em mandado de segurança impetrado contra a Fazenda Nacional em decorrência da aplicação dessa mesma lei, que criou as ORTNs, institui a correção monetária dos débitos fiscais, altera a legislação do imposto de rendas, além de estabelecer outras providências; f) Lei nº 4.862, de 29-11-65, revoga o art. 39 da Lei nº 4.357/64 e fixa o prazo de 60 (sessenta) dias contados da petição inicial para a eficácia de medida liminar concedida em mandados de segurança impetrados contra a Fazenda Nacional; g) Lei nº 5.021, de 9-6-66, regulamenta a forma de pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias asseguradas em sentença concessiva de mandado de segurança, a servidor público civil e proíbe a concessão de medida liminar objetivando a realização de tal pagamento; h) Lei nº 6.014, de 27-12-73, altera os arts. 12 e 13 da Lei nº 1.533/51, estabelecendo a apelação como recurso próprio contra a sentença prolatada em mandado de segurança, estatuinto o duplo grau de jurisdição obrigatório neste processo e tornando inominado o anterior agravo de petição, o-

nível contra ato suspensivo da execução de sentença pelo Presidente do Tribunal *ad quem*; i) Lei nº 6.071, de 3-7-74, especifica a obrigatoriedade da sujeição do duplo grau de jurisdição somente da sentença concessiva da ordem de segurança e estabelece a aplicabilidade das regras processuais referentes ao litisconsórcio na ação de segurança, expungindo também do corpo da Lei nº 1.533/51 remissões a dispositivos legais revogados.

Há que se relevar que na vigência dessa legislação e ensejando, inclusive, algumas vezes a superveniência de alguns destes diplomas legais suso-arrolados, ocorreu, no País, a transformação política deflagrada pelo procedimento revolucionário de 1964, o qual, acarretando a ruptura e modificação das instituições vigentes, alterou, paralelamente, o sistema jurídico-constitucional com reflexos imediatos na estrutura e dinâmica normativa do mandado de segurança.

Assim, o Ato Institucional nº 1, de 9-4-64, seguinte ao movimento político referido, limitou o controle jurisdicional dos atos do Governo implantado à sua legalidade extrínseca, restringindo-se, destarte, o uso desta via assecuratória dos direitos individuais, conquanto não se lhe tenha eliminado completamente a aplicação.

Todavia, os atos praticados com fulcro naquele Ato Institucional nº 1/64, bem como no de nº 2/65 e nos Atos Complementares deste último foram excluídos da província de apreciabilidade pelo Poder Judiciário por força do disposto no art. 19 deste último, o qual restaurou a Justiça Federal de 1º grau, atribuindo-lhe competência para conhecer e julgar os mandados de segurança impetrados contra autoridades federais nos casos não entregues à competência dos Tribunais superiores.

A Emenda Constitucional nº 16, de 26-11-65, ampliou a competência do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Federal de Recursos, entronizando-se nela a apreciação dos mandados de segurança impetrados contra atos dos demais órgãos judiciais.

A Carta de 1967, em seu art. 150, § 21, manteve a garantia do *mandamus*, exercitável para proteger "direito individual líquido e certo" e, em seu art. 114, I, *i*, excluiu da competência originária do Supremo Tribunal Federal o julgamento dos mandados de segurança impetrados contra atos emanados dos Tribunais Superiores (do Trabalho, Eleitoral, Militar e Federal de Recursos).

O Ato Institucional nº 5, de 13-12-68, subtraiu do controle jurisdicional todos os atos praticados pelo Presidente da República com fundamento nele e em seus atos complementares e que lhe constituíssem efeitos.

O Ato Institucional nº 6, de 19-2-69, eliminou o recurso ordinário para o Supremo Tribunal Federal das decisões denegatórias de segurança decididas pelos tribunais locais e federais.

A Emenda Constitucional nº 1, de 17-10-69, que reedita a Carta política de 67 e absorve o Ato Institucional nº 5/68, mantém o princípio da inapreciabilidade jurisdicional dos atos apelidados revolucionários, anteriores ou posteriores à sua superveniência e, no art. 153, § 21, estabelece o instituto do mandado de segurança, dando à matéria a seguinte redação, que ainda vigora:

“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.”

Ademais, atribui aquela Carta competência ao Supremo Tribunal Federal para apreciar mandado de segurança impetrado contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara e do Senado Federal, do Supremo Tribunal Federal, do Tribunal de Contas da União ou de seus presidentes, bem como os impetrados pela União contra atos de governos estaduais (art. 119, I, *i*).

A Emenda Constitucional nº 7, de 13-4-77, insere na competência do Supremo Tribunal Federal a apreciação de mandado de segurança impetrado contra atos do Conselho Nacional de Magistratura e do Procurador-Geral da República (art. 119, I, *i*), estabelecendo-se no art. 125, VIII, que o juiz federal conhecerá do mandado de segurança impetrado contra a autoridade definida em lei como sendo federal.

A par esta legislação constitucional, o Supremo Tribunal Federal, no uso da competência que lhe é atribuída pelo art. 119, § 1º, da Carta Magna, veda a interposição de recurso extraordinário da decisão prolatada em mandado de segurança na qual não tenha sido julgado o mérito da questão nele proposta (Regimento Interno, de 15-10-80, art. 325, item III).

O Regimento Interno daquela Casa, de 15-10-80, em seu art. 325, III, acresceu às hipóteses até então previstas novos casos de impossibilidade de interposição do apelo recursal extraordinário, ocorrentes quando a ação de segurança versar qualquer das matérias arroladas nos itens I, IV, V, VI, VII e VIII daquele mesmo dispositivo.

A Lei Orgânica da Magistratura Nacional (Lei Complementar nº 35, de 14-3-79), em seu art. 21, item VI, fixou a competência dos Tribunais para apreciarem, em nível originário, os mandados de segurança impetrados contra seus atos, ou dos respectivos Presi-

dentes e Turmas, Seções ou Câmaras e, em seu art. 101, § 3º, alínea d, estendeu essa competência aos Tribunais de Justiça estaduais para julgarem as ações de segurança intentadas contra ato de Juiz de Direito, norma aplicável pelos Tribunais de Alçada, em virtude do disposto no art. 110, parágrafo único (9).

Dessa breve incursão sobre a trajetória do instituto estudado, constata-se ser o mandado de segurança um dos baluartes garantidores da inviolabilidade dos direitos individuais pelo Poder Público, sofrendo, por esta sua natureza, sérias investidas e revezes ao contraste de situações políticas mais ou menos liberais.

Como produto da ideologia democrática, restringe-se ele em sua estrutura normativa e possibilidade jurídica sempre que circunstâncias institucionais refreiem a esfera de liberdade do indivíduo e ampliem o contingente de arbítrio das autoridades públicas.

É certo que não participa o mandado de segurança da essência da democracia; mas, seguramente, tem atuado nela, no Brasil, como vetor essencial na senda que se palmilha buscando a realização daquele princípio.

B) NATUREZA JURÍDICA

O mandado de segurança é remédio de que se vale a pessoa para sanear ou restabelecer o respeito a direito subjetivo público seu ameaçado ou lesado por ato do Poder Público. Logo, representa ele a viabilização judicial de defesa contra tal ato, é dizer, o instrumento jurídico propiciador da legítima reação da pessoa ameaçada ou lesada pelo cometimento público contra ela deflagrado.

Esse antídoto jurídico entregue constitucionalmente a qualquer pessoa submetida ao ordenamento pátrio inaugurou no Brasil a possibilidade de se obter, jurisdicionalmente, por ação própria, a cessação de conduta pública lesiva a direitos subjetivos, seja pela prática, seja pela omissão de provimento, que por via dele se impõe ao poder competente.

Muito se disputou, nos primeiros momentos de aplicação do instituto em análise, sobre a sua natureza jurídica. Consideraram-no interdito, causa dissociada do conceito de ação, remédio especial (10), ou medida cautelar (11). Tais debates esmaeceram-se

(9) Em Minas Gerais, esta competência para processar e julgar tais processos foi oferecida exclusivamente ao Tribunal de Justiça do Estado (art. 30, VI, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça — Res. nº 63/84).

(10) NUNES, Castro. *Op. cit.*

(11) STF, MS nº 60, in *Arquivo Judiciário*, vol. 39, p. 346.

cedendo lugar ao sedimentado entendimento de se tratar essa figura processual de ação judicial, dotada de procedimento especial (12).

Persiste, contudo, a dificuldade de se enquadrar o mandado de segurança num dos tipos de ação judiciária especificados pela doutrina e jurisprudência.

O mandado de segurança dota-se de força para produzir a sustação imediata do ato ameaçador ou lesivo a direitos, constituindo via processual que permite a análise de uma lide pendente entre partes para, resolvendo-a, tornar coisa julgada o decidido, expedindo-se, então, em virtude do julgamento processado, mandado a ser cumprido pela autoridade (13).

A indagação que se coloca para deslinde da questão proposta é qual o elemento que, sobrelevando numa ação, lhe especifica a natureza. Na classificação tradicional das ações, segundo o tipo de sentença obtida, inexistente uma espécie que contenha o modelo exato com o qual se possa vestir o mandado de segurança. Assim, não se poderia cogitar de enquadrar-se esta ação no bloco daquelas declaratórias, vez que como tais se consideram as que objetivam a afirmação judicial da existência ou inexistência de uma relação jurídica (14).

Nota-se, de conseguinte, não se conter neste modelo a ação de mandado de segurança, eis que o que se busca, precipuamente, neste processo é a determinação de um comportamento concreto do representante do Poder Público, pelo que a mera declaração obtida em juízo seria insuficiente para o atingimento do escopo perseguido (15).

Identicamente desarmoniosa é a ação constitutiva com a natureza do mandado de segurança. Denominam-se constitutivas as

-
- (12) MEIRELLES, Hely Lopes. *Do Mandado de Segurança*. S. Paulo, Ed. Rev. dos Trib., 1980, p. 6; FAGUNDES, M. Seabra. *Do Controle Jurisdicional dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. Ed. Saraiva, 1984, p. 221; BASTOS, Celso Ribeiro. *Do Mandado de Segurança*. São Paulo, Ed. Saraiva, 1976, p. 5; BARBI, Celso A. *Do Mandado de Segurança*. Rio, Forense, 1984, p. 73.
- (13) A Lei n.º 1.533/51 não mais se refere à expedição de mandado. Todavia, refere-se a ofício compreendendo a cópia da decisão prolatada, o que tem o condão de garantir a eficácia da ordem de segurança concedida e tornar exequível o que no julgado se contém (art. 11).
- (14) A ação declaratória está prevista pelo Código de Processo Civil brasileiro, em seu art. 4.º: "O interesse do autor pode limitar-se à declaração:
1 — da existência ou da inexistência de relação jurídica. ...".
- (15) Já se tem por assentado na jurisprudência pátria que a ação de segurança não pode visar a mera declaração, pois estaria a substituir esta espécie ativa: MS n.º 736 — STF, in *Rev. Forense*, vol. 106, p. 64.

ações cujos julgados criam, extinguem ou modificam uma situação jurídica posta. Essas ações não comportam, contudo, a execução indireta, pertinente ao mandado de segurança, que seria frustrado em sua peculiar natureza e finalidade se, como aquelas, necessitasse de uma fase executória imprópria ⁽¹⁶⁾.

No que concerne às ações condenatórias, pelas quais se persegue o reconhecimento da existência de uma relação jurídica, em virtude do que se impõe uma prestação de fazer ou não fazer à parte vencida, tem-se que a aproximação delas com o mandado de segurança é estreita, porquanto a imposição de uma conduta imperativamente determinada é também desta espécie e corresponde a uma obrigação à qual se condena a autoridade indicada autora do cometimento impugnado. Todavia, a identidade não é absoluta entre as duas ações, vez que a particularidade da ação de segurança repousa no reconhecimento do direito líquido e certo, o que, então, abre ensanchas, imediata e necessariamente, à deflagração da ordem de segurança.

Fugindo-se à remansosa e tradicional teoria das ações de cognição, classificadas naquele tríptico modelo, há uma parcela significativa da doutrina que insere a ação de segurança numa categoria nova, classificando-a como de natureza mandamental ⁽¹⁷⁾.

Esta, na lição do seu teorizador, KUTTNER, em cuja obra *Urteilswirkungen Ausserhalb des Zivilprozesses*, passa ela a adicionar nova categoria de ações à classificação tradicional, é a espécie pela qual

“... o juiz, sem resolver por si mesmo sobre a relação de direito privado que exista no fundo do litígio, dá a outro órgão do Estado, autoridade pública ou funcionário público, a ordem concreta de praticar ou omitir um ato compreendido dentro dos poderes do seu cargo, e isso em virtude de nova e especial petição da parte vencedora” ⁽¹⁸⁾.

(16) Assinala CELSO A. BARBI que “... a circunstância de serem exequíveis sentenças proferidas em mandado de segurança, em alguns casos, é insuficiente para lhe dar caráter executivo ou ‘executório’, pois as ações condenatórias, em geral, pertencem à categoria das ações de ‘cognição’ e as sentenças nelas proferidas são exequíveis, sendo mesmo esse o seu caráter distintivo”.

(17) Nem todos os autores admitem a existência desta classificação inovadora, havendo aqueles que, à maneira, v.g., de MOACYR AMARAL SANTOS, dizem-se em dúvida quanto à admissão das ações mandamentais: “Somos daqueles que, fiéis à doutrina dominante, consideram duvidosa a admissibilidade da existência das chamadas ações mandamentais como categoria distinta.” (“Natureza Jurídica do Mandado de Segurança”, in *Rev. de Dir. Públ.*, vol. 17, p. 14).

(18) Apud. MIRANDA, Pontes de. *Tratado das Ações*, São Paulo, Ed. Rev. dos Trib., 1976, Tomo VI, p. 9.

Duas ordens de fatores contribuem para que seja contestada por alguns próceres da doutrina processual a adoção desta nova modalidade de ação na categorização geral dessas e a inclusão do mandado de segurança nesta seção: primordialmente, por duvidarem os adversários desta classificação da sua existência como subdivisão dotada de autonomia, eis que os seus caracteres se conteriam nas espécies tradicionais de ação; de outra parte, a especificação do mandado de segurança como pertencendo a este grupo torna-se de difícil aceitação pela circunstância singela de que naquele o julgador pode conhecer, e normalmente conhece e aprecia, a relação jurídica compreendida na lide formada, ao contrário, pois, do que acentuava KUTTNER em sua conceituação da espécie ativa mandamental. Ademais, calha observar que, no mandado de segurança, a relação jurídica que se contém no bojo do processo não é de direito privado, mas sempre de direito público, submetida a hipótese apreciada pelo Judiciário sempre ao regime jurídico peculiar a esta rama do direito, pois que o ato impugnado e analisado nesta espécie processual é emanado de autoridade geralmente pública, logo, de menos formalmente, trata-se de ato jurídico público (19).

A crítica que se poderia fazer a esta celeuma formada em torno da natureza jurídica do mandado de segurança é, em primeiro lugar, quanto ao apego excessivo a esquemas classificatórios tradicionais, nos quais se deseja fazer conter espécies ativas inéditas, formuladas com elementos antes impensados e distanciados, pois, da dinâmica processual anterior a tal elaboração.

Em segundo lugar, remarca-se dotar o mandado de segurança de características próprias, especiais, engajadas num sistema normativo determinado — o brasileiro — e prestante a solucionar lides que se formam na dinâmica desse sistema, tendo ele sido conformado pelo constituinte pátrio que hauriu da mecânica das instituições e experiências jurídicas nacionais os elementos que o compuseram. Ora, as classificações de ações apresentadas pelos processualistas brasileiros foram cunhadas por doutrinadores alóctones, normalmente europeus, vale dizer, doutores do direito processual, que iniciaram e dirigiram suas pesquisas para a realidade sistêmica na qual se enquadravam seus estudos.

Logo, muito difícil é encontrar nos ensinamentos apresentados em suas obras paradigmas que assentem perfeitamente ao insti-

(19) PONTES DE MIRANDA, teorizador e divulgador no Brasil desta espécie de ação, conceitua-a como "... aquela que tem por rito preponderante que alguma pessoa atenda, imediatamente, ao que o juízo manda... a ação mandamental típica supõe que o juiz decida após o exame dos elementos contentutísticos, e de tal modo se considere baseada, acertadamente, a sua decisão, que ele possa mandar" (*op. cit.*, p. 3).

tuto do mandado de segurança, formulado por autores e legisladores pátrios para se contrapor a injunções ilegais das autoridades públicas brasileiras.

As próprias fontes do mandado de segurança, tendo sido as Ordenações Filipinas e as propostas de RUI BARBOSA e ALBERTO TORRES, são muito peculiares e coerentes com a realidade juspolítica nacional, donde a impossibilidade de se chegar a bom termo naquele intento de se vestir o instituto brasileiro com o modelo europeu.

Não se pode, por igual, deixar de se considerar a sábia ponderação de CELSO A. BARBÍ, no sentido de que “em cada caso concreto é que se poderá dizer se a ação ajuizada é condenatória, constitutiva ou declaratória” (20). É que a afronta a um “direito líquido e certo” e a busca do seu restabelecimento podem ensejar pedidos variáveis, que se não ajustam, assim, a um modelo preestabelecido. Destarte, se o que se pretende, *verbi gratia*, é reconhecer-se a nulidade de um cometimento público determinado pela inconstitucionalidade da norma que o respalda, poderia parecer suficiente o pedido formulado no *mandamus*, no sentido de se declarar tal vício. Contudo, a retirada do ato acoimado írrito pela jaça contida na regra que subsidiou a sua prática poderia ser objeto de questionamento por parte da autoridade que o cometeu e que se poderia inclinar pela inteligência de somente operar tal decisão efeitos *ex nunc*, pelo que o objetivo do autor da impetração não teria assegurada a pronta restauração do *status quo* que acreditou violado pelo cometimento público criminado lesivo a seus direitos. Urge, pois, neste caso, como de resto em todos os outros em que a única via processual própria e operante seja aquela espécie ativa, que se expeça cópia do julgado proferido à autoridade pública, a fim de que a ação de segurança complete o seu ciclo de realização com o implemento imediato e integral da ordem garantidora do direito do impetrante reconhecido judicialmente nos termos postos na decisão prestada.

Leciona ALFREDO BUZARD não ser a expedição do mandado senão um efeito secundário da ação intentada e que “a característica dessa ação não está tanto no mandado que o juiz expede,

(20) Salienta CELSO A. BARBÍ que: “... caiu em desuso a expedição de um mandado para cumprimento da sentença concessiva. A Lei n.º 1.533 não mais se refere à expedição do mandado e, em seu art. 11, determina apenas a remessa de cópia da sentença, acompanhada de ofício” (*op. cit.*, p. 72 n.º 95).

Há que se notar, contudo, que a remessa da cópia do julgado, contida no ofício, desempenha o mesmo papel que anteriormente se atingia mediante a expedição do mandado.

como no reconhecimento do direito líquido e certo que o juiz declara na sentença" (21). Na mesma corrente apostila SEABRA FAGUNDES que somente a liminar concedida nos termos do art. 7º da Lei nº 1.533/51, traz o objetivo exclusivo de sustar a executividade do ato increpado ilegal.

Quanto à lição do mestre paulista, há se atentar que se o reconhecimento do direito líquido e certo particularizasse e informasse, definitivamente, a ação de segurança, em nada se oporia ela à ação declaratória, que se aperfeiçoa com o reconhecimento da existência ou inexistência de uma relação jurídica, eventualmente compreensiva de situação que se poderia titular de direito líquido e certo do postulante.

Daí porque entendemos que, ainda que o mandado, encarnado na nova fórmula legal adotada, a dizer, o encaminhamento de ofício contendo cópia da decisão judicial à autoridade, não constitua a finalidade material do processo, iniludível é que aperfeiçoa-se por ele a prestação perquirida pela via processual eleita pelo impetrante e a sua força de tornar "exequível, imediata e diretamente, a decisão prolatada fá-lo o elemento formalizador da entrega da prestação jurisdicional pleiteada e caracterizador, irrefragavelmente, desta espécie processual.

Estamos, pois, em que o mandado de segurança é uma ação judicial constitucional, de procedimento específico e objeto próprio — a garantia de direito líquido e certo ameaçado ou lesado por ato ilegal de autoridade pública —, e de natureza tridimensional, vez que comporta, em seu célere rito, três fases autônomas e com características próprias, a saber: fase cautelar, de provimento liminar; fase cognitiva, de natureza especial e sumária; fase executória, de natureza indireta e imediata (22).

(21) BUZAID, Alfredo. "Do mandado de segurança" in *Revista Forense*, vol. 164, mar./abr. 1956, p. 11.

(22) A natureza do "remédio constitucional" é encarecida por todos os autores pela circunstância de ser marcante, na caracterização desta espécie processual, a fonte jurídica que a erige em garantia da pessoa, projetada em nível superior pela natureza da norma suprema na qual se contém (Cf. SILVA, José Afonso. *Direito Constitucional Positivo*, São Paulo, Ed. Rev. dos Trib., 1984, p. 581).

Não sendo essa, contudo, no atual sistema, a única peculiaridade do "mandamus", busca-se compreendê-lo na integralidade dos seus elementos, o que faz, *verbi gratia*, MILTON FLAKS, nos termos seguintes: "ação judiciária, de origem constitucional e rito específico, destinada a amparar direitos violados ou ameaçados por ato de autoridade, mediante provimento cautelar, cognição sumária e execução indireta" (FLAKS, Milton. *Mandado de Segurança — Pressupostos de Impetração*. Rio, Forense, 1980).

Por isso, pois, que ela condensa e reelabora elementos e fases que, isoladamente, consubstanciam espécies processuais diferenciadas e autônomas na doutrina tradicional, e, em princípio, impossíveis numa única experiência, é que surge a ação de segurança como uma modalidade ativa singular, cuja feição não se contém em qualquer dos blocos categoriais recortados pelas teorias processuais propostas.

PRESSUPOSTOS E CONDIÇÕES DA AÇÃO DE SEGURANÇA

Adotando-se a lição de CHIOVENDA ⁽²³⁾, tem-se por pressuposto processual o cabedal de exigências a serem atendidas a fim de que a relação jurídica forme-se validamente. A carência de qualquer destas exigências é suficiente a impor a declaração de inexistência da relação jurídico-processual válida, pelo que o processo sequer será considerado constituído para o seu exame pelo Judiciário.

Arrola a doutrina pressupostos objetivos e subjetivos de ação, aqueles referindo-se ao juiz (competência, imparcialidade etc.) e às partes (capacidade), e estes pertinentes a fatos e atos processuais (impedimentos, litispendência, prazos, formalização dos atos de chamamento a juízo, etc).

De outra parte, expõe a doutrina processual a teoria das condições da ação, segundo a qual há que se dotar essa de requisitos essenciais para a obtenção pela parte de uma decisão favorável ⁽²⁴⁾. Tais requisitos atinam à possibilidade jurídica do pedido, à legitimidade do interesse e à legitimação para agir.

No que concerne ao mandado de segurança, há que se distinguir, pois, entre as exigências que se relacionam à formação da

(23) "Entendem-se como condições da ação as condições necessárias a que o juiz declare existente e atue a vontade concreta da lei invocada pelo autor, vale dizer, as condições necessárias para obter um pronunciamento favorável. ... Por pressupostos processuais... compreendem-se as condições para a obtenção de um pronunciamento qualquer, favorável ou desfavorável sobre a demanda" (CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições do Direito Processual Civil*. São Paulo, Livraria Acadêmica — Saraiva & Cia. Editores, 1942, pp. 109 e 111).

(24) Esta posição, embasada na doutrina de CHIOVENDA, não é unanimemente aceita pelos processualistas, vendo-se, *verbi gratia*, em FREDERICO MARQUES a afirmativa de serem condições "os elementos e requisitos necessários para que o juiz decida do mérito da pretensão, aplicando o direito objetivo a uma situação contenciosa". E acrescenta ele: "As condições da ação nada têm a ver com as condições de decisão favorável ao autor... Inaceitável é, por isso, o entendimento de CHIOVENDA de que condições da ação são aquelas "necessárias para obter um pronunciamento favorável..." (*Instituições de Direito Processual Civil*, Rio, Forense, 1958, vol. II, pp. 29/31).

relação processual válida e às condições da ação, que pertinem à prossecução e obtenção do decisório favorável à concessão da ordem pedida.

São pressupostos específicos da impetração do *mandamus*, de conseguinte, aqueles que a norma legal fixou especialmente para essa espécie de ação relativos ao juiz e à jurisdição e à qualidade e capacidade das partes, além da ausência de qualquer elemento impediante a obliterar a sedimentação válida da relação jurídica encarnada na espécie processual.

É de se remarcar encontrarem-se, na doutrina brasileira do mandado de segurança, referências freqüentes aos pressupostos específicos da sua impetração, listando-se no rol apresentado elementos e exigências que preferimos, contudo, tabelar como condições da ação (25).

Temos como tais condições a existência de direito líquido e certo ameaçado ou lesado, o ato de autoridade pública do qual de autoridade pública eivada de ilegalidade ou abuso de poder. que se contenha no provimento questionado.

Estas condições têm sede constitucional, vale dizer, “conceder-se-á mandado de segurança”, na fórmula imperativa exposta pelo constituinte, sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de vir a sofrer lesão a direito líquido e certo em virtude de conduta de autoridade pública eivada de ilegalidade ou abuso de poder.

Ocorrida, pois, a lesão, e demonstrada ela de plano, conceder-se-á a ordem de segurança pedida. Cumpridas, assim, as condições para que se obtenha o mandado pleiteado, a dizer, atendidas as exigências para que a ação prospere e resulte favorável ao impetrante, acolhe-se, judicialmente, o pedido. Tal acolhimento constitui o reconhecimento da existência das condições da ação.

A) ATO DE AUTORIDADE

A primeira condição para que prospere a ação de segurança é a ocorrência de um ato de autoridade que acarrete ameaça ou lesão a direito líquido e certo de alguém.

Duas ilações promanam de imediato da exigência de ser contrastável pela via do *mandamus* apenas ameaça ou lesão a direito

(25) Preleciona, dentre outros, MILTON FLAKS: “Constituiriam... pressupostos de impetração: I) ato de autoridade; II) ilegalidade; III) direito líquido e certo; IV) inexistência de restrições; V) observância do prazo legal” (*op. cit.*, p. 34). De idêntico modo afirma CELSO RIBEIRO BASTOS ser “pressuposto de cabimento” a existência de direito líquido e certo (*cf. op. cit.*, pp. 11 e 15).

compreendida em ato de autoridade pública: primariamente daí decorre a natureza da relação jurídica que se esboça entre o autor da lesão e o lesado, a saber uma relação de direito público, vez que o cometimento impugnado será sempre, de menos organicamente, ato jurídico público; em segundo plano, há de se relevar o caráter singular da relação processual que conterà sempre, em um dos pólos do triângulo, uma pessoa de direito público em cujos quadros se contenha a autoridade fatora da conduta questionada, ou entidade àquela legalmente equiparada para os efeitos precípuos de responder nesta ação de segurança como parte passiva.

No que concerne ao primeiro dado emanado da natureza do ato focado no *mandamus*, importa o reconhecimento de haver uma relação jurídica de direito público no bojo do conflito formado em se acatar o regime jurídico público a envolver o desenrolar e a solução da lide.

É que ato de autoridade, nos termos da legislação pátria, é a declaração, comissiva ou omissiva, de agente que, no exercício de função pública, expede decisões no cumprimento de lei ou ao argumento de aplicá-la.

Note-se que apenas a declaração que contenha determinação decisória terá a feição que lhe vale o apelido de “ato de autoridade”, daí sobrevivendo, imediatamente, a noção do autor do provimento questionável por essa via e que será convocado a informar o processo. Este haverá que ser o agente público que exerça função decisória no desempenho do seu cargo. Ato impugnável pela senda da ação de segurança haverá que ser, de conseguinte, aquele que expresse deliberação do Estado ou dos agentes que exerçam função por ele delegada. Tal inibição do objeto de questionamento advém da singela circunstância de que somente uma decisão pode render ensejo a interferência na esfera juridicamente garantida de alguém, ensanchando insegurança que venha a pender sobre ela. O ato, pois, causador de ameaça ou lesão, indagável pela via do *mandamus*, haverá que ser aquele que exare um assentamento do Poder Público, não se compreendendo em seu conceito, destarte, o provimento meramente executório, a dizer, que se volta exclusivamente à aplicação de decisão assumida anteriormente.

Importa a conceituação de “ato de autoridade” em se tracejar, além do objeto da ação em pauta, o universo exclusivo do debate judicial possível de ser travado em seu âmbito e, especialmente, a parte passiva a se convocar em juízo para formar a relação jurídica processual.

Este último elemento, à sua vez, arrasta em sua solução a natureza jurídica da peça processual aportada pela autoridade

coatora à ação de segurança para o esclarecimento dos dados arrolados na peça exordial pela parte ativa.

Quanto ao item inicial da indagação primordialmente aventada, a dizer, pertinente à parte passiva do mandado de segurança, há de se discriminar entre o titular da situação jurídica passiva processualmente posta em disputa através da ação (26) e aquele que comparece em juízo como representante do primeiro ou como responsável imediato do mesmo pelo ato criminado como lesivo e sua relação com o titular passivo da ação.

Parte passiva do mandado de segurança é a pessoa jurídica a cujos quadros pertença a autoridade indigitada coatora pelo autor da ação. É a pessoa jurídica pública que titulariza um dos pólos do contraditório formado perante o órgão judicante, sendo ela a responsável pelo cometimento que se pretende debater pela via do *writ*. Ela é a autora do provimento impugnado como provocador da insegurança jurídica que se procura afastar, conquanto fatora do mesmo seja uma autoridade que dinamiza a competência legal possuída pela pessoa jurídica pública.

O que torna esta entidade parte passiva da ação em foco é a circunstância de ser ela quem responde pelo ato cujo cometimento se questiona, sendo contra ela, pois, que se impetra a ordem (27).

Nem poderia ter deslinde diverso a questão na sistemática do direito processual civil vigente, o qual positivou como sendo dotado

(26) Expõe CANDIDO R. DINAMARCO que "ser parte significa ser titular daquelas situações jurídicas ativas e passivas: faculdades, ônus, poderes, sujeição, autoridade, que, no seu complexo todo, caracterizam a relação jurídica processual" ("As Partes do Mandado de Segurança", in *Rev. de Proc.*, vol. 19, p. 200).

(27) Ainda se discute, na senda doutrinária, sobre a titularidade passiva do mandado de segurança, embora copiosa corrente se fixe na linha dos que aceitam como tal a entidade jurídica pública à qual integre a autoridade havida como coatora. Neste sentido BARBI, Celso A. *Op. cit.*, p. 189; NUNES, Castro. *Op. cit.*, p. 244; FAGUNDES, M. Seabra. *Do Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. São Paulo, Saraiva, 1984, p. 223; BASTOS, Celso R. *Op. cit.*, pp. 36 e segs.

Autores de nomeada acatam, todavia, inteligência diversa daquela espousada pela primeira corrente, entendendo, *verbi gratia*, HELY LOPES MEIRELLES que "o impetrado é a autoridade coatora, e não a pessoa jurídica a que pertence e ao qual seu ato é imputado em razão do ofício" (*op. cit.*, p. 27).

PONTES DE MIRANDA, à sua vez, opina ser o "mandamus" impetrado contra o órgão e não contra a pessoa jurídica compreensiva daquele, mas aduz ser esta a parte passiva da ação de segurança (*Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda Constitucional nº 1, de 1969*. São Paulo, Ed. Rev. dos Trib., 1976, t. V, p. 156).

de capacidade de ser parte em ação judicial todo aquele “que se acha no exercício dos seus direitos...” (art. 7º do Código de Processo Civil brasileiro).

O que se disputa na ação de segurança é uma atuação do Estado ou de delegado seu e sua conformação aos ditames legais pré-balizados; logo é o exercício das competências da entidade pública normativamente postas que se questiona no *mandamus*, razão pela qual não se poderia deixar de reconhecer a sua qualidade de titular da posição passiva desse processo.

Dispondo a pessoa jurídica pública desta qualidade, há de se esclarecer quem a representa judicialmente e a que título recebe a autoridade apontada como coatora a notificação para que compareça informando o juízo acionado sobre o ato acoimado causador da insegurança contestada.

Sobre a representação judicial das pessoas jurídicas de direito público urge remitir-se à norma processual civil pátria, que, tratando expressamente do tema, dispõe dar-se ela pelos procuradores das mesmas (art. 12, II e VI, do Código de Processo Civil). Argumenta-se que a lei poderia legitimar outras hipóteses de representação, assim o tendo feito ao outorgar à autoridade indigitada coatora capacidade para se apresentar em juízo na categoria de informante sobre o ato questionado, e que teria vinculado à espécie a própria entidade, mas não parece haver indícios na norma legal a conduzir a tal inteligência, porque não se lhe entregou aptidão para prosseguir em sua atuação como procurador judicial da pessoa jurídica implicada na lide, nem se lhe estendeu a faixa de competência pré-traçada na norma estadual e que inclui capacidade para adotar comportamentos em área específica que não atinge a esfera da representação judicial.

Defluem desta ilação duas ordens subsidiárias de indagações relativas à natureza jurídica das informações prestadas nos autos e à postura processual da autoridade argüida na ação como coatora.

Não sendo esta autoridade representante judicial da pessoa jurídica, a qual, inclusive, pode comparecer em juízo ao lado daquela, apresentando-se ao processo para o desempenho das funções que lhe são próprias e exclusivas, há de se aduzir ter a autoridade apontada como coatora a qualidade de informante do ato inquinado ilegal e lesivo, no que pertine à sua postura em relação à parte ativa, e com o predicado de responsável imediato pelo ato inquinado irregular ou nulo, com todas as conseqüências daí promanadas, no que concerne à sua posição em face à pessoa jurídica cujos quadros integra.

Dimana desta referência a natureza jurídica da peça informativa requisitada judicialmente à autoridade havida como coatora e que não parece ter a feição de contestação, conforme entendem alguns doutrinadores ⁽²⁸⁾, mas sim o caráter de prova atípica pré-produzida ⁽²⁹⁾. Trata-se, é certo, de prova precária e que pode ser meio de encaminhamento de outros documentos e peças probatórias mais consistentes e definitivas. Contudo, as informações constituem meramente aporte de dados que esclareçam fatos e circunstâncias jurídicas cuja elucidação norteie o desate judicial do conflito processual pendente ⁽³⁰⁾.

- (28) Leciona, dentre outros, ADA PELLEGRINI GRINOVER ser "Réu... o Estado e não a autoridade, muito embora as informações desta correspondam a uma verdadeira contestação" ("Tutela Preventiva das Liberdades: Habeas Corpus e Mandado de Segurança", in *Rev. da Proc. Geral de São Paulo*, vol. 17, p. 196). Também HELY LOPES MEIRELLES entende serem as informações "... a defesa da Administração" (*op. cit.*, p. 50).

Não obstante tais lições, há de se considerar que a contestação produzida em juízo haverá que representar a intervenção da parte passiva que, através de procurador legalmente habilitado, comparece ao processo para firmar, com o princípio do contraditório, as traves mestras do *due proces of law*.

Na hipótese de terem esta natureza as informações oferecidas, haveria que se entender ter lei nacional subtraído das entidades federadas a competência para disporem de per si sobre os serviços estaduais e a competência das autoridades a eles vinculadas em campos especificamente delimitados, eis que teria circunscrito esfera de atuação das autoridades públicas estaduais no âmbito da representação judicial na ação de segurança, quando a norma estadual teria cuidado de outra província comportamental entregue à sua responsabilidade. Ademais, teria de ter excepcionado de outra determinação legal nacional a representação judicial, que dispõe ser este mister singular aptidão de advogados (art. 67, da Lei nº 4.215/64), atributo de que nem sempre dispõem aquelas autoridades.

Além disso, ter-se-ia subtraído da pessoa jurídica pública a faculdade de comparecer em juízo apresentando os seus elementos e razões jurídicas sobre a lide pendente e que não serão necessariamente aquelas firmadas pela autoridade, de cuja conduta nasceu o cometimento impugnado.

- (29) MARCO AURELIO GRECO, em brilhante comentário, assevera que "O pedido de informações exerceria a função de 'uma prova atípica'..." ("Comentário", in *Rev. de Processo*, vol. 5, p. 343).
- (30) Marca esta inteligência e determinação legal segundo a qual a ausência da prestação de informações não desvencilha o julgador do seu dever de entregar a prestação jurisdicional pedida. Tivessem, assim, tais informações a feição jurídica de defesa da entidade de direito público e ver-se-ia que, na hipótese de não-prestação daquelas, o princípio do contraditório não se teria produzido pela ausência da parte ou se teria estendido à ação de segurança o princípio da revelia quando do não-comparecimento da autoridade tida como coatora. Todavia, os órgãos de representação judicial da pessoa jurídica, responsáveis pela presença dessa em juízo, não teriam tido sequer conhecimento da pendência da lide, o que tem ocorrido com frequência, especialmente em comarcas que não contam com a presença local de procuradores das entidades que arcarão com os ônus desta dissidência.

Finalmente, há de se esclarecer ter o legislador dilatado o conceito de autoridade, para os fins de avocação judicial através do *writ*, englobando nele os administradores ou representantes das entidades autárquicas e das pessoas naturais ou jurídicas com funções delegadas do Poder Público no que entende com essas funções (art. 1º, § 1º, da Lei nº 1.533/51).

A guisa de conclusão, pode-se conceituar, pois, o ato de autoridade impugnável através do mandado de segurança como sendo o cometimento, omissivo ou comissivo, do Estado ou de quem lhe faça as vezes, que, no aperfeiçoamento de atividades inerentes às funções públicas assumidas ou ideando desenvolvê-las, interfere unilateral e ilegalmente na esfera jurídica do particular lesando direito líquido e certo deste.

B) DIREITO LÍQUIDO E CERTO

A segunda condição processual do mandado de segurança é a existência do que o constituinte brasileiro, desde 1946, preferiu denominar direito líquido e certo (31).

O conceito deste elemento constituiu, desde a entronização da ação de segurança no sistema normativo pátrio (32), vertente das mais acirradas disputas doutrinárias e das mais difíceis questões com que se deparou o Judiciário. Tal embaraço advém, primordialmente, da inexistência de uma definição legal que balize a aplicação do instituto em causa e da carência mesma de elementos que caracterizem a noção em pauta. Desta situação decorreu o inicial acanhamento dos órgãos judicantes em concederem ordens de segurança, tendo-se alargado, contudo, substancialmente, com a aplicação reiterada da norma legal, referente à espécie, aquele conceito.

(31) A Constituição de 1934, tratando da matéria em seu art. 113, 33, previa o mandado de segurança a ser concedido para "defesa do direito, certo e incontestável...".

Coube ao constituinte de 1946 alterar a locução, passando a empregar a expressão direito líquido e certo (art. 141, § 24), que até hoje se mantém (art. 153, § 21).

(32) Parece ter sido PEDRO LESSA o introdutor da expressão direito líquido e incontestável no direito brasileiro, referindo-se ele a tal situação jurídica em decisões de *habeas corpus*: "Quando o direito que o paciente quer exercer e para cujo exercício precisa desta condição, deste meio, deste caminho — a liberdade de locomoção — é um direito líquido e incontestável, concede-se o *habeas corpus*, cujo processo, de andamento muito rápido, sem forma nem figura de juízo, não comporta a resolução de questões estranhas à de saber se o constrangimento é ou não ilegal...". (Apud CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Do Mandado de Segurança*, Rio de Janeiro, Liv. Freitas Bastos S.A., 1966, p. 99).

Ensinava CASTRO NUNES, valendo-se da expressão contida no Código Supremo de 1934, ser direito certo e incontestável síntese, cujos elementos seriam:

“1º, direito provado de plano, documentalmente, sem necessidade de provas complementares, nem maior debate elucidativo dos fatos...; 2º, ilegalidade do procedimento administrativo na prestação positiva ou negativa reclamada. A noção de direito certo (incontestável é expressão enfática, sem sentido na técnica do direito) é correlata da de obrigação certa, *an debeatur*, conhecida no direito privado” (33).

No que pertine ao primeiro elemento elencado por aquele autor, há de se reconhecer ser ele o ponto nodular da construção doutrinária alicerçada sobre o tema a travejar o próprio instituto do mandado de segurança (34).

Com efeito, encarecendo a tibieza e tangibilidade da noção de direito líquido e certo, recebem os autores tais qualificativos legais da faculdade questionada no *mandamus* como requisitos de que se devem dotar os fatos ensejadores do pedido de segurança.

É que o direito contém, em sua própria noção, a característica da retidão, da certeza (do próprio nome Direito, de *rectum*, *directum*, o que é reto, certo). Logo em qualquer causa sobre a qual se pronuncia a Justiça, há que se buscar, para se elucidar a controvérsia e aplicar o direito concedendo-se a prestação reclamada, o que é certo.

Repousa nesta razão o ensinamento do Ministro COSTA MANSO ao ponderar que o que deve ser líquido e certo, para que se conceda a ordem de segurança pedida nesta ação, é o fato sobre o qual pende a lide e cujo advento tornou a pessoa insegura do exercício do seu direito (35).

(33) *Op. cit.*, p. 55.

(34) Observa-se, na análise das obras que versam o tema em foco, que quase todos os autores que se debruçaram sobre a matéria, referem-se àquela qualidade a envolver o “direito líquido e certo”, definido, *verbi gratia*, por HELY LOPES MEIRELLES, como “direito comprovado de plano” (*op. cit.*, p. 11).

(35) De idêntico teor é a lição de CELSO R. BASTOS, para quem: “A solução correta, sem dúvida, é a que faz residir o caráter de líquido e certo não na vontade normativa, mas nos fatos invocados pelo impetrante como aptos a produzirem os efeitos colimados. Mais precisamente ainda, na própria materialidade ou existência fática da situação jurídica” (*Mandado de Segurança*, São Paulo, Saraiva, 1978, p. 10).

Líquida e certa haverá que ser, pois, a situação fática cujo relato se contém na impetração, a qual é por aquela motivada. Neste sentido, pois, é que têm os doutrinadores se valido do conceito de direito líquido e certo como aquele “comprovado de plano”.

Tomando-se, todavia, aquele conceito, há de se sublinhar que seria ele então pressuposto da impetração e não condição da ação, pois não se forma a relação jurídica-processual numa ação de mandado de segurança, quando o órgão judicante não vislumbra a lucidez absoluta e imediata do fato narrado pelos próprios elementos de comprovação carreados a juízo juntamente com a peça vestibular do processo (36).

Mas a extensão da idéia compreendida na expressão “direito líquido e certo” não se exaure no contingente da narração e comprovação inicial e definitiva dos fatos narrados.

Traduz aquela expressão a infungibilidade e incontestabilidade de uma faculdade fundada em norma vigente a propiciar o exercício atual da prerrogativa que dela decorre.

Certo, portanto, para os efeitos perseguidos através da ação de segurança, é o direito que tenha inquestionável assento em norma legal (37), na qual se contenham os limites determinados do exercício da faculdade nela embasada e pela qual se reconheça a atualidade do seu desempenho (38).

Analisada a espécie proposta e verificada a existência daquele direito e a superveniência de lesão a ele, a hipótese é de concessão da segurança, a dizer, de acolhimento da ação e da pretensão nela exposta pelo cumprimento de suas condições de viabilidade e justeza.

(36) Nos termos da legislação vigente, a carência de elementos fáticos trans-lucidamente postos na petição inicial do *mandamus* provoca o abortamento do processo inicial, por ato do julgador fulcrado no art. 8.º, da Lei n.º 1.533/51, que reza: “A inicial será desde logo indeferida quando não for caso de mandado de segurança ou lhe faltarem alguns dos requisitos desta lei.”

(37) Tal é a preleção de CASTRO NUNES, segundo o qual: “Nas relações de direito público ajuizáveis pelo mandado de segurança, será a lei o assento da verificação da certeza da obrigação exigida da administração no cumprimento de dado dever funcional (prestação determinada)” (*op. cit.*, p. 65).

(38) Vem a pêlo, neste particular, avocar insuplantável lição de HELY LOPES MEIRELLES, de conformidade com a qual “... o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante: se a sua existência for duvidosa; se a sua extensão ainda não estiver delimitada; se o seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança...” (*op. cit.*, p. 10).

Essa a razão que nos conduz a aduzir ser condição da ação e não mero pressuposto processual a existência de direito líquido e certo argüido como objeto da incidência do ato ameaçador ou lesivo. Comprovada a sua ocorrência, a ordem de segurança haverá que ser concedida, vale dizer, será reconhecida ao impetrante a faculdade de perceber a prestação jurisdicional positiva do Estado.

O direito, pois, a que fazem referência o constituinte e o legislador infra-constitucional e que deve dotar-se de liquidez e certeza, não é o direito norma, consoante o assinalou COSTA MANSO⁽³⁹⁾, mas o direito faculdade com que conta o sujeito em virtude da projeção da norma em sua esfera de liberdades jurídicas, quer dizer, o direito subjetivo público que se apura na análise da relação fato-norma.

Dá por que não obstante haja critérios nos quais se podem e devem fulcrar os julgadores no ensaio de apreciarem as ações de segurança, não se chega a uma visão única da questão posta, vez que interfere na análise de cada lide o terceiro elemento do próprio direito, o valor, ou, na hipótese do processo judicial, a valoração feita pelo órgão judicante e a própria interpretação dos dados trazidos a cada causa. Persiste, portanto, a prevalência do elemento subjetividade encerrado no conceito de direito líquido e certo, tal como o ponderava OROZIMBO NONATO, para quem a "consideração da certeza do direito é eminentemente subjetiva", sendo, por isso, "impossível enquadrar-se o conceito de direito certo e incontestável numa fórmula objetiva, com elementos de definição que servissem à solução de todas as espécies" (RE nº 18.355 — Supremo Tribunal Federal, Rel.: Sr. Min. Orozimbo Nonato, in *Rev. de Dir. Admin.*, vol. 48, p. 342).

Tem-se argüido como elemento estrutural da ação de segurança, paralelo àquele de direito líquido e certo, a ilegalidade ou abuso de poder a ameaçá-lo ou lesá-lo.

Segundo alguns autores, a própria caracterização de direito líquido e certo inclui a ilegalidade. Sobre este tema trataremos em seguida.

(39) O celebrado voto de COSTA MANSO analisa o conceito de direito líquido e certo sob um prisma pouco considerado, até a sua superveniência, pela jurisprudência pátria. Asseverava aquele Ministro na ocasião que: "O direito subjetivo, o direito da parte, é constituído por uma relação entre a lei e o fato. A lei, porém, é sempre certa e incontestável. ... O fato é que o peticionário deve tornar certo e incontestável, para obter mandado de segurança. ... Desde, pois, que o fato seja certo e incontestável, resolverá o juiz a questão de direito, por mais intrincada e difícil que se apresente, para conceder ou denegar o mandado de segurança" (Apud NUNES, Castro — *op. cit.*, p. 92).

A ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER

Arguição de inconstitucionalidade em mandado de segurança

Integra o conceito de direito líquido e certo, impugnável pela via do mandado de segurança, a existência de ilegalidade ou abuso de poder do ato causador da lesão alegada.

Tal elemento contém-se no próprio preceito constitucional que cuida do tema (art. 153, § 21, da Emenda Constitucional nº 1/69) e, superadas as perquirições sobre os pressupostos processuais constituiu o pólo central do debate posto na ação intentada, vez que por ela se delineia a certeza e liquidez do direito protestado e cujo exercício se quer restabelecer (40).

A Constituição de 1934, introdutora do instituto no constitucionalismo positivo pátrio, referia-se, no texto do art. 113, item 33, a ato "manifestamente inconstitucional ou ilegal", o qual, ameaçando ou lesando direito certo e incontestável, ensejaria a concessão da ordem pedida.

Fixou-se, destarte, no âmago do rol dos direitos individuais, a garantia de contrapor-se a pessoa, com uma ordem judicial, a uma lesão provocada por ato que contrariasse o sistema normativo, a nível de afronta ao Código Máximo ou às leis.

Exigia-se, contudo, que o furtar-se aos limites daqueles ditames fosse manifesto, a dizer, patente, flagrante, indubitável, notório.

Mais ainda, a única ameaça ou lesão ensanchadora da ação de segurança seria aquela decorrente de ato que divergisse de uma norma objetiva, residisse ela na Carta Magna ou na legislação infraconstitucional. E não bastante seria que se estivesse diante de uma situação questionável perante o ordenamento jurídico; imprescindível seria que a oposição à normatividade fosse óbvia, sobressaindo de molde iniludível ao juízo do magistrado.

(40) *Domina, pacificamente, na doutrina pátria o entendimento segundo o qual a existência da ilegalidade ou abuso de poder é o segundo necessário critério objetivo a ser apurado para que se conclua pela existência de direito líquido e certo a ser protegido pela ordem de segurança pedida. Neste sentido a lição de CASTRO NUNES: "Direito certo e incontestável é síntese. Seus elementos componentes podem ser destacados analiticamente, mas terão de coexistir na espécie para que seja conceituado como tal.*

Esses elementos são, ao meu ver: 1º) direito provado de plano; 2º) ilegalidade do procedimento administrativo na prestação positiva ou negativa reclamada.

São dois critérios objetivos. Da coexistência de ambos é que terá de resultar a conceituação como certo e incontestável do direito a assegurar. conclusão a que se chega depois de apreciadas todas as circunstâncias da hipótese" (*op. cit.*, p. 65).

Tal requisito, afirma CASTRO NUNES ao tecer considerações sobre o tema, persistiu como exigência a condicionar a concessão do *mandamus*, pelo que, na dúvida, nega-se a ordem pleiteada ⁽⁴¹⁾.

A nova fórmula legal, assimilada constitucionalmente a partir da Lei Magna de 1946, subtraiu, pois, a expressa instância de ser a ilegalidade manifesta, sem retirar da ação, todavia, tal condição, contida no próprio conceito de direito líquido e certo, a dizer, aquele patentado de plano.

De outra parte, aquele texto constitucional alterou a articulação anteriormente posta no cerne da Constituição de 1934, passando a figurar qualquer espécie de contrariedade à ordem jurídica sob o signo de ilegalidade e fazendo figurar, ao lado do elemento objetivo ocasionador da lesão impugnada, o abuso de poder, elemento impregnado de subjetivismo contido na intenção do agente.

Com essa rotulação acatou o constituinte para o mandado de segurança os termos positivos a serem obedecidos para a concessão do *habeas corpus*, cujo vício combatido também repousa na ilegalidade ou abuso de poder ⁽⁴²⁾.

A ilegalidade a que passou a se referir o constituinte como uma das expressões da lesão a direito líquido e certo, autorizadora da impetração do *writ*, não afastou, todavia, em sua manifestação, qualquer dos graus de ilegalidade, vale dizer, seja qual for a regra de direito — Constituição, lei ordinária ou ato normativo — afrontada pela conduta discutida, merecerá a situação litigada análise e pronunciamento do Poder Judiciário na ação de segurança.

Tal circunstância decorre do próprio conceito de ilegalidade, considerado em sua acepção ampla, como a situação que desborda dos termos postos pelo ordenamento jurídico.

Esse, sistematizado em diversas categorias normativas, pode vir a ser contestado por qualquer comportamento que resista à sua

(41) Preleciona aquele autor: "... Não mais se exige, ao menos expressamente, seja manifesta a ilegalidade do procedimento oficial, que o ato seja evidentemente inconstitucional, que o abuso ou excesso de poder se mostre patente aos olhos do juiz. Mas estará dispensado esse requisito no julgamento dos mandados de segurança? ... A qualificação pressuposta no direito amparável pela segurança é correlata de obrigação líquida e certa, que se define no direito privado por um critério praticamente equivalente ao da apreciação da ilegalidade manifesta, no direito público. Retoma-se assim o critério antigo, que subsiste na qualificação de 'líquido e certo', exigida para a proteção a assegurar-se. De outro modo, estaria incondicionada a concessão, sem sentido aquela locução e sem apoio no pensamento do novo texto constitucional, em cuja elaboração nada indica o propósito de inovar o instituto existente" (*op. cit.*, p. 126).

(42) Art. 121, § 20, da Constituição federal, de 1946.

plena realização, quer por ação ou omissão, quer por desconformidade ou por incompatibilidade com a regra de direito.

Nota-se que esta regra jurídica, cuja contrastação implica em ilegalidade, é toda norma que integre o ordenamento positivo e pela qual se expeça um comando jurídico, seja ele escrito ou não, disponha ele do caráter formal de lei ou qualquer outra categoria de mandamento jurídico. Toda regra de direito que constitua fonte de imposições coercitivas, obrigando as pessoas e normando as relações entre elas estabelecidas, constitui “lei” para os efeitos de se contingenciar “legalidade”, e, paralelamente, “ilegalidade”.

Neste sentido é que leciona ANDRÉ LAUBADÈRE: “... la légalité... est issue de toutes les règles de droit qui s'imposent à l'administration” (43). Toda norma de direito vigente constitui, portanto, lei para os fins ora buscados, o primeiro dos quais será o de estabelecer o objeto que se conterà na relação de atos que realize ou não, conforme o seu aperfeiçoamento próprio ou impróprio, a legalidade.

Assim, desde os contratos e convenções internacionais até às práticas administrativas sedimentadas e tornadas, assim, obrigatórias (44), enquadram-se no conceito de legalidade como um dos elementos componentes da relação pela qual se realiza tal princípio.

Adotando-se a “hierarquia dos distintos graus do processo criador do Direito”, a que se referia KELSEN (45), constata-se ter, igualmente, “distintos graus”, se não a legalidade, certamente a ilegalidade, vez que a resistência à norma será tanto mais grave quanto mais elevado for o nível em que se situe esta no ordenamento jurídico.

Tal ilação parece inquestionável quando se prossegue na lição kelseniana segundo a qual cada categoria normativa constitui fonte criadora de outras normas, escalonadas em grau inferior àquela na qual estas haurem sua validade. Tanto mais elevada, pois, a gradação da regra da estrutura piramidal do direito positivo, quanto mais vigor terá ela como manancial de juridicidade de uma pletera mais fecunda de normas. Então, a investida contra a legalidade será sempre tanto mais grave quanto mais alta se seditar a norma afrontada.

Estando no ápice da pirâmide jurídica positiva a Constituição do Estado — *lex fundamentalis* —, óbvio que a mais grave ilegalidade consistirá na adversação a ela.

(43) *Traité de Droit Administratif*. Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1977, t. I, p. 213.

(44) Arts. 96, 98 e 100, do Código Tributário Nacional.

(45) KELSEN, Hans. *Teoria General del Estado*, México, Ed. Nacional, 1976, p. 325.

Tendo sido empregado pelo autor da Carta Magna, de 1967, em sentido abrangente o termo “ilegalidade”, constata-se marchetar, no conceito de direito líquido e certo, protegível pela ação de mandado de segurança, qualquer contrariedade às regras encastoadas no ordenamento jurídico, sendo, pois, perquirível a sua cessação imediata pela expedição do *mandamus*.

Daí porque a análise da constitucionalidade pode conter-se na ação mandamental, porque mais não é ela que um aspecto — o mais elevado — da legalidade que se pretende amparar por esta via judicial.

O aspecto de verificação da legalidade dos atos — mormente dos atos administrativos — tem sido admitido, de menos formalmente, com certa tranqüilidade na doutrina e jurisprudência do presente século. Mais que aceita, tem-se constituído a legalidade em esteio que arrima toda a estrutura do Estado de direito, vez que o continente refreador do exercício do poder político é a norma estatal posta, que, em princípio, é a manifestação máxima do direito positivo.

Por isso não surpreende a observação de que, quando se cuida da averiguação da legalidade em sua gradação mais elevada, que é aquela inerente à constitucionalidade, as opções nos sistemas jurídicos sejam plúrimas. Ora se permite o seu questionamento perante qualquer órgão jurisdicional (Estados Unidos da América — “sistema difuso”), ora fixa-se um único órgão competente para conhecer da lide (Itália — “sistema concentrado”); em alguns Estados se criou uma espécie ativa própria para se argüir a inconstitucionalidade (Áustria); em outros, examina-se a constitucionalidade de uma lei ou ato normativo no bojo de qualquer ação eleita pela parte e que se comporte no modelo processual previamente firmado, a pender perante qualquer órgão jurisdicional competente (Venezuela; também no Brasil há a possibilidade de se impugnar o ato considerado incompatível com o sistema constitucional através da via de exceção, hipótese em que, no curso de qualquer espécie ativa, poderá ser suscitado o exame da sua constitucionalidade).

No sistema jurídico brasileiro, em que seguem paralelas as possibilidades de indagação da constitucionalidade dos atos jurídicos pela via de ação e pela via de exceção, tem-se por assente que a controvérsia sobre a “lei em tese” (46) somente pode ser alocada

(46) Não se entenda “lei em tese” como aquela única espécie de ato legislativo. O conceito de “lei” compreendido naquela expressão é tomado em seu sentido material, vale dizer, comando normativo determinador de uma conduta genericamente obrigatória em determinado espaço. Qualquer que seja a fonte orgânica desse comando jurídico poderá ser ele considerado compreendido naquele conceito desde que aporte tese legal.

na chamada ação direta, conduzida exclusivamente perante o Supremo Tribunal Federal. Nessa, julga-se a própria lei ou ato normativo; o mesmo não ocorre com a hipótese de controle da constitucionalidade pela via de exceção, quando se julga a aplicação da lei ou do ato inquinado viciado.

Por uma ou outra forma de controle jurisdicional da constitucionalidade, todavia, o que é imprescindível relevar é que se entregou à sociedade a instrumentalidade processual necessária ao debate, a ser travado perante o Poder Judiciário, sobre possível jaça de inconstitucionalidade de atos normativos.

Contudo, tem-se acentuado, na prática, a ineficácia dos meios dispostos no sistema para o anteparo às colocações normativas contrárias à Constituição, especialmente porque se, teoricamente, o ato inconstitucional é nulo, írrito e, nesta qualidade, não gera direitos, nem cria obrigações, e a declaração de tal jaez produz efeitos *ex tunc*, a aplicação deste princípio é, muitas vezes, de difícil solução e, em algumas hipóteses, de duvidosa eficácia, pois casos existem em que os efeitos do ato, produzidos antes da declaração de inconstitucionalidade, se petrificaram ou se exauriram e nem mesmo a força da coisa julgada os resgata. A inexpugnabilidade de tais atos é, pois, patentada na dinâmica da execução das decisões judiciais.

Urge, pois, que se mesquem, no ordenamento jurídico pátrio, novas alternativas de sindicância da legalidade — em todos os graus — dos atos normativos, especialmente quando a eiva, que se argúi como maculadora de sua essência, seja a da inconstitucionalidade.

Mais que se introduzirem novas alternativas de ação para o aperfeiçoamento de tal investigação, o que parece indispensável é a adequação dos instrumentos processuais existentes às necessidades práticas que os institutos jurídicos — como o do controle jurisdicional da constitucionalidade — demandam.

Assim, a ação de mandado de segurança, garantia outorgada ao cidadão brasileiro para livrar-se de ameaça ou lesão a seus direitos — desde que, obviamente, estes sobrelevem com as qualidades de liquidez e certeza —, fornece o mais eficaz aparato processual para que se leve a cabo o controle da constitucionalidade dos atos jurídicos normativos.

Primordialmente, há de se evidenciar existir, paralelamente ao dever da Administração Pública de obedecer, estritamente, ao princípio da legalidade, o direito da pessoa de exigir, inclusive judicialmente, o cumprimento desse princípio. Ora, sendo a constitucionalidade, conforme antes rememorado, o mais elevado grau da

legalidade, obviada está a existência do direito líquido e certo que assiste a todo indivíduo de reclamar, pelas vias próprias, a observância daquele princípio, pelo que a ação de mandado de segurança serve, iniludivelmente, como via processual competente para restabelecer-se o equilíbrio roto pelo ato normativo questionado em Juízo, o qual, sem respaldo constitucional, terá criado a insegurança que se pretende fazer cessar pelo advento da ordem judicial pleiteada através do *writ*.

É direito intangível de toda pessoa exigir das autoridades públicas o perfeito atendimento ao princípio da legalidade, no qual se contém a obediência aos ditames constitucionais. Não teria cabimento, por evidente, estenderem-se vias judiciais para se impugnar a contrariedade às normas infraconstitucionais e vedar-se ao indivíduo senda própria, através da qual pudesse ele buscar o seu direito de ver exercitarem-se os poderes públicos nos termos postos pela ordem normativa fundamental.

Note-se que o dano emergente do desatendimento à Constituição pode ser tido como presumido *jure et de jure*, porquanto, sendo aquela a lei fundamental do Estado, não se admite a contrariedade a suas regras sem que daí decorra ameaça ou lesão à própria segurança do sistema jurídico, no qual se apóia o cidadão.

Poder-se-ia afirmar que pela via de exceção processual se admite plenamente a disputa através de mandado de segurança sobre pretensa inconstitucionalidade do ato normativo embasador da situação contra a qual se posiciona a parte. Todavia, a ilegalidade, em sua diversificada graduação, mais não é, nesta espécie ativa, que o fundamento jurídico, no qual se fulcra a parte para postular o reconhecimento de seu direito manifestado por uma situação descrita nos autos e cujo exercício se encontra comprometido pela contrastação contida na prática impugnada.

Não se releva, então, sob esse enfoque, o direito impostergável e, indisputavelmente, líquido e certo do cidadão de exigir que todo e qualquer ato promanado dos poderes públicos se compatibilize com a Constituição. Destarte, se não se reconhece como garantida, judicialmente, a defesa direta do indivíduo contra a insegurança jurídica que se lhe advém do ato normativo imbuído de inconstitucionalidade, torna-se notório que inexiste, em verdade, o direito que se pretende tenha instaurado com o advento do Estado democrático, o de reclamar o cidadão a atuação exclusiva e inarredavelmente legal dos poderes públicos aos quais se submete. O patrimônio político, que integraliza a vivência social do indivíduo e que se crê firmado quando da formulação, indireta e representativa, do ordenamento jurídico democrático, passa a ser, pela inviabilidade do controle jurisdicional direto daquele primário direito do cidadão,

qual seja, o de submeter-se somente à atuação legal do Estado, uma quimera jurídica forjada para apaziguar, ou anular, a busca de objetivos concretos e justos que, certamente, seriam perseguidos, não fosse a crença no falaz argumento da existência anterior do seu atendimento nos termos do modelo normativo posto.

Obtemperava FRANCISCO CAMPOS, ao deslindar o tema, ser a doutrina proibitiva da admissão de espécies ativas — que não a ação direta de inconstitucionalidade — com o objetivo precípua de debater teses legais, "... velha e revelha e não se entende tão só com os mandados de segurança, mas, igualmente, e pela mesma razão, com todas as ações, seja qual for a sua natureza, o seu rito, ou o seu objeto". E enunciava:

"O direito de ação pressupõe um interesse atual e legítimo. Para que o indivíduo seja admitido a pleitear contra a lei, por motivo de sua inconstitucionalidade, não basta o interesse genérico pelo princípio da conformidade da tese legal com os dispositivos constitucionais por ela violados. Se admitida a ação que se fundasse exclusivamente naquele interesse genérico ou de natureza puramente teórica, o que estaria em causa seria, precisamente, a lei em tese, ou a lei em si e por si mesma, independentemente da sua incidência concreta sobre um interesse legítimo e peculiar do litigante, privando-o de adquirir ou de exercer um direito a ele assegurado na Constituição" (47).

Segundo aquele mestre, que perfilha a doutrina e jurisprudência brasileiras cediças no sentido da incontrastabilidade de ato normativo por via judicial direta, ajusta-se tal entendimento à interpretação assentada no direito positivo pátrio quanto aos efeitos exclusivamente *inter partes* da decisão judicial oferecida no incidente de inconstitucionalidade suscitado.

Ele próprio, porém, encarrega-se de demonstrar a equivocidade do argumento, estabelecido atualmente em Súmula do Supremo Tribunal Federal (48), segundo o qual descabe mandado de segurança contra lei em tese.

Primordialmente, há mister salientar-se que o descabimento de debate jurisdicional sobre teses legais é a regra que encontra no sistema constitucional positivo a exclusiva exceção da ação direta de inconstitucionalidade, pelo que o enunciado peca por restringir

(47) CAMPOS, Francisco. "Parecer" in *Revista Forense*, vol. 155, set./out. 1954, p. 79.

(48) Reza a Súmula n.º 266, do Colendo Supremo Tribunal Federal que: "Não cabe mandado de segurança contra lei em tese".

ao mandado de segurança uma norma pertinente à integralidade sistêmica processual positiva.

Por outro lado, a inviabilidade da escolha da ação de segurança contra tese legal somente prevalece quando não se tratar de lei auto-executável, hipótese em que o patrimônio jurídico do cidadão não sofre a investida imediata do cometimento indigitado ameaçador ou lesivo (49). Sendo auto-executável, pois, a norma impugnada, tem sido normalmente admitido o seu questionamento *in abstracto*.

Não dissentem a jurisprudência e doutrina pátrias, ainda, quanto à não-aplicação daquela ilação, quando a regra disputada como inconstitucional tiver natureza proibitiva, pois essa espécie é havida como obviamente incidente sobre uma atuação obrigatoriamente omissiva dos poderes públicos, contra os quais não se poderia insurgir senão mediante o questionamento direto da regra determinadora da conduta questionada.

Assim, ainda que tisdado se encontre o ato normativo pela jaça de inconstitucionalidade, é ele tido por inatacável pela via do *mandamus* (ou por qualquer outra espécie ativa, conforme visto, ressalvada a hipótese da ação direta constitucionalmente criada), por não germinar, segundo a doutrina sufragada pelos tribunais pátrios, pela sua só entronização no mundo jurídico, o legítimo interesse à ação.

Verifica-se, pois, que o interesse para agir, que deveria constituir o fundamento da garantia processual realizadora do direito, é avocado como argumento que tolhe o asseguroamento à ação e esvazia a faculdade jurídica enunciada.

O interesse de agir tem sido conceituado pelos processualistas como a legítima aspiração de se obter um bem, juridicamente garantido, através da atuação concreta dos órgãos judiciais (50). É, pois, a postura positiva do indivíduo para se tornar parte no processo judicial, a fim de ver projetada em sua esfera de liberdade, juridicamente protegida, a vontade da lei.

Tem-se afastado, pois, a possibilidade de se impetrar mandado de segurança contra lei em tese, ao argumento de que aquele interesse haveria que ser atual, jurídico (ou legítimo) e específico, inócurrenre no debate visando aquele objeto. Todavia, o cidadão

(49) STF-MS nº 18.428 — DF, in *RTJ*, vol. 54, p. 71; STF-MS nº 6.874, in *Rev. For.*, vol. 196, p. 126; STF-MS nº 18.883 — DF, in *RTJ*, vol. 47, p. 654; TJSP-MS nº 91.878, in *Rev. dos Trib.*, vol. 285, p. 188.

(50) Leciona CHIOVENDA que: "De modo geral, é possível afirmar que o interesse de agir consiste nisto, que, sem a intervenção dos órgãos jurisdicionais, o autor sofreria um dano injusto" (*Instituições de Direito Processual Civil*, São Paulo, Livraria Acadêmica-Saraiva & Cia., 1942, t. I, p. 263).

que suscite, através do *mandamus*, o controle jurisdicional da constitucionalidade de ato normativo tido como contrário à lei fundamental, dispõe, evidentemente, de interesse para agir, pois, sendo titular do direito, contido no princípio da legalidade, o qual informa basilarmente todo o ordenamento jurídico positivo, de verem dinamizadas as funções públicas nos limites da normatividade posta, vê-se contrariado no respeito a esta faculdade e instabilizada a sua situação jurídica.

Este interesse é, obviamente, específico, pois o que se pretende, então, é que a atuação dos órgãos judiciais restabeleça, através do mandado, a segurança jurídica, a que tem direito o indivíduo, comprometida pelo ato inquinado contrário à legislação vigente.

É atual tal interesse, diríamos mesmo, é ele permanente, porquanto a Constituição e sua força impositiva vinculante de todos os demais atos normativos validados pela sua vigência são ininterruptos. Prevalendo, pois, a lei, devem-se-lhe obediência incondicional os poderes públicos no desempenho das funções que lhes são inerentes.

O uso da via expedita e especial do *writ* para a restauração da ordem constitucional transgredida faz-se mister, pois, eis que o efeito que nele se busca é imediato, não comportando dilação.

Jurídico (ou legítimo) é o interesse que fulcre a pretensão exposta no mandado de segurança impetrado contra ato inconstitucional, porquanto com aquele adjetivo pretende-se limitar o exercício do direito subjetivo de ação para o debate de situações nas quais “exista um estado de fato contrário ao direito”. A expedição de ato normativo infringente da *Lex Magna* constitui, a toda evidência, atuação fática dos detentores dos cargos públicos afrontosa ao direito positivo em sua mais graduada manifestação normativa, razão pela qual se tem por iniludível o caráter legítimo do interesse que detém o indivíduo de acionar os órgãos jurisdicionais para litigar sobre a inconstitucionalidade do ato exarado à margem da Constituição.

Afirma-se que seria o indivíduo despojado da idoneidade jurídica para debater judicialmente tese legal, não se podendo constituir parte da relação processual, quando dispusesse à disputa a regra acoimada inconstitucional, vale dizer, não teria, então, *legitimatío ad causam*.

Conceituando-a expõe CHIOVENDA que

“Com esta quer significar-se que, para receber o juiz a demanda, não basta que repute existente o direito, mas faz-se mister que o repute pertencente àquele que o faz valer e contrário àquele contra quem se faz valer. Ou seja,

que reconheça a identidade da pessoa do autor com a pessoa a quem a lei favorece (legitimação ativa) e a identidade do réu com a pessoa a quem é contrária a vontade da lei (legitimação passiva)" (51).

É direito pessoal, fruível permanentemente no Estado democrático alicerçado sobre uma Constituição, a faculdade de reclamar o indivíduo, inclusive judicialmente, o comportamento dos poderes públicos nas lindes extremadas pelo sistema normativo, além do que se tem como estabelecida a incerteza jurídica nas relações sociais, o que afeta, diretamente, todo indivíduo submetido ao ordenamento jurídico.

A *legitimatío ad causam* de qualquer indivíduo para exigir, através do mandado de segurança, a direta verificação da adequação dos atos normativos às categoriais superiores em que haurerem eles a sua validade, emerge irretorquível do reconhecimento efetivo do direito primacial do indivíduo de subsumir-se ao comportamento dos poderes públicos, desde que estes mantenham-se nos termos pré-balizados pelos comandos dos quais nascem.

Alega-se, em detração à tese anuente à possibilidade de debater-se sobre a lei *in abstracto*, que o mandado de segurança é ação que se impõe contra "ato de autoridade", tratando-se a norma formal de "ato de soberania", incompreensível, destarte, no modelo processual composto no *writ* (52).

Improcede tal alegação. O denominado "ato de soberania", tal como exposto na doutrina e jurisprudência, seria o ato político emanado dos órgãos componentes do Poder Público como manifestação da soberania estatal, vale dizer, o ato promanado dos órgãos políticos no exercício de suas funções típicas. Daí se ter asseverado na jurisprudência pátria que

"a soberania quando legisla toma o nome de Poder Legislativo em vez de soberania legislativa e o mesmo ocorre quando exerce funções executivas ou judiciárias" (53).

Essa asserção mais não faz que revestir, com novo modelo verbal, a velha fórmula discriminadora de atos de gestão e atos de *imperium*, que neste final de século se quer ver ultrapassada.

Até meados do presente século, buscavam os autores distinguir entre os atos de gestão, aqueles aperfeiçoados pelo Poder Público no mesmo plano jurídico dos particulares, e os atos de

(51) *Idem, ibidem.*

(52) TJSC-MS nº 111 in *Rev. For.*, vol. 151, pp. 336 a 356.

(53) *Idem, ibidem.*

imperium, aqueles praticados pelo Estado no uso de prerrogativas específicas decorrentes da sua postura soberana.

Os atos de *imperium* eram, pois, aqueles realizados pelas autoridades encarnando a soberania estatal exercida através dos órgãos públicos institucionalizados. Cunhou-se, na esteira desta distinção, a idéia de que haveria a prática de atos de autoridade, acabados pelo Estado segundo o regime jurídico público, e atos de gestão, praticados pelo Estado segundo o regime jurídico privado.

A teoria que compreende o *discrimen* entre ato de autoridade e ato de soberania pretende fazer renascer a velha fórmula, burilada com novos contornos, pois pretende fazer-se submeter aquele primeiro ao princípio da legalidade, excluindo deste, contudo, a classe do segundo, por manifestar-se aí um comando normativo expedido no exercício da mágica indicação balizada pela dogmática denominação de soberania.

O ato de autoridade, ou, no dizer de JÈZE, “acto de potencia pública”, derivaria, inicialmente, da postura de potestade pública adotada pelo Estado como emanção de sua soberania. Não obstante tal característica, estabeleceu-se, pacificamente, na doutrina e legislação hodiernas, ser imprescindível a subsunção desses atos ao princípio da legalidade, a fim de cumprir-se o ante-suposto necessário à realização do Estado de direito, e somente nele se confere a segurança jurídica precisa à convivência social do indivíduo em espaço democrático.

Esta a razão pela qual refutava DUGUIT qualquer argumento tendente a discrepar os regimes jurídicos dos atos ditados pelo Poder Público para o efeito de excepcionar algumas categorias deles ao atendimento do princípio da legalidade, ensinando o mestre francês:

“... on prétend qu'exceptionnellement ils (les actes de gouvernement) échapperaient à tout recours à raison des motifs de défense gouvernementale qui ont déterminé le gouvernement quand il les a fait ou quand il a donné l'ordre de les faire.

Admettre des actes de gouvernement ainsi compris, c'est admettre que pour des raisons d'État on peut apporter des exceptions plus ou moins arbitraires au principe essentiellement protecteur, au principe fondamental, le principe de légalité matérielle, sans lequel il n'y a pas d'État de droit, sans lequel, pourrais-je dire, il n'y a pas vraiment de droit public.

.....

Si l'on fait une seule exception au principe de légalité matérielle, on ne sait pas où cela peut conduire; et si certaines circonstances se présentent, on peut facilement arriver au despotisme" (54).

Pretender, pois, após a superação do entrave aposto inicialmente à ampla averiguação da legalidade — em todos os graus — dos atos exarados pelas autoridades públicas, retomar sob novas vestes a mesma tese ao argumento de que uma determinada categoria — a de leis em sentido material — furtam-se ao controle jurisdicional popular por se tratar de ato de soberania, é fomentar a criação de uma nova senda a ser palmilhada irresponsavelmente pelos eventuais titulares dos poderes públicos.

Não há que se oferecer guarida a tal pensar no Estado democrático a que aspiramos. A experiência tem demonstrado que qualquer teoria tendente a subtrair do cumprimento do princípio da legalidade a atuação dos poderes públicos falseia por faltar-lhe fundamento jurídico que a harmonize com a proposta do Estado de direito. Esta teoria apenas se prestaria a dar aparência pseudo-jurídica a um regime legal contrário ao direito.

Finalmente, há que se notar que a Carta Constitucional brasileira não se refere expressamente a "ato de autoridade" como objeto da impugnação processada através da ação de segurança. Refere-se ela, em seu art. 153, § 21, à "autoridade" ("seja qual for a autoridade..."), ou seja, àquele que titulariza o órgão estatal responsável pela conduta acoimada ilegal ou abusiva de poder. A alusão, doutrinária e jurisprudencial, tecida a tal preceito, encarregou-se de estabelecer que seria o ato proveniente da autoridade (e não "ato de autoridade" concebido, conceitualmente, como na doutrina administrativa das primeiras passagens deste século) o cometimento impugnável pela via do *mandamus*.

Tem sido preconizado por uma corrente doutrinária que a disputa sobre tese legal é viabilizada apenas pela ação direta de inconstitucionalidade. Duas ordens de ponderações devem ser argüidas a projetar a ineficácia parcial desta espécie processual.

(54) DUGUIT, Léon. *Traité de Droit Constitutionnel*. Paris, Ancienne Librairie Fontemoing & Cie., Éditeurs, 1930, t. III, p. 738.

Continua, ainda, sobre o mesmo tema, o mestre de Bourdeaux a lecionar: "Faire une seule exception au principe de légalité, c'est aller fatalement jusqu'à la doctrine allemande contre laquelle je me suis souvent élevé, c'est-à-dire avec Seydel: 'Il n'y a pas de droit à côté du Herrscher'; avec Jellinek: 'L'État est placé plus haut que toute règle de droit particulière', Il faut protester énergiquement contre de pareilles conceptions. Il faut repousser de toutes les forces, la théorie des actes de gouvernement, qui n'est qu'un retour à la doctrine néfaste de la raison de l'État, au nom de laquelle ont été commis, au cours de siècles, et sont commis encore aujourd'hui tant de crimes irrémissibles" (*op. cit.*, t. III, p. 738).

Primordialmente, tal como posto na Carta Constitucional vigente (com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 1/69), a legitimidade ativa para o uso desta ação é exclusiva do Procurador-Geral da República (art. 119, I, *l*). Cogita-se de ampliar o rol de titulares da *legitimatío ad causam*, o que diminuiria a restrição de uso daquela ação. Entretanto, as propostas neste sentido apresentadas estendem a legitimidade a determinadas pessoas representativas de entidades políticas ou corporativas⁽⁵⁵⁾, não se possibilitando a utilização ampla pelos indivíduos de senda judicial ativa pela qual pudessem eles questionar ato normativo maculado pela transposição das lindes legais que lhe modelem a forma e a matéria.

O fundamento da viabilização do *mandamus* para se debater ato normativo inquinado inconstitucional repousa no direito primário do indivíduo de exigir o cumprimento firme e inarredável do princípio da legalidade pelo Poder Público, a fim de que se não instale a insegurança jurídica a pender sobre o seu patrimônio jurídico. Compete, evidentemente, a cada qual da comunidade política submetida à ordem normativa a prerrogativa de velar, inclusive através do uso de vias judiciais, pelo atendimento daquele princípio, pleiteando, pelas veredas próprias postas no sistema jurídico, o expurgo de normas inconstitucionais entronizadas no ordenamento positivo.

De outra parte, tal como acima salientado brevemente há-se que considerar que a delonga no curso processual da ação direta de inconstitucionalidade possibilita a prática de outros atos efetuados com fulcro naquela norma eivada do vício apontado. Tais atos, decorrentes da aplicação do ato normativo, embora possam ser, à sua vez, objeto de mandado de segurança, podem surtir efeitos práticos de difícil ou impossível desfazimento⁽⁵⁶⁾. A criação de

(55) Tem sido cogitada a hipótese de se ampliar a legitimidade *ad causam*, para esta ação tornando obrigatória, v.g., a remessa da representação formulada ao Supremo Tribunal Federal quando emane das entidades políticas, de algumas entidades como a Ordem dos Advogados do Brasil, Associação Brasileira de Imprensa etc.

(56) Recordamos, nesta oportunidade, a declaração de inconstitucionalidade do art. 19, e seu parágrafo único, do Decreto-Lei nº 19.781/81, do Estado de Minas Gerais, após mais de três anos passados da sua expedição. Já então, com fulcro nele, se tinham processado nomeações várias para cargos de auxiliares das serventias do foro judicial da comarca de Belo Horizonte, tendo os servidores nomeados sido retirados de outros cargos públicos, devidamente providos após o afastamento daqueles. Após a decisão do Colendo Supremo Tribunal instalou-se verdadeira avalanche de ações judiciais contra o Estado de Minas Gerais, ao qual mais não restava que indenizar os danos decorrentes da aplicação da regra declarada inconstitucional, vez que a sua aplicação devera-se a determinação anterior do próprio Judiciário, que a tivera por constitucional em ações nas quais se argüira a exceção de inconstitucionalidade.

tais situações irreversíveis possibilita às partes interessadas tão-somente o ressarcimento patrimonial por danos que se lhe advêm da aplicação da norma inconstitucional.

Tal situação, de incontestável gravidade, a infirmar a eficácia plena da ação direta de inconstitucionalidade, encontraria resposta solerte na utilização da via mandamental, que dispõe, em sua padronização processual, da medida liminar, pela qual, em existindo risco de se tornar ineficaz o mandado a ser, ao final, concedido, pode determinar a sustação do ato impugnado. Destarte, não produziria efeitos inconstitucionais a norma questionada pela ação de segurança. Poder-se-ia aventar a possibilidade de introduzir-se a etapa liminar na ação direta de inconstitucionalidade. Todavia, não cuidamos, aqui, de oferecer subsídios à remodelação dessa espécie ativa, mas de demonstrar a necessidade de se abrirem as vias do Judiciário, para que o indivíduo possa impetrar mandado de segurança para a defesa do seu direito de requerer a perfeita observância do princípio da legalidade pelo Poder Público.

Questão que merece relevo, neste passo, concerne ao efeito da decisão judicial concessiva de mandado de segurança impetrado para o efeito precípuo de se impugnar lei em tese havida por inconstitucional.

No sistema jurídico positivo brasileiro, entregou-se, exclusivamente, ao Supremo Tribunal Federal, competência para declarar a inconstitucionalidade, fulminando-se o ato normativo de forma definitiva e ensejando a suspensão de sua exequibilidade pelo Senado Federal (art. 119, I, *l*, e art. 42, VII, da Emenda Constitucional nº 1/69). Esta regra, de inegável acerto e indubitável sucesso entre nós, pode ser mantida acoplando-se à norma constitucional referente ao instituto em causa preceito que disponha sobre exigência de se submeter, necessariamente, a ação mandamental concessiva da segurança, pleiteada para a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, ao grau recursal até a instância suprema para que, então, deflagre o *decisum* os seus efeitos definitivos (57).

O remédio terá efeito mais célere, contudo, que aquele obtido através da ação direta de inconstitucionalidade, eis que, competindo ao Judiciário a sustação liminar e provisória da exequibilidade do ato normativo debatido processualmente, cessarão os riscos de se persistir a dar aplicação a norma inconstitucional,

(57) Sugere-se a seguinte fórmula:

"Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito individual não amparável pelo *habeas corpus*, seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade intrínseca ou extrínseca do ato. A decisão concessiva da ordem submeter-se-á a recurso próprio até a instância suprema quando seu objeto for declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo."

declarado o que, podem ter-se acumulados equívocos a serem refeitos, ou indenizados os danos dele decorrentes, pela sua reiterada aplicação.

De outra parte, a necessidade de se fazerem processar, através de recursos cabíveis, em grau de jurisdição necessária, até se entregar ao Supremo Tribunal Federal, o conhecimento e análise definitiva da ação, apresenta três pontos positivos: a) primordialmente, solve-se o problema da restrita legitimidade ativa, hoje posta, para a impugnação de norma inconstitucional; b) não se acumula, ainda mais, perante o Pretório Excelso o número de processos a terem deslinde naquela Casa, pois ali somente chegarão as ações que tenham sido, em outras instâncias judiciais, analisadas, e nas quais se tenha considerado inconstitucional a norma questionada; c) impede-se que ato normativo, analisado e tido por inconstitucional (como ocorre em mandado de segurança no qual se impugne ato embasado em norma contrária à Constituição por via de exceção), continue a ser aplicado sem chegar à instância judicial máxima, a fim de que se o retire, então, do sistema jurídico positivo.

Como “guarda da Constituição”, não se haveria de permitir que o Supremo Tribunal Federal ficasse alijado do conhecimento e julgamento de matéria que consiste exatamente em fenômeno de patologia jurídica, que agride o objeto daquela missão entregue à Corte Máxima.

Conforme conhecido, a ação direta não tem possibilitado a perfeita realização daquele mister constitucional concedido ao Supremo Tribunal, porquanto o arquivamento da representação pelo Procurador-Geral da República, quando entender este infundado o pedido de declaração da inconstitucionalidade alegada, impede a atuação daquele órgão julgador, que não pode agir senão quando acionado.

Pelos motivos que ensejaram a criação do mandado de segurança e pela estrutura processual de que se dotou o instituto, não se faz possível arrear vasto conteúdo do seu desempenho, ao argumento de que a expedição de ato normativo afrontoso à Constituição não afeta direito subjetivo do indivíduo, razão pela qual a sua impugnação não se poderia processar através de mandado de segurança.

O princípio da legalidade obriga o Poder Público, qualquer que seja o cometimento exarado pelos órgãos que institucionalizem as funções públicas. A Constituição, com sua força obrigatória, é um direito dos indivíduos, pelo que o seu não-cumprimento fere direito subjetivo nascido da ordenação normativa democrática, gerando insegurança jurídica a seu patrimônio, o que há que ser

sanado pela via expedita da ação de segurança, acionável por qualquer pessoa sobre a qual incida a regra inconstitucional.

DO ABUSO DE PODER

Conforme acima memorado, introduziu-se, na Constituição de 1946 (art. 141, § 24), este novo elemento como critério para a tipificação da falta ensejadora do *mandamus* pleiteado.

Duas ordens de ponderações ofereceram os doutrinadores sobre esta opção constitucional: uma primeira corrente, encabeçada pelo preclaro SEABRA FAGUNDES, apregoa a indistinção do abuso de poder com a ilegalidade, vez que se trata aquele de uma das formas de manifestação desta, desimportando, por isso, na prática, o discrimen entre estes elementos para o cabimento da ação de segurança⁽⁵⁸⁾; outra, a que se associa o emérito HELY LOPES MEIRELLES, v.g., entende que o repúdio especial votado “entre nós” a esta espécie delituosa é que conduziu o constituinte a “armar-nos” com “o remédio heróico do mandado de segurança”⁽⁵⁹⁾.

A figura do abuso de poder, sempre lembrada como vicejante no direito penal⁽⁶⁰⁾, traduz, iniludivelmente, o desacordo da atuação dos poderes públicos com a lei, que permite o exercício das atividades prescritas apenas nos limites dos seus conceitos. Ensina AFONSO RODRIGUES QUEIRÓ que: “A atividade da Administração é uma atividade de subsunção dos fatos da vida real às categorias legais”, acrescentando o célebre autor português ainda que “a lei autoriza apenas as decisões administrativas que não forem viciadas”⁽⁶¹⁾.

(58) “A definição do âmbito do instituto bastaria a expressão ilegalidade, compreensiva de todos os vícios administrativos capazes de ensejar o controle jurisdicional. (...) A conceituação do abuso de poder terá caráter meramente teórico, por isso que, do ponto de vista prático do cabimento do mandado de segurança, a distinção pouco importa. Sendo o abuso de poder espécie do gênero ilegalidade, onde esta se constata caberá aquele remédio, sem embargo da classificação que se lhe possa emprestar (usurpação de função, abuso de poder, defeito formal etc.).” (*O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. São Paulo, Saraiva, 1984, p. 229, n. 55).

(59) MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo, Ed. Rev. dos Trib., 1984, p. 73.

(60) Art. 350, do Código Penal. Sobre ele comentava NELSON HUNGRIA: “Os fatos de que cuidam o art. 350 e seu parágrafo único a que corresponde a rubrica ‘exercício arbitrário ou abuso de poder’ representam, na sua quase totalidade, atentados ou ofensas, por parte da autoridade ou seus agentes, à liberdade pessoal, sob o aspecto de liberdade de locomoção ou direito de ir e vir (jus manendi, ambulandi, eundi, ultro citroque)” (*Comentários ao Código Penal*. Rio, Forense, 1958, vol. IX, p. 506).

(61) QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. “A Teoria do Desvio de Poder em Direito Administrativo”, in *Rev. dos Trib.*, vol. VI, pp. 41 e segs.

Todo comportamento estatal adotado além dos limites legais constitui vício a contaminar o ato e torná-lo irrito.

O abuso de poder, "violação intencional da regra de interesse público", na verve daquele mesmo autor lusitano, "não é, caracteristicamente, um vício jurídico, mas um vício de moralidade administrativa..."

O abuso de poder, caracterizado pela exorbitância dos extremos legais objetivos e subjetivos impostos ao agir administrativo, transparece, principalmente, no âmbito da conduta discricionária legalmente outorgada.

As divergências encontradas entre os autores, quando acodem à hermenêutica da norma constitucional em apreço (art. 153, § 21, da Emenda Constitucional nº 1/69), residem exatamente na conceituação da expressão "abuso de poder", que alguns doutrinadores explicitam confidada na palavra ilegalidade e, inclusive, rechaçando, por desnecessária, a sinonímia⁽⁶²⁾, enquanto outros preferem aclará-la de molde a relevar aspecto de incompetência, que teria sensibilizado sobremodo o constituinte, levando-o a salientar tal figura no texto da Lei Magna. Entre estes exsurge, v.g., SEABRA FAGUNDES, que, sobrelevando a inaplicação das teses doutrinárias alienígenas sobre o instituto à configuração normativa pátria, pondera dever-se conter em sua definição os vícios de incompetência em todas as modalidades, pelo que, assevera ele:

"Ter-se-ão como autorizando o mandado os atos afetados de incompetência, em todas as suas formas (abuso de poder), ou por qualquer outra razão contrários à lei (ilegalidade)"⁽⁶³⁾.

No direito brasileiro, a teoria do abuso de poder, no direito administrativo, faz conter, em sua conceituação, formas de vícios internos objetivos e vícios internos subjetivos, abrangendo, assim, tanto a incompetência pela qual se exorbita o âmbito da atuação legal permitida na prática de ato compreendido na esfera de uma obrigação funcional, quanto a incompetência que emerge da conduta que, através do descaminho da finalidade legalmente estatuí-

(62) FLACKS, Milton. *Op. cit.*, p. 85, *verbis*: "Discriminando entre 'ilegalidade' e 'abuso de poder', quis significar (o constituinte de 1946) que, através do mandado de segurança e, por extensão, mediante qualquer outro procedimento judiciário, era lícito ao Poder Judiciário investigar o ato impugnado sob qualquer prisma, extrínseco ou intrínseco. Atualmente, essa distinção já não seria necessária, firmado como se encontra, na doutrina e na jurisprudência, que abuso de poder e ilegalidade se equivalem." Cf. também CRETELLA JR., José. *Anulação do Ato Administrativo por Desvio de Poder*. Rio, Forense, 1978, pp. 11 a 36.

(63) *Op. cit.*, p. 231, n. 55.

da, promove a violação da lei, acobertando uma prática afrontosa à moralidade administrativa sob um revestimento jurídico (64).

Afigura-se-nos patenteado que o abuso de poder é vício que torna nulo o ato e enseja o cabimento do mandado de segurança, ainda que expressamente não o estipulasse o constituinte, vez que consiste tal figura numa das manifestações da ilegalidade proclamada como causa do questionamento jurisdicional através daquela ação.

Todavia, a fim de que não se arrisque a tornar mais acanhado o instituto pela mera supressão do texto constitucional daquela referência, sugere-se a manutenção da fórmula adotada quanto à ilegalidade, explicitando a noção a se compreender nesta com a referência às diversas naturezas de vícios que podem conformá-la.

CONCLUSÕES

O mandado de segurança, nascido como instrumento constitucional assegurador dos direitos arrolados na Lei Suprema, adveio com a Constituição de 1934 (art. 113, 33), como o final de um processo de maturação de uma idéia defendida desde os primórdios da República.

Ação judicial democrática por excelência, o mandado de segurança tem tido extensa utilização no Brasil, consistindo num dos pilares mestres da construção processual constitucional vigente contra as afrontas aos direitos dos indivíduos.

Urge, contudo, que se aperfeiçoe o instituto posto no sistema jurídico pátrio, a fim de que se possa, através dele, prosseguir-se a restauração da legalidade, eventualmente rota pela atuação ilícita dos poderes públicos, especialmente em sua mais alta expressão contida na norma constitucional.

Tal prossecução, já aceita através da via de exceção, com os efeitos exclusivamente *inter partes* promanados da decisão jurisdicional exarada, haveria, contudo, que ser adiantada ainda mais, propugnando-se, nesta linha, pela possibilidade de se questionar o ato normativo inconstitucional em tese através da ação de segurança, porquanto nenhuma ilegalidade é mais grave que aquela cometida contra a Lei Suprema e nenhuma insegurança agride mais diretamente o indivíduo que aquela que atinge o princípio fundamental do Estado de direito, a saber, o da legalidade.

(64) Segundo AFONSO RODRIGUES QUEIRO, "Quanto aos vícios internos objetivos... para nós, eles não são mais que formas de incompetência do órgão, ou então não são nada. Uma autoridade que prossegue fins ou interesses que não são os que a lei lhe comete, é claro que age num domínio em que é perfeitamente incompetente," (*loc. cit.*, p. 58).

Inexistindo, entre nós, via própria a eleger o indivíduo para o questionamento do ato normativo em tese, ressalvada a hipótese de ação direta de inconstitucionalidade que não é permitida livremente ao povo, carece o sistema jurídico de ação processual que permita o exercício individual ativo para a impugnação do referido vício, o que esvazia o direito primacial da pessoa de ver inviolada a Constituição, fonte de todo o ordenamento normativo positivo, bem como o direito a ver operante o princípio da legalidade, sem o que insubsistente será qualquer argumento a defender pretensa segurança do patrimônio jurídico do indivíduo.

BIBLIOGRAFIA

- BARBÍ, Celso Agrícola. *Do Mandado de Segurança*. Rio, Forense, 1984.
- BARBOSA, Rui. *Posse dos Direitos Pessoais*. Rio, Simões Editor, 1959.
- . *Comentários à Constituição Federal Brasileira*. São Paulo, Saraiva & Cia. Editores, 1934.
- BASTOS, Celso Seixas Ribeiro. *Do Mandado de Segurança*. São Paulo, Saraiva, 1978.
- BITTENCOURT, C. A. Lúcio. *O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis*. Rio, Forense, 1968.
- BUZAIID, Alfredo. "Do Mandado de Segurança". *Rev. Forense*, vol. 164, pp. 7 a 16.
- . "Juicio de Amparo e Mandado de Segurança". *Rev. de Dir. Proc. Civil*, vol. 5, pp. 30 a 70.
- CAPELLETTI, Mauro. "Formações Sociais e Interesses Coletivos diante da Justiça Civil". *Rev. de Processo*, vol. 5, pp. 128 a 159.
- . *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1984.
- CASTRO, José L. Cascajo & SEABRA, Vicente Gimeno. *El Recurso de Amparo*. Madrid, Editorial Tecnos, S.A., 1984.
- CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Do Mandado de Segurança*. São Paulo, Liv. Freitas Bastos, 1966.
- COSTA, Coqueijo — *Mandado de Segurança e Controle de Constitucionalidade*. São Paulo, Ed. LTr., 1982.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. "O Mandado de Segurança na Constituição Brasileira". *Rev. dos Trib.*, vol. 118, p. 11.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. "As Partes do Mandado de Segurança". *Rev. de Proc.*, vol. 19, pp. 199 a 214.
- FAGUNDES, M. Seabra. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. São Paulo, Saraiva, 1984.
- FERREIRA, L. Pinto. *Teoria e Prática do Mandado de Segurança*. São Paulo, Saraiva, 1984.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves et alii. *Liberdades Públicas*. São Paulo, Saraiva, 1978.
- FLACKS, Milton. *Mandado de Segurança — Pressupostos da Impetração*. Rio, Forense, 1980.
- FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *Do Mandado de Segurança nas Desapropriações*. São Paulo, Ed. Resenha Universitária, 1976.

- GRECO, Marco Aurélio. "Ilegitimidade de Parte em Mandado de Segurança — Comentário". *Rev. de Proc.*, vol. 5, pp. 352 a 344.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. "A Tutela Preventiva das Liberdades — Habeas Corpus e Mandado de Segurança". in *Rev. da Procuradoria-Geral*. São Paulo, vol. 17, pp. 181 a 199.
- GUIMARÃES, Ary Florêncio. "O Mandado de Segurança como instrumento de liberdade civil e de liberdade política". in *Estudos de Direito Processual em Homenagem a José Frederico Marques*. São Paulo, Saraiva, 1982.
- LABOULAYE, Édouard et alii. *O Poder Judiciário e a Constituição*. Porto Alegre, Coleção Ajuris, 1977, vol. 4º
- LEAL, Victor Nunes. *Problemas de Direito Público*. Rio, Forense, 1960.
- MANGABEIRA, João. *Em torno da Constituição*. São Paulo, Cia. Ed. Nacional, 1934.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança e Ação Popular*. São Paulo, Ed. Rev. dos Trib., 1980.
- MELLO, José Luiz de Anhaia. *Da Separação de Poderes à Guarda da Constituição*. São Paulo, Ed. Rev. dos Trib., 1968.
- MESQUITA, José Inácio Botelho de. "Da Propositura do mandado de segurança". *Rev. dos Trib.*, vol. 418, p. 19.
- MIRANDA, F. C. Pontes de. *Tratado das Ações*. São Paulo, Ed. Rev. dos Trib., 1976, vol. VI.
- . *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1, de 1969*. São Paulo, Ed. Rev. dos Trib., 1974.
- NEVES, Celso. "Reflexões sobre a Coisa Julgada em Mandado de Segurança". *Rev. de Dir. Proc. Civil*, vol. 5, pp. 197 a 216.
- NUNES, Castro. *Do Mandado de Segurança*. Rio, Forense, 1980.
- NUNES, Reginaldo. "Do Mandado de Segurança como Ação Preventiva". *Rev. Forense*, vol. 148, p. 461.
- PEIXOTO, Carlos Fulgêncio da Cunha. "A nova Lei do mandado de segurança". in *Revista Forense*, vol. 141, p. 24.
- ROCHA, José de Moura. *Mandado de Segurança*. Rio, AIDE Ed. e Com. de Livros Ltda., 1982.
- SANTOS, Moacyr Amaral. "Natureza jurídica do mandado de segurança". in *Rev. de Dir. Público*, 1981.
- SANTOS, Ulderico Pires dos. *O Mandado de Segurança na Doutrina e na Jurisprudência*. Rio, Forense, 1973.
- SIDOU, J. M. Othon. *Habeas Corpus, Mandado de Segurança, Ação Popular — As Garantias Ativas dos Direitos Coletivos*. Rio, Forense, 1983.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo, Ed. Rev. dos Trib., 1984.
- TÁCITO, Caio. "O Controle Judicial e a Exaustão da Via Administrativa". *Rev. de Dir. Administrativo*, vol. 41, p. 256.
- TORRES, Alberto. *A Organização Nacional*. Rio, Brasiliense, 1976.
- VIDIGAL, Luís Eulálio Bueno. *Mandado de Segurança*. São Paulo, 1953.
- WALD, Arnoldo. "A Evolução Legislativa do Mandado de Segurança". *Rev. da Procuradoria-Geral*. Rio de Janeiro, 1965, vol. 14, pp. 85 a 99.
- . "Da Natureza Processual do Mandado de Segurança". *Rev. da Procuradoria-Geral da Guanabara*. Vol. 16, 1967, pp. 28 a 39.