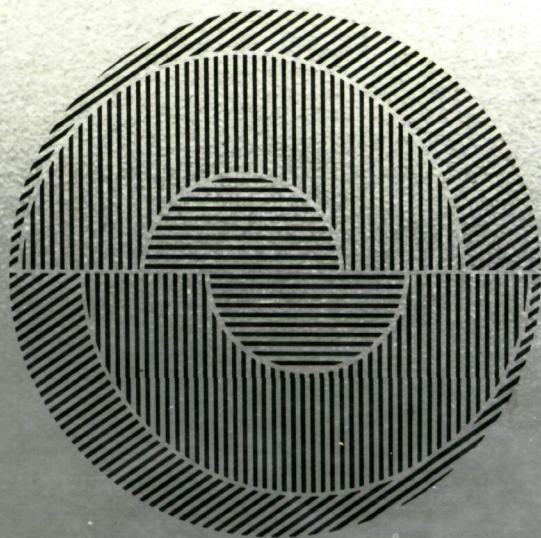


REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA



SENADO FEDERAL • SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS

ABRIL A JUNHO 1989

ANO 26 • NÚMERO 102



Revigoração legal e exegético da vocação liberal do mandado de segurança

FÁVILA RIBEIRO

Professor do Curso de Mestrado de Direito da Universidade Federal do Ceará

SUMÁRIO

1 — O entranhamento autoritarista na vida nacional. 2 — Fragilidade e intermitência do estado de direito no Brasil. 3 — As correlações substanciats do habeas-corpus e do mandado de segurança na contenção aos abusos do Poder Público. 4 — Despropositada ausência de recorribilidade por denegação de medida liminar. 5 — Compromissos judiciários na contenção dos despotismos e incremento das liberdades. 6 — As características liberais ou autoritárias em conformidade com os recursos previstos. 7 — Sustação de liminar e da execução de sentença concessiva em mandado de segurança.

1. *O entranhamento autoritarista na vida nacional*

O Brasil acasalou desde a fase colonial, expandindo-se após à independência, arraigados métodos autoritaristas, que nunca se debelaram de todo e se têm amoldado a cada estrutura organizacional estabelecida, encolhendo-se, por vezes, sem jamais serem extirpados.

Certo que podem ser apresentados períodos mais amainados, mas que não possuem durabilidade, defrontando-se com recidivas de mandonismos que se disseminam pelas vertentes oficiais e em seus acumpliciamentos oligárquicos.

Pode-se verificar que foi no segundo Império quando se experimentou maior calma e vertiginoso ciclo progressista, tanto que o ambiente se tornou propício à fermentação e à acolhida de reformas sem que fossem obstadas ao nascedouro.

Experimentou a nação um surto inovador no campo político, em época que ainda se revelava permeável aos esbanjamentos absolutistas.

Aqui a Monarquia democratizou-se, embora nas camadas elitistas dirigentes, abrindo margem ao surgimento do sistema parlamentarista, cabendo ao próprio Imperador promover o revezamento e o equilíbrio das forças políticas.

Não temos contado com democracias de prolongada longevidade.

Mais acertadamente se pode afirmar que temos desfrutado de intermitentes períodos democráticos, sem eliminar a estrutura autoritarista muito resistente.

Deve-se atentar no sentido de que o desmantelamento democrático não se corporifica apenas com a supressão das investidas eletivas, com o eclipse dos governos representativos.

A mentalidade autoritarista tem permitido a infiltração nos novos sistemas que despontam, exibindo as adaptações às contingências histórico-sócio-culturais.

Pouco depois começam a reaparecer os compressores instalados no aparelhamento estatal, espraiando-se pela sociedade, banalizando-se os abusos públicos, asfixiando-se o senso crítico coletivo, ampliando-se os protecionismos que arrastam em sua cauda os privilégios bastardos da impunidade.

Cada período de recesso democrático implica no desenlace do sistema de interdependência de poderes, acarretando o reaparecimento de hegemonias incontroláveis e intolerantes.

Na realidade, arma-se um domínio exclusivo que aniquila as técnicas de recíprocos controles que ficam suntuosamente proclamadas.

Em cada expansão despótica, a liberdade e a igualdade ficam desconfortáveis e inseguras, recebendo apenas sobras permitidas, dosadas com os caprichos dos agentes disseminados nas malhas da dominação pública.

A aquisição de características onipotentes em redutos oficiais torna a ordem pública incapaz de transmitir indiscriminadas proteções, direcionando-se a responsabilidade apenas para delimitar as condutas individuais, sem que possa conter os desempenhos das autoridades, que se desvinculam de controles que as atinjam.

A ordem jurídica, desprovida de controles igualitários, aplicáveis em todas as direções, converte-se em mero instrumento para ampliar os mananciais repressivos, assegurando o cumprimento da legalidade autoritária que adquiriu positividade no direito público remendado.

Se a letra da lei, ostensivamente consagra estipulações autoritaristas, ter-se-á que observar o texto escrito com suas provisões restritivas, acarretando novos critérios interpretativos, coadunando-se ao sentido do regime político instaurado, com o apoucamento da liberdade.

Por isso, não é mais a liberdade que encontrará prevalência, deixando o intérprete de inclinar-se *in dubio pro libertate*, para exprimir *in dubio pro auctoritate*, formando uma cadeia de dominação pretensamente infalível e arrogantemente inconstrastável.

Para simplificar, o Estado de Direito é desmontado, passando a ordem jurídica a exprimir-se fluidamente, sem valores consistentes e coerentes, tudo a depender de movediços caprichos dos governantes, mais ofensivos por contarem com os instrumentos de envolvimento técnico-eletrônicos de comunicações de massas.

Assim, embora as instituições judiciárias subsistam, retiram-lhes vitalidades essenciais, ficando sem margem para contraposição às opressões legalizadas, dada a ausência de substrato de legitimidade que possa ser invocado.

2. *A fragilidade e a intermitência do Estado de Direito no Brasil*

Restauradas as instituições democráticas, nunca se cumpre completa depuração dos elementos autoritaristas embutidos nas ordens política e jurídica.

As esperanças são reanimadas ao ressurgimento representativo, aparecendo por vezes adicionados institutos, objetivando tornar mais eficientes e duradouras as reconquistas políticas.

A Constituição de 1934 consubstanciou inovações, demandando conferir autenticidade ao processo eleitoral, de modo a torná-lo capaz de refletir a genuína vontade do povo, passando os encargos ao Poder Judiciário, com a criação da Justiça Eleitoral.

Transplantou-se do México o "Juicio de Amparo", nacionalizado sob o *nomen juris* de mandado de segurança, com a específica destinação constitucional-processual de enfrentar os abusos de poder de autoridade, desde que se não referissem à liberdade de ir, vir ou permanecer.

Introduziu-se também o aparelhamento judiciário na intervenção federal para coibir as distorções em desfavor das autonomias estaduais, praticadas ao longo da velha República (1889-1930).

Ampliava-se, assim, o lastro de controle jurisdicional, a demonstrar que se pretendia excluir certas matérias de facciosismo político, deslocando as responsabilidades a um setor público preparado para manter-se imunizado aos entrechoques políticos, desde que os seus membros não estavam dependentes de periódicas renovações, contando com garantias que predispunham à sua neutralização.

Contudo, a montagem constitucional de 1934 teve efêmera duração, afundando-se a Nação em demorado período ditatorial, em que as con-

quistas ou eram formalmente dizimadas ou ficavam, de fato, reduzidas à inoperância, figurando como letra morta, não passando de verdadeiras fraudes constitucionais.

Teve-se que aguardar em compulsória inércia a restauração democrática, através da Constituição de 1946, que imprimiu novos avanços nas ordens política e jurídica.

Muitas excrescências subsistiram às mudanças empreendidas; outras deformações foram posteriormente suscitadas, às vezes por intermédio de leis e, em certos momentos, até mesmo pela via judicial.

Quer dizer, em alguns momentos não houve tempestiva cauterização pelos Poderes Legislativo e Judiciário para compelirem a recuos ou abrirem alentos progressistas.

Inegável, e isso é da mais alta relevância histórica, que em precedente época ficou-se a dever ao judiciário o alargamento de alcance do *habeas corpus* através de fecunda construção jurisprudencial, para que outros direitos não ficassem desamparados de prestimosa tutela jurisdicional.

É lamentável que as contingências normais não tivessem permitido o reforçamento do sistema defensivo das liberdades, através do *judge-made-law*.

Essa posição de vanguarda, assumida pelo Judiciário, mostrou uma disposição reformista sintonizada com as liberdades coletivas, para não deixar o homem comum desprotegido, ao aguardo da produção legislativa que não estagnava acompanhando as prementes necessidades da coletividade brasileira.

Por isso mesmo se tem que compreender que o reingresso do País na trilha democrática, não podia ficar circunscrita na recolocação em funcionamento das instituições representativas.

Observara OLIVEIRA VIANNA ser necessário que o Judiciário "tenha pelo Brasil toda a penetração e acessibilidade que o ponha a toda hora e a todo momento ao alcance do jeca mais humilde e desamparado, não precisando ele — para tê-lo junto a si — de mais do que um gesto de sua mão ou de uma palavra de sua boca num apelo" (1).

Teve-se a lastimar que as instituições judiciárias não tenham sempre prosseguido nesse rumo, e assim fortalecido a mentalidade democrática, sendo plausível admitir que, se assim tivessem continuado, teriam melhor servido à coletividade, dando-lhe proteções mais eficazes, reduzindo a propensão ao abuso de poder que muito se alastrou pelo Brasil em níveis insupportáveis.

(1) VIANNA, Oliveira. *Instituições Políticas Brasileiras*. Rio de Janeiro, Livraria José Olympio Editora, 2ª ed., 1955, vol. II, p. 639.

3. *As correlações substanciais do habeas corpus e do mandado de segurança na contenção dos abusos do Poder Público*

É momento a que se dedique reflexão sobre a natureza geneticamente entrelaçada do mandado de segurança e do *habeas corpus*.

Ainda hoje a linguagem da Constituição vigente deixa vertida a delimitação do campo de incidência do mandado de segurança, em termos de proteção a direito líquido e certo contra abuso do poder, ao que escapar da esfera do *habeas corpus*.

Não se trata de interligação meramente formal, pela vizinhança no sistema constitucional, mas de profunda afinidade substancial, em relação de complementaridade, tendo-se, assim, por primeiro, em silenciosa operação lógica, de verificar se comporta ou não o cabimento do *habeas corpus*, antes de tomar a direção do mandado de segurança.

Ambos os institutos se identificam por seus préstimos voltados contra abusos de poder de autoridade.

Era preciso que jamais ficassem descuradas nem prejudicadas essas afinidades nos disciplinamentos processuais destinados a viabilizar as duas garantias fundamentais para que surtíssem equívale rendimento social nas proteções às liberdades.

Passou o legislador ordinário a fazer incursões disciplinando o mandado de segurança, algumas vezes restringindo a disponibilidade judiciária, deixando em certas ocasiões escapar a despreocupação com a liberdade, demonstrando maior enternecimento pela autoridade.

Por diplomas esparsos foi pouco a pouco dissociando-se o mandado de segurança dos perfis do Código de Processo Civil. E cada vez que assim procedia, o legislador cometia amputação de algum aspecto que se revelava prestimoso à liberdade, quando se acrescentava algo para privilegiar a autoridade no contexto da relação processual estabelecida.

O instituto que se antecipara e florescera em terreno superior à lei começava a ser podado, em seus conteúdos liberais, por leis que o procuravam tornar mais afeiçoado aos interesses autoritários.

Rompeu-se o postulado de equidade no âmbito da relação processual, instalando-se situações privilegiantes às autoridades que entram em cena, acoimadas de proceder abusivo, não se dispensando o mesmo tratamento aos que impetravam garantias a direitos.

Pondere-se com DANIEL COELHO DE SOUZA:

“A vontade política nas democracias é impessoal e objetiva. O indivíduo ou os indivíduos, no enfeixarem em suas mãos qualquer parcela de poder, não o fazem por si, como guias ou chefes.

São depositários de um poder alheio e suas virtudes se aferem não pelo que possam representar, mas pelo que mantenham de fidelidade aos ditames da vontade geral" (2).

Com a nova Constituição as correlações se ampliam, passando a definir-se a área de incidência do mandado de segurança pela exclusão das matérias suscetíveis de proteção, antes circunscritas ao *habeas corpus*, e por diante, com o *habeas data*.

O alcance do *habeas data* está indicado no art. 5.º, LXXII:

"a) para assegurar o conhecimento de informações relativas a pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público;

b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo."

Propicia-se ao indivíduo de nacionalidade brasileira acesso a informações e cadastros pessoais, acumulados em cadastros públicos, de modo que possa o interessado conhecer de averbações existentes, contando com remédio para ilidir os conteúdos no que tenham de inverazes ou distorcidos.

No plano das garantias foi ainda incluído na alínea LXII, do referido art. 5.º, o mandado de injunção, aplicável sempre que a falta da norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos de liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Foi, realmente, meritória a preocupação constituinte, prevendo duas novas categorias de remédios constitucionais-processuais para enfrentar distorções ou omissões danosas do Poder Público.

"A injunção — explica WILLIAM BENNET MUNRO — é uma ordem específica a que seja dada ou não dada uma coisa" (3).

Acumularam-se exemplos de inércia do legislador na previsão de normas que permitam a executoriedade de postulados constitucionais, ficando estes como peças semânticas, sem efeitos concretos para os beneficiários disseminados na coletividade.

É sobremodo útil a implantação de remédio desde que se prenuncie idôneo a suprir o prolongado estado de omissão legal, fazendo desencadear a tramitação de projeto de lei.

Certo é, pois, *ubi jus, ibi remedium*.

(2) SOUZA, Daniel Coelho de. *Interpretação e Democracia*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais Ltda., 1979, p. 144.

(3) MUNRO, William Bennet. *The Government of the United States National, and Local*, New York, the Macmillan Company, 5 ed., 1859, p. 538.

RONALDO TAMOYO y SALMORÓN admite a inversão do axioma, que poderia ser assim enunciado, na compreensão britânica: "*donde hay remedy, hay right*" (4).

Que o remédio é necessário, não resta dúvida, mas impõe aquilatar se a matéria, como vem sendo consagrada, deveria integrar o controle jurisdicional ou o controle parlamentar.

Originariamente, coube aos monarcas anglo-saxões editar normas onde havia lacuna legal, com invocação da *equity*, suprimindo-se a omissão, implantando-se os disciplinamentos demandados.

Explica WILLIAM R. ANSON a fórmula usual na Inglaterra:

"Na Magna Carta, o rei prometeu não recusar e não fazer esperar justiça a ninguém; também nos séculos XII e XIV, quem quer que desejasse obter tal satisfação que as cortes de justiça não lhe podia assegurar, dirigia uma petição ao rei no Grande Conselho em que estava o Parlamento, ao início, considerado como em sessão. As leis mesmo se fizeram como já vimos, durante longo tempo, por petições dirigidas pelos Comuns ou Clérigos em Conselho. Os particulares se dirigiam ao rei "em seu Grande Conselho ou Parlamento"; a opinião geral era que "Todas as vezes que por causa de pobreza, do poder do adversário, por insuficiência da lei, ou por qualquer outra causa análoga, o peticionário não podia obter proteção, a Corte Suprema do Parlamento devia colocar ao dispor dos interessados remédio pronto e eficaz" (5).

A integração no controle jurisdicional parece inadequada, pois não se trata de matéria que possa ser suprida por elastecimentos *exegéticos*, valendo-se do princípio da equidade.

Na hipótese, se cogita, basicamente, de compelir o Legislativo a promover a elaboração de lei que assegure a executoriedade de preceitos constitucionais, pendentes de regulamentação.

Não se compadece com a atividade jurisdicional definir os conteúdos das normas ou estabelecer os seus balizamentos, pois é assunto de caráter inconfundivelmente político, e nem mesmo terá versatilidade em estipular prazos para cumprimento da injunção, por quanto o processo legislativo tem também suas regras procedimentais e cronometrações a observar, que não podem ser preteridas ou danificadas pela intromissão judiciária.

(4) SALMORÓN, Ronaldo Tamoyo. *Introducción al Estudio de la Constitución*. Universidad Autónoma, México, 1977, p. 58.

(5) ANSON, William R. *Loi et Pratique Constitutionnelle de l'Angleterre*. Trad. de C. Gaudillon, Paris, V. (5) Giard E. Brière, 1905, vol. II, p. 427.

Corre-se o risco de verificar depois que o pretendido remédio adotado para assegurar executoriedade a normas constitucionais ficou, ele próprio, destituído de aplicabilidade, tornando-se impraticável, por causa do figurino seguido.

Por que o constituinte não aproveitou a iniciativa de qualquer cidadão para fazer deflagrar o controle político, a ser exercido perante os próprios órgãos legislativos, podendo assumir, logo de saída, o caráter de iniciativa legislativa, via popular?

O Legislativo, em desempenho constituinte, não se apercebeu ou não confiou em suas próprias atividades operativas, desviando a matéria ao Judiciário quando a instituição parlamentar deveria reconhecer-se apta a acudir o reclamo de produção legal, fazendo tramitar a iniciativa de qualquer cidadão brasileiro, provendo a injunção que lhe fosse diretamente assestada, convertendo-a em ato propulsor da elaboração legal.

Sobre revelar-se essa inversão dotada de maior margem de exequibilidade, importaria em fomentar a participação popular, compondo um sistema articulado com as artérias parlamentares.

O sistema anglo-saxônico manteve a interveniência construtiva da *jurisdictio* no âmbito exclusivo da *equity*, distendendo a aplicação das normas dotadas de vigência, na solução de conflitos pendentes, sem interferir na produção legislativa.

Sempre se está a admitir no Brasil o alargamento da atividade jurisdicional, fazendo-a penetrar em todos os sítios, sem que se tenha dedicado compatível preocupação em controles aplicáveis na própria esfera judiciária.

Por nenhum povo foram os ingleses excedidos na demonstração de senso prático no tratamento a direitos, sempre prevendo *remedies* para enfrentar qualquer ação ou omissão lesiva proveniente da esfera pública, abrangendo a atividade jurisdicional.

Mais uma vez a palavra de ANSON é trazida à colação:

"As vias de recurso contra os excessos de jurisdição são os *Writs of Prohibition* de *Certiorari* e de *habeas corpus* afetados à Alta Corte de Justiça. O processo de julgamento, a emissão de uma sentença podem ser impedidos por um *Writ of prohibition*; uma sentença pode ser cassada por um *Writ of Certiorari*; o indivíduo privado em sua liberdade pode recuperá-la em virtude de um *Writ of habeas corpus*"⁽⁶⁾.

É preciso, assim, que a função jurisdicional receba sempre renovados estímulos e controles para suportar a extensão de responsabilidades, proporcionando ao jurisdicionado a proteção contra abuso de poder.

(6) ANSON, op. cit., vol. I, p. 449.

4. *Despropositada ausência de recorribilidade por denegação de medida liminar*

Firmou-se despropositado entendimento da irreCORribilidade de indeferimento da medida liminar. Enquanto esse entendimento era passivamente assentado, a legislação passava a inserir medidas protecionistas à autoridade, prevendo a suspensividade de liminar concedida e mesmo da execução de sentença concessiva, através de despachos de Presidentes dos Tribunais que se correlacionavam à matéria questionada.

Por que motivo foi afastada a possibilidade de qualquer modalidade recursória do indeferimento da medida liminar e se passou a admitir, em ritmo progressivo, o controle correccional e instantâneo em favor da autoridade?

É sinal evidente de que dominava a postura em prol da autoridade (*pro auctoritate*) e desfalcecia a garantia da liberdade.

Em certos momentos históricos, de acordo com o temperamento do regime, essa inversão era incontornável, mas não será certo que assim sempre subsista, pois quando a democracia volta a afirmar-se passa a sobrelevar a preocupação com a liberdade.

Que razões induzem à persistência do desequilíbrio diante do sujeito passivo, e indiferença pelo paciente do abuso de poder?

Mercez acompanhada a reflexão de A. DE LAPRADELLE:

“O Estado é soberano, mas, no Estado moderno, esta soberania, simples emanção das vontades individuais, encontra no indivíduo seu princípio e seu fim. Se o Estado é soberano, não o é por ele mesmo, é pelo indivíduo. Sem dúvida, o indivíduo deve ao Estado mais de um sacrifício pela conservação da Pátria no exterior, sua liberdade, sua vida; pela conservação da ordem no interior, sua obediência ao imperativo legal, mas, por seu lado, o Estado tem, em relação ao indivíduo, deveres. Deve respeitar nele seu princípio e seu fim” (7).

De sorte que, ainda que se tivesse por necessária e até mesmo imprescindível colocar ao dispor da autoridade estatal um procedimento para intentar a sustação de medida liminar concedida e da própria executoriedade da sentença com julgamento de mérito, lícito seria reconhecer também houvesse, não por mera questão de simetria lógica, mas por equidade do tratamento às partes, um procedimento em que fossem contrabalançadas as razões de Estado e as razões de liberdade, pois o mandado de segurança foi instituído para conter o abuso de autoridade pública que tem expressão alarmante no Brasil.

(7) LAPRADELLE, A., *Cours de Droit Constitutionnel*, Paris, A. Pédone éditeur, 1912, p. 495.

Mas sempre prevalece o interesse solitário da autoridade, mesmo nos instantes em que está *sub judice*, por argüição de abuso do poder.

É, portanto, bastante nítida, a propensão pela autoridade, revelando preconceito autoritarista e despreço a situações emergenciais nos infortúnios da liberdade.

Por que na situação focalizada não se contrabalançou o interesse da autoridade com a garantia da liberdade, deixando esta sem qualquer procedimento acessível, sem qualquer modalidade de recurso, sem equivalente controle hierárquico?

Afinal, não se devia subestimar a ocorrência de necessidade premente do impetrante de ter a sua postulação liminar reexaminada, dando margem a que o órgão de segundo grau pudesse aquilatar da existência de pressupostos de admissibilidade, com ensejo também de considerar haja "relevante fundamento e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja deferida" conforme a letra do art. 7.º, II da Lei n.º 1.533, de 31 de dezembro de 1951.

Não deveria ser subtraído o poder de reapreciação de algum órgão judiciário superior que merece estar habilitado processualmente a evitar, com presteza que por erro ou defeito de apreciação fiquem definitivamente frustradas as situações expostas pela parte credora de amparo premonitório.

Não é plausível conduzir-se à abdicação desse poder revisor imediato, pois isso equivale a negar à instância superior o poder de impedir ou resguardar, em tempo hábil, o direito atingido por afrontoso abuso de poder.

Dir-se-á que a matéria é colocada ao nível discricionário do órgão judiciário — Juiz ou Relator — e por isso não estaria exposta à superposição de controle jurisdicional.

Escreve J. PINTO ANTUNES:

"O poder discricionário, o poder de polícia, denominada função política, são, sem dúvida, resíduos da famosa razão de Estado, que conseguem, ainda, eximir-se da disciplina imediata da lei. Mas dia a dia a técnica legislativa vai reduzindo o arbítrio individual e sujeitando ao princípio da legalidade as invocadas liberdades dos poderes públicos" (8).

Todavia, nessa linha de estudo é impróprio cogitar-se de interdição de controle judicial, desde que há de ser aplicado na própria esfera do Poder Judiciário, inerente ao poder hierárquico. Ao contrário, cada poder no seu específico campo funcional deve manter controle hierárquico sobre os atos discricionários de autoridades inferiores, para escoimar erros e evitar situações abusivas e irreparáveis.

(8) ANTUNES, J. Pinto, *Da Limitação dos Poderes*. São Paulo, 1950, p. 31.

Nunca será correto supor a infalibilidade nos desempenhos dos homens revestidos de autoridade pública, sempre devendo ser aplicadas técnicas de freios e contrapesos, de uns poderes sobre outros, ou internamente nas próprias instâncias de cada poder como atividade que é inseparável da superioridade hierárquica. Nem se afigura razoável excluir irremediavelmente o deslocamento tempestivo da promoção liminar, para prevenir situação jurídica, evitando se torne irreparável a lesão argüida.

Afinal, a marca da decisão liminar é essencialmente jurídica, desde que constam requisitos de admissibilidade.

Neste ponto, merece considerada a lição de KARL ENGISCH de que "o domínio da livre discricção é pequeno e principalmente limitado à atividade administrativa. A chamada discricionariedade judicial em grande parte não é livre. Trata-se, antes, na maioria dos casos, de conceitos normativos que exigem na verdade uma valoração, a qual, todavia, não é uma valoração pessoal, mas uma valoração objetivamente válida, com um só sentido" (9).

Logo, essa valoração jurídica não pode ser exclusiva de um único julgador, tendo de ser conferida em outros graus de jurisdição pela possibilidade de erros que demandem reparação, não somente quando há concessão descabida, como se deixa de conceder o que merecia atendimento de acordo com as pautas objetivas em lei. Em ambas as situações não se justifica possa a autoridade de menor porte examinar os pressupostos de fato e de direito sobre o cabimento da medida liminar, e não os possa rever, em idôneo tempo, a autoridade judiciária de maior altitude, que se pode defrontar com situação de irreparabilidade.

É preciso recolocar a proteção à liberdade em condição de enfrentar prontamente os abusos de autoridades, por ação ou omissão, dentre as quais se devem incluir os próprios juízes.

Por que a atividade jurisprudencial construtiva não previu ainda controle sobre a irreparabilidade em caso de denegação de liminar, ou quando esta é suspensa pelo próprio juiz, sem causa imputável ao impetrante?

Ora, se na concepção de poderes domina o princípio de ser necessário subsistam controles de uns órgãos sobre outros, é incorreto deixar de prever uma técnica aplicável à situação exposta. E o que menos se pede e o que é mais próprio na circunstância é que esses controles sejam disparados pelo próprio Poder Judiciário, mediante provocação dos interessados.

Por isso questionava Francisco Sá Filho:

"E quem guardará a Constituição contra as usurpações do próprio Judiciário — *Quis custodiet ipse custodes?*" (10).

(9) ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. Trad. de J. Baptista Machado, Lisboa, 3ª ed., Fundação Calouste Gulbenkian, p. 184.

(10) SÁ FILHO, Francisco. *Relações entre os Poderes do Estado*, Rio de Janeiro, Editor Borsoi, 1959, p. 292.

Sem dúvida, há de ser o próprio Judiciário, através de sua estrutura organizacional escalonada, tanto quanto acontece nos escalões do Executivo e, de forma horizontal, no Legislativo, pela dualidade de órgãos de equivalente nível, que deve aplicar o reexame da matéria susceptível de controle.

RUI BARBOSA aponta a rota a ser cumprida no âmbito mesmo do processo jurisdicional, argumentando que cada lesão de direito sempre deve ter compatível procedimento judicial para expungir a ofensa.

Diz o notável paladino da liberdade no Brasil "que o princípio de direito comum, muitas vezes secular entre os anglo-saxônicos e transmitido pela jurisprudência inglesa à americana, não permite haja agravo ao direito particular, sem a correlativa reparação legal: *where there is a wrong, there is a remedy*" (11).

A vingar esse entendimento em terras brasileiras, originário das nações anglo-saxônicas, terá que ser desenvolvida uma terapia eficaz, não importa o *nomen juris* que lhe apliquem, conquanto fique instaurado um sistema de proteção.

O direito da parte não pode ser sumária e irreparavelmente imolado em razão de escassa acuidade ou de evidente erro do magistrado que conheceu originariamente do mandado de segurança. Merece aproveitada a orientação britânica que, embora não possua Constituição codificada, tudo sempre tem feito para elastecer a proteção à liberdade, sem a deixar menosprezar.

Diz A. SAINT GIRONS que "toda a Constituição inglesa conduz ao triunfo da liberdade legítima do cidadão, isto é, da justiça. Todos os poderes são organizados com esse objetivo e a autoridade judiciária, guardiã da liberdade e da propriedade dos cidadãos ingleses, encontra sua independência e seu prestígio na Constituição em sua expressão total" (12).

Compulsando-se A. V. DICEY, tem-se ensejo de acompanhar o estudo comparativo de proteção à liberdade entre os franceses e os ingleses, como segue:

"Um observador poderia duvidar que um bom número de suas liberdades ou de seus objetivos estejam, mesmo hoje, tão bem protegidos na República francesa quanto na Monarquia inglesa. Ao contrário, percebe-se, através da Constituição inglesa, essa inseparável relação entre os meios de garantir um direito e o próprio direito que é intrínseco da legislação judiciária.

Partindo desse ponto de vista, o axioma *ubi jus ibi remedium* torna-se alguma coisa de muito mais importante do que uma simples proposição tautológica. No que toca ao direito constitucional,

(11) BARBOSA, Rui. *Os Atos Inconstitucionais do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal*. Rio de Janeiro, Companhia Impressora, 1983, p. 140.

(12) GIRONS, A. Saint. *Manuel de Droit Constitutionnel*. Paris, L. Larese et Forcel, 1885, pp. 526/7.

este axioma significa que os ingleses — cujos esforços edificaram gradualmente complicado conjunto das leis e instituições que chamamos Constituição — dedicaram-se com muito mais empenho em buscar remédios para garantir os direitos individuais, ou (o que é a mesma coisa, apenas considerada sob outro ponto de vista) em prevenir males definidos, do que em redigir uma declaração dos direitos do homem ou dos direitos dos ingleses.

Os atos de *habeas corpus* não declaram nenhum princípio, não definem nenhum direito, mas, na prática, valem uma centena de artigos constitucionais garantindo a liberdade individual” (13).

5 — *Compromissos judiciários na contenção dos despotismos e incremento das liberdades*

Necessário no Brasil tenha o Judiciário apostolar devotadamente ao verdadeiro aprimoramento democrático, pela parte que lhe tocar perante a sociedade, alargando os seus horizontes interpretativos em prol da liberdade, não os estreitando com o aumento do quinhão autoritarista, nem se acomodando às exigências ou idiosincrasias dos governantes; não se arvorando em penitente defensor do erário, nem palmilhando roteiros de automações técnico-burocratizantes; não se enfileirando mecanicamente a precedentes anacrônicos. Deve demonstrar sensibilidade em cada caso, compreendendo que por trás de cada litígio existem pacientes, tanto quanto o faz o médico em seu ofício, reconhecendo que, além da doença, deve haver *tratamento personalizado* de cada doente. Somente assim procedendo, estará apto a compartilhar das aflições alheias e reforçar a confiança coletiva em seus homens públicos.

A Constituição de 1934 introduziu o mandado de segurança. Mas, logo ao nascedouro, *segundo narrativa* de CASTRO NUNES, foi recebido “com derrotismo”, e dizia que “exagerou-se o risco, mais imaginário do que real, de o transformar em panacéia para todos os males, tabu que, lançado certa vez, passou a ser repetido para justificar a sua denegação ou não conhecimento, ficando assim sem um remédio preventivo e heróico muitas situações jurídicas que o comportariam, porque restrita a indagação a uma *quaestio juris* perfeitamente solucionável sem menor esforço de prova” (14).

Ao invés de haver atitude de balizamento ao expansionismo autoritário, demonstrou-se uma preocupação em refrear a proteção a direitos, parecendo mais que se temiam arrebatamentos anárquicos, incabíveis quando

(13) DICEY, A. V., *Introduction à l'Étude du Droit Constitutionnel*. Trad. de André Batut et Gaston Jéze. Paris, V. Giards E. Brière, 1902, pp. 177/8.

(14) NUNES, Castro. *Do Mandado de Segurança e Outros Meios de Defesa contra o Poder Público*. Rio de Janeiro, Edição Revista Forense, 5ª ed., 1956, p. 31.

se trata de indivíduos que não estão fazendo justiça pelas próprias mãos, mas procurando eliminar atos despóticos com a intercessão judiciária, e não por instigações revolucionárias.

Contudo, a Constituição de 1934 já demonstrava sólida compreensão do alcance que atribuía ao mandado de segurança, não somente por reconhecer a sua vinculação genética ao *habeas corpus*, mas no haver tomado este como referencial para demarcar o campo de incidência, retalhando entre os dois institutos contemplados, ambos com recurso ordinário para o Supremo Tribunal Federal, em caso de sentença denegatória da impetração.

Alojando-os na competência recursal ordinária do Supremo Tribunal Federal, estava traçando pela via constitucional a amplitude dos efeitos e prescindindo de admissibilidade na instância originária, bastando concretizado o estado de sucumbência, para completo exame dos aspectos fáticos e jurídicos questionados.

Essa recorribilidade ordinária somente aproveita ao impetrante desfavorecido pela denegação. À autoridade impetrada restaria procurar abrigo em recurso extraordinário, observados os pressupostos de sua admissibilidade, restringindo-se o exame apenas às questões jurídicas, não a aspectos de fato.

A Carta de 1937 omitiu qualquer alusão ao mandado de segurança, suprimindo-o das garantias individuais e, por conseqüência, da recorribilidade ordinária, pois o instituto perdera qualificação constitucional.

Com a redemocratização, através da Constituição de 18 de setembro de 1946, reaparece o mandado de segurança no capítulo dos direitos e garantias individuais e reinstaura-se a recorribilidade ao Supremo Tribunal Federal do *habeas corpus* e do mandado de segurança.

A Constituição de 24 de janeiro de 1967 respeitou a posição do mandado de segurança ao lado do *habeas corpus*, entre os direitos e garantias individuais, e reafirmou a recorribilidade ordinária, sempre em apoio a situações sucumbentes de decisões denegatórias.

A Carta de 1969 deixou persistir o mandado de segurança, deslocando o recurso ordinário do Supremo Tribunal Federal para o Tribunal Federal de Recursos.

Acompanhando-se a evolução constitucional do mandado de segurança em solo brasileiro, verificar-se-á que em todos os períodos democráticos sempre o amparo se voltava em favor dos impetrantes, como pacientes de abusos de poder, contando ainda com o recurso ordinário ao Supremo Tribunal Federal, para não deixar exaurida, sem último apelo, as decisões denegatórias.

Esse paralelismo nos critérios recursórios mereceu de PONTES DE MIRANDA expressivo comentário:

“A Constituição de 1967, como a de 1946, sintetizou a competência em relação ao mandado de segurança de modo que se operou, a respeito desse remédio, a evolução decorrente da constitucionalização do remédio e do princípio da federalidade da constitucionalização dos recursos jurídicos processuais. Se a última instância denegou, isto é, entregou prestação jurisdicional negativa (julgou sem atender ao pedido) cabe o recurso para o Supremo Tribunal Federal.

Isso significa que a União só reputa exaurida a competência recursal se a decisão foi positiva; quer dizer: se a ‘única’ ou ‘última’ instância que examinou sem ser o Supremo Tribunal Federal, concedeu a ordem de *habeas corpus* ou o mandado de segurança (duas ações mandamentais). É a única ou última instância, portanto, para conceder, não para denegar. Todavia, não cabe o recurso ordinário em mandado de segurança se nenhuma regra jurídica federal é invocada” (15).

Contemplando-se o quadro geral, apura-se que somente as duas Cartas outorgadas em períodos republicanos, de 1937 e de 1969, condensaram subtrações na trajetória do mandado de segurança, refletindo o espírito autoritário que as norteava.

A Constituição de 1988 condensa em seu art. 5.º proteções contra abusos de poder, interligando o *habeas corpus*, o mandado de segurança e mais agora o *habeas data*, nos incisos LXIX e LXX. E retoma a posição clássica na proteção jurisdicional com relação a essas garantias provendo-as de recursos ordinários para o Superior Tribunal de Justiça, a ser implantado.

Por conseguinte, maculando a evolução do *habeas corpus* e do mandado de segurança, apenas as duas Cartas outorgadas de 1937 e 1969, como dito, deixaram de traduzir a marcante preocupação com os que estão expostos a abusos de poder de autoridade, para cuidar que estas não fossem insistentemente molestadas, através de recursos ordinários, aplicáveis somente às decisões denegatórias.

6 — As características liberais ou autoritárias em conformidade com os recursos previstos

Após a recepção do mandado de segurança pela Constituição de 1934, coube à Lei n.º 191, de 16 de janeiro de 1936, regular o seu processo, dispondo sobre o cabimento de recurso, a ser intentado no prazo de cinco dias, “da decisão que indeferir *in limine* o pedido ou que ao final conceder

(15) MIRANDA, Pontes. *Comentários à Constituição de 1967*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1967, pp. 72/3.

ou denegar o mandado”, consoante disposto no art. 11. Acrescentava que o recurso não tinha efeito suspensivo, “subindo, porém, nos próprios autos originários”. O legislador não demonstrou preocupação sobre a tipicidade do recurso, mas por não acarretar a imediata devolução à superior instância, abrindo ensejo à relevação pelo juízo *a quo*, agrupava-o tecnicamente na categoria do agravo de petição.

Esclareça-se que o § 2.º, do invocado art. 11, conduzia ao recurso ordinário para o Supremo Tribunal Federal, nas hipóteses do art. 76, II, *a e b*, da Constituição de 1934, e a recurso extraordinário nas hipóteses do art. 76, III.

O Código de Processo Civil, de 18 de setembro de 1939, silenciou, por completo, sobre a modalidade de recurso pertinente, tendo o saudoso THEMÍSTOCLES CAVALCANTI a opinião de que a omissão enunciativa fazia-o interpretar sobre a figura da apelação a ser aplicada.

A Lei n.º 1.533, de 31 de dezembro de 1951, já sob a égide da Constituição de 1946, filiou-se expressamente ao agravo de petição, como recurso aplicável, na regra transcrita:

“Art. 12. Da decisão do Juiz, negando ou concedendo o mandado, caberá o recurso de agravo de petição, assegurando-se às partes o direito de sustentação oral perante o Tribunal *ad quem*.
Parágrafo único. Da decisão que conceder o mandado de segurança, recorrerá o juiz *ex officio*, sem que esse recurso tenha efeito suspensivo.”

Verifica-se, pois, o acréscimo havido quanto à adoção do recurso de ofício das decisões concessivas do mandado de segurança, constando, porém, que nessa hipótese não haverá suspensividade de efeitos.

É o caso de indagar: em que hipótese haverá suspensividade, se esta não está sendo admitida na hipótese de concessão, mesmo tendo a seu favor o recurso de ofício?

Demonstrada fica a infiltração do pendor liberal no novo diploma, cuidando em deixar expressamente estabelecida a obrigatoriedade do duplo grau de jurisdição, em casos de acolhimento do mandado de segurança, tornando-se desproveitoso à autoridade, nem por isso obteve suspensividade de efeitos, ficando apenas a contar com o efeito devolutivo.

Ficara claro que em caso de denegação, persistia o estado de litispendência até o esgotamento completo do exame de mérito.

A Lei n.º 4.348, de 26 de junho de 1964, comprimiu a executoriedade das decisões concessivas de mandado de segurança, quando versavam sobre outorga ou adição de vencimentos, ou ainda reclassificação de funcionários, atribuindo efeitos suspensivos aos recursos voluntários ou *ex officio*.

Não era apenas a redução na efetividade do ato jurisdicional, produzido em primeiro grau, como um retardamento em desfavor do paciente ao se defrontar com abusos de poder, restando, assim, favorecido o aparelhamento estatal, em detrimento, ainda que temporário, do postulante à garantia individual.

Nova época, regime político diferente, nova concepção de poder, maior inclinação pela autoridade, menos desvelo pela liberdade.

O novo Código de Processo Civil, consubstanciado na Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973, não absorveu o mandado de segurança.

Com a Lei n.º 6.014, de 27 de dezembro de 1973, no mesmo ano de vigência do Código de Processo Civil, cumpriu-se a primeira etapa de ajustamento de vários diplomas esparsos ao sistema processual vigente, sendo de logo atingidos os arts. 12 e 13 da Lei n.º 1.533, de 31 de dezembro de 1951, sendo que o art. 12 mencionado passou a ter a seguinte redação:

“Art. 12. Da sentença negando ou concedendo mandado cabe apelação.

Parágrafo único. A sentença ficará sujeita ao duplo grau de jurisdição, podendo, entretanto, ser executada provisoriamente.”

Pouco depois, a Lei n.º 6.071, de 3 de julho de 1974, dilatou adaptação ao Código de Processo Civil, atingindo a mais dois dispositivos, comportando agora mencionado o parágrafo único do art. 12 logo acima transcrito, novamente alterado para a redação seguinte:

“A sentença que conceder o mandado fica sujeita ao duplo grau de jurisdição, podendo, entretanto, ser executada provisoriamente.”

Pela fórmula precedentemente adotada, todas as sentenças em mandado de segurança, concessivas ou denegatórias, ficam obrigatoriamente sujeitas ao duplo grau de jurisdição. Quer dizer, a obrigatoriedade da afetação recursória ao juízo *ad quem* projetava-se, por igual, sobre as decisões que acolhiam ou desacolhiam o mandado de segurança.

A redução superveniente ao parágrafo único do art. 12 da Lei n.º 1.533, de 31 de dezembro de 1951, manteve a obrigatoriedade ao recurso unicamente na hipótese da sentença concessiva do mandado de segurança, desaparecendo a obrigatoriedade nos casos de denegação, que passariam a depender de apelação voluntária.

Mas esse processo adaptativo ao sistema processual civil, cumprido pelas duas citadas leis, extirpou o agravo de petição inserido no *caput* do art. 12, com ajustamento não apenas à nomenclatura do Código mas aos princípios de uniformização dos conteúdos, dos significados e dos efeitos correspondentes.

Por isso, a provisoriedade de execução concessiva, em virtude da regra da suspensividade de efeitos inerentes à acolhida do recurso de apelação.

A integração ao sistema de recursos consagrados no Código de Processo Civil tinha por incontornável consequência o enquadramento às regras pertinentes à apelação, contidas no art. 520, *verbis*:

“Art. 520. A apelação será recebida em seu efeito devolutivo e suspensivo. Será, no entanto, só no efeito devolutivo quando interposta de sentença que:

- I —
-
- V —

Nenhum dos cinco itens contempla o mandado de segurança, nem há qualquer lei superveniente aos dois citados diplomas que atribuam o recurso de apelação ao mandado de segurança, retirando-o do alcance da duplicidade de efeitos contemplados pelo art. 520 do Código de Processo Civil.

O que restou foi o disciplinamento por dois diplomas legais consecutivos, levando à integração do mandado de segurança ao Código de Processo Civil, tornando-o suscetível de apelação sem qualquer regra superveniente que o dispense da duplicidade de efeitos.

Houve supressão do recurso obrigatório às decisões denegatórias. Derrogou-se, assim, a regra da obrigatoriedade advinda com a redação originária da Lei n.º 6.014/73, mas conservou-se na íntegra, sem restrição que sempre deveria providir a duplicidade de efeitos nos recursos voluntários de sentença denegatória de mandado de segurança.

Havendo sucumbência em detrimento do impetrante, terá este, tanto quanto o impetrado, vale dizer, terão todas as apelações concernentes ao mandado de segurança recebimento obrigatório nos efeitos devolutivo e suspensivo.

Não é matéria sujeita à discricção judicial, pois as exceções concernentes ao recebimento em efeitos apenas devolutivos estão exaustivamente especificados pelo legislador.

O alargamento das exceções deve encontrar suprimento em lei, não podendo resultar de elastério judicial, escapando, assim, ao libito construtivo dos órgãos judicantes que se não podem eximir das casuísticas demarcações legais.

Adverte razoavelmente KARL ENGISCH que “o juiz, no estado legalista, não pondera os interesses segundo a sua fantasia, mas vinculado a soluções dadas ao conflito pelo legislador. Vale o princípio da fidelidade à lei” (16).

(16) ENGISCH, Karl. *Op. cit.*, p. 311.

Estando a matéria cerrada, não comportando desvio interpretativo, terá que haver cumprimento ao disposto no art. 520 do Código de Processo Civil, o que se não há de fazer por mero apego literal, por fetichismo à lei, mas porque esse resultado decorre de continuada decantação evolutiva, sempre que ocorre reconquista de trilha liberal, com exorcizações de impurezas autoritaristas, voltando o mandado de segurança a ser alvo de interpretação mais generosa pela liberdade e mais rigorosa contra autoridades que cometem abuso de poder.

A permuta do agravo pela apelação não teve resultados apenas semânticos, a refletir mudança de nomenclatura.

Eliminou o juízo de relevação, devolvendo à instância superior o conhecimento da matéria decidida, trancando, a partir de então, inovações no juízo de origem.

Deu-se, primeiramente, o caráter de obrigatoriedade aos recursos, mas corrigiu-se, depois, para que o sentido obrigatório fosse restringido às decisões concessivas para imprimir controle recursal em feitiço compulsório. Porém, abriu margem que vitorioso o impetrante pudesse ser admitido a realizar execução provisória. Ainda deixou ao dispor da parte, nessa extensão liberalizante, o recurso de apelação, desde que se haja tornado sucumbente, ficando em razão dessa modalidade de recurso sujeito ao amparo da suspensividade, prorrogando-se o estado de litispendência, admitindo pudesse advir reforma da decisão, sem risco de tornar-se inócua.

Pelo sentido histórico na reconstituição procedida ao decurso do presente estudo, é imperioso tocar, ainda que tangencialmente, na Exposição de Motivos da lavra do ínclito mestre ALFREDO BUZAID, no tópico seguinte:

“Era indispensável apontar essa ausência de unidade, especialmente porque várias leis extravagantes serão atendidas pela reforma do Código, devendo-se submeter-se às normas que regem o novo sistema de recursos. Não se justificava que, tratando-se de ações, gozassem de um tratamento especial, com recursos próprios, diferentes daqueles aplicados às ações em geral. Na tarefa de uniformizar a teoria geral dos recursos, foi preciso não só reduzi-los, atendendo a razões práticas, mas até suprimir alguns, cuja manutenção não mais se explica à luz da ciência. O projeto aboliu os agravos de petição e no auto do processo” (17).

Verifica-se que a liberdade foi gradualmente recuperando o espaço que perdera como elemento predominante na destinação do mandado de segurança, porque este se constitui uma garantia de caráter constitucional, com a finalidade de amparar direitos públicos subjetivos que saíam das raias do *habeas corpus*.

(17) Exposição de Motivos do Código de Processo Civil, Capítulo V, item 28.

E não se descurou que nessa polarização à liberdade opunha-se-lhe manifestação abusiva de autoridade, que se procura conter, fazendo-a retornar aos padrões jurídicos de responsabilidade.

Agora não é mais fase em que a autoridade continue a encontrar prevalência no âmbito do mandado de segurança, pois renasceu o cuidado maior com a liberdade. As novas leis traduzem diferenciações identificadas ao espírito do regime que passou a vicejar. E as leis anteriores, inspiradas em outras perspectivas desfavoráveis à liberdade, devem receber um surto interpretativo renovador, coadunando-se ao espírito do regime que se procura consolidar, não apenas em termos institucionais, mas na mentalidade dos governados e dos governantes distribuídos pelos diferentes poderes.

A matéria foi esmeradamente analisada por ALÍPIO DA SILVEIRA quando ressalta:

“Em geral, a interpretação das leis está subordinada ao espírito do regime em que surgiu a lei.

Porém, é importante notar, a interpretação das leis pode ir contra o espírito que informou a organização de um determinado regime político, contemporâneo ao surgir da lei interpretada, e obedecer, ao contrário, a outro espírito ou tendência, mais de acordo com as necessidades ou sentimentos do momento em que se faz a interpretação” (18).

Ao intérprete caberá expandir a mensagem renovadora na atividade hermenêutica que seja chamado a cumprir, com a sensibilidade histórica dos acontecimentos refletidos na sociedade do tempo presente. O que se não há de admitir é um bloqueio na linhagem exegética, ficando sempre a transpirar versões retrospectivas que não mais se acomodam aos quadros jurídicos que devem passar a verter novo espírito.

Se houve inovação no campo legislativo, cabível não é que o intérprete embargue o progresso, impondo que as regras do passado e resíduos jurisprudenciais continuem a balizar o presente que deve encontrar novas configurações jurídicas.

Bastante ponderada a palavra de JOSÉ MARIA RODRIGUEZ PANIAGUA:

“A função da lei e a do juiz não hão de ser discordantes, mas harmônicas e complementares. O que o legislador não pode prever nem legislar, pode e deve ter em conta o juiz à vista do caso concreto. Porém, a atividade do juiz sobretudo como a entendemos em nossos países continentais, não pode permanecer desligada das

(18) SILVEIRA, Alípio da. *O Fator Político-Social na Interpretação das Leis*, São Paulo, 1946, p. 307.

pautas que lhe são marcadas pela lei. Que esta é insuficiente é algo que entendemos, hoje não se pode duvidar, contudo, isso não autoriza a excluí-la dos limites a que alcança" (19).

Nesse caso, como é para o bem da liberdade que as leis foram mais recentemente mudadas, cumprindo a missão de integração no sistema processual civil, acarretou que o recurso de apelação fosse prevalecer em seu duplo efeito, principalmente por ser mais benéfica, não por ser recusada e descumprida, não cabendo, de modo algum, armações de resistência, mas pacífica consagração judicial, pois a sociedade no seu todo revela maior afeição aos desígnios liberais e não aos resguardos demasiados, a privilégios de autoridades, quando estão sendo acoimadas de práticas de atos abusivos.

É necessário ter sempre presente a reação dialética inerente aos regimes políticos, compreendendo que quanto mais cresce a autoridade mais fica reduzida a liberdade, e vice-versa, quanto mais se dilata a liberdade mais se encerra a autoridade em suas apropriadas competências.

A coexistência harmônica nesse processo dialético que se trava entre a liberdade e a autoridade, somente será concretizável às expensas da responsabilidade que é a contribuição inerente ao Estado de Direito, tanto aplicável com o mesmo respeito às condutas individuais e aos desempenhos públicos.

A atividade gravitacional, exercida pelo Código de Processo Civil sobre as leis referentes ao mandado de segurança, conduziu ao abandono do agravo de petição, passando a apelação a se constituir o recurso idôneo para enfrentar as sentenças concessivas ou denegatórias, granjeando, sempre e sempre os efeitos devolutivos e suspensivos, por força da peremptória estipulação contida no *caput* do artigo 520 do invocado Código de Processo Civil.

Deve o intérprete seguir atitude recomendada por KARL ENGISCH, "pondo de parte idéias preconcebidas, ele tem de considerar-se como servidor das concepções sociais, éticas e culturais, e não pode pretender ser reacionário nem revolucionário" (20).

Assim, se a parte vitoriosa submete-se à execução provisória, em decorrência da possibilidade de modificar-se o julgamento por força da apelação interposta, da mesma maneira, cumprindo-se a regra de isonomia entre as partes, terá, também, o impetrante sucumbente de amparar-se na suspensividade de efeitos, para que possa também divisar posterior executibilidade de superveniente decisão que o possa favorecer. Em ambas as situações, a suspensão de efeitos impregnada na apelação, resguarda, equitativamente, a autoridade pública e a pessoa que esteja a pugnar pela tutela do seu direito malferido.

(19) PANIAGUA, José Maria Rodríguez. *Ley y Derecho — Interpretación y Integración de la Ley*. Madrid, Editorial Tecnos, p. 104.

(20) ENGISCH, Karl. *Op. cit.*, p. 324.

Ressalte-se que o caráter suspensivo aplicável à apelação não advém de ocasional interpretação, tendo sólidas raízes doutrinárias.

Nesse sentido, deve ser trazido à colação o insuplantável magistério de JOÃO MONTEIRO:

“O mais acertado é, portanto, dizer *ad instar* do que fizemos com os agravos, que só nos casos expressos em lei é que a apelação deve ser recebida somente no efeito devolutivo.

Assim, a falta do efeito suspensivo fica sendo a exceção, consoante os princípios gerais do processo. Pois qualquer recurso não é um remédio que tende a suspender os efeitos da matéria enquanto a causa não se completa na instância superior?

Era assim que se entendia no direito romano, em cujo sistema, o efeito suspensivo provinha do próprio fato da interposição da apelação. Daí a regra do fr. 1. parágrafo 1. *Nihil innovari appellatione interposta.* (XLIX, 7):

Recebida a apelação, nada se deve praticar até que a apelação seja decidida. *Recepta autem appellatione tandiū nihil erit innovandum quandiū de appellatione fuerit pronunciatum.*”

E complementa adiante, de modo enfático:

“Fique, pois, inabalável aquela tese: A apelação é sempre suspensiva, salvo nos casos em que a lei lhe dê o efeito devolutivo somente — Pereira e Souza, parágrafo CCCXIII” (21).

A aplicação do efeito suspensivo à apelação traz a nota clássica de consagração, a que se veio conjugar a legislação vigente que se tornou aplicável ao mandado de segurança, integrando-o ao sistema do Código de Processo Civil brasileiro, sem haver qualquer regra específica que o exima da incidência da norma geral do artigo 520, sobre a aplicação dos efeitos devolutivo e suspensivo.

7 — *Sustação de liminar e da execução de sentença concessiva em mandado de segurança*

A Lei n.º 191, de 16 de janeiro de 1936, que regulamentou o mandado de segurança, incluído na ordem jurídica brasileira pela Constituição de 1934, consagrou em seu artigo 13, regra com o seguinte teor:

“Nos casos do artigo 8.º, parágrafo 9.º e artigo 10, poderá o Presidente da Corte Suprema, quando se tratar da Justiça Federal, ou da Corte de Apelação, quando se tratar de decisão da Justiça local, a requerimento da pessoa interessada, para evitar lesão

(21) MONTEIRO, João. *Teoria do Processo Civil e Comercial*, Rio de Janeiro, Oficina Gráfica do Jornal do Brasil, 4ª ed., 1925, pp. 574/5.

grave à ordem, à saúde ou à segurança pública, manter a execução do ato impugnado até julgamento do feito, em primeira ou segunda instância.”

Basicamente, o que se está a cogitar é da suspensão de efeitos da medida liminar ou da sentença concessiva, ficando a execução para ser feita após o definitivo trânsito em julgado.

Por esse preceito inscreve-se o controle hierárquico sob a suspensão liminar e susta-se a execução do mérito, enquanto não for a espécie deslindada em grau superior.

A parte pública tem, assim, vigoroso ponto de apoio de ordem administrativa, refletindo-se na temporária privação dos efeitos da sentença ou da providência premonitória atribuída aos impetrantes.

A parte integrante fica exposta à privação das decisões que a beneficiam, valendo-se nessa interpretação a autoridade impetrada de despacho *convencional emanado do respectivo Presidente do Tribunal*.

Necessário fosse estabelecida situação de equilíbrio para não deixar ao desamparo os impetrantes, exatamente com as garantias contempladas na Constituição, dando-se-lhes amparo com a liminar e com a sentença de mérito.

Vê-se que a autoridade pública não se acostou a recurso judicial do qual emergisse eficácia suspensiva. A sua pretensão ficou no âmbito da hierarquia administrativa, internamente no aparelho judiciário. É pura e simples suspensão, como exercício de controle administrativo, diante de pressupostos de ordem pública aflorados, e exatamente isso. Não é consequência adesiva a recurso interposto.

Não se trata, pois, comporta esclarecido, de acolhimento a recurso exercitado pela pessoa jurídica de direito público, mas de um requerimento provocando controle hierárquico, sem condicionamento à regra do contraditório.

É uma solicitação oficial, um pedido que se não submete aos padrões *formais inerentes ao contencioso judicial*, mas como *exercício do direito* de petição ou de representação, emanado de pessoa jurídica de direito público interno, nem exigindo a qualidade de representante *ad judicium*.

Pode formulá-lo a própria autoridade em direção imediata ao Presidente do Tribunal, a quem cabe, de modo exclusivo, acolher ou desacolher o pedido, desencadeando o controle hierárquico no âmbito interno do Judiciário, suspendendo o ato decisório, liminar ou de sentença concessiva.

Não cogitou a lei, deve ser esclarecido, de imprimir característica recursal, não consorciando à prévia audiência da parte adversa, para que seja expedido o despacho suspensivo.

Suprime-se, temporariamente, a eficácia do ato judicante até que a matéria se devolva ao Tribunal correspondente e receba julgamento do recurso interposto.

Aí, sim, o processo reencontra-se a seus padrões tipicamente jurisdicionais, obedecendo às regras de tramitação até o seu desfecho.

O Código de Processo Civil de 1939, incorporou a matéria no artigo 328, que assim veio concebido:

“A requerimento do representante da pessoa jurídica de direito público interessada e para evitar lesão grave à ordem, à saúde ou à segurança pública, poderá o Presidente do Supremo Tribunal Federal ou do Tribunal de Apelação, conforme a competência, autorizar a execução do ato impugnado”.

Há diminuta modificação, apenas de cunho redacional, tendo repercussão sobre a legislação anterior quando cabia ao Presidente “manter a execução do ato impugnado até o julgamento do feito, em primeira ou segunda instância”. Pela redação do Código, anunciava-se a competência do Presidente para “autorizar a execução do ato impugnado”.

No mais, tudo era a mesma coisa, sem qualquer condicionamento procedimental, tudo ficando na oficialização do pedido diretamente ao Presidente do Tribunal respectivo.

Com a Lei n.º 1.533, de 31 de dezembro de 1951, desponha o artigo 13, ao modo seguinte:

“Quando o mandado for concedido e o Presidente do Supremo Tribunal Federal, do Tribunal Federal de Recursos ou do Tribunal de Justiça ordenar ao Juiz a suspensão da execução da sentença, desse seu ato caberá agravo de petição para o Tribunal a que presida.”

Nesse diploma não houve alteração da natureza da atividade suspensiva pelo Presidente do Tribunal, reconhecida por sua característica política, em resguardo às denominadas razões de Estado.

Suprimiu-se a referência a requerimento da pessoa jurídica de direito público, embora tenha ficado implícita, pois a suspensividade não se há de fazer de ofício, por espontânea avaliação de seu cabimento pelo Presidente do Tribunal.

É certo que a decisão concessiva do mandado de segurança estava exposta ao recurso obrigatório deslocando-se a matéria de qualquer modo à superior instância. Todavia, no interregno da remessa ao recebimento

da espécie em grau mais elevado, aflorava o interesse da pessoa jurídica de obstar a execução, o que não seria alcançado incontinenti com o recurso de ofício, que não incorporava o caráter suspensivo.

Era de mister, portanto, houvesse uma iniciativa ou provocação oficial da entidade pública ao Presidente do competente Tribunal, para que pudesse advir o ato de sustação da execução da sentença concessiva.

Observa-se, no entanto, que o despacho suspensivo emanado do Presidente do Tribunal passou a ser suscetível de agravo de petição, instaurando-se por essa forma uma modalidade de controle caracteristicamente jurisdicional, contra o ato administrativo encampando razões de Estado.

A Lei n.º 2.770, de 4 de maio de 1959, vedou a outorga da medida liminar em qualquer categoria de procedimento judicial, visando à liberação de bens ou mercadorias, ou coisas de procedência estrangeira, condicionando a execução de sentença liberatória ao oferecimento de garantias para ressarcimento do valor, em caso de ser tornado, a qualquer tempo, insubsistente o julgado. Não se mencionava textualmente o mandado de segurança, mas, pelos perfis estabelecidos, a norma proibitiva estava a abrangê-lo.

Abriam-se, como visto, restrições a instantaneidade da proteção judicial, peculiar ao mandado de segurança, quanto ao *habeas corpus*, ainda bem que sem repercussão na liberdade individual, atingindo apenas os aspectos patrimoniais, para bloquear distorções que começaram a emergir em seqüência perturbadora.

A Lei n.º 4.348, de 26 de junho de 1964, ampliou os cuidados com o poder público, sem conservar proporcional desvelo pela liberdade, levando-se em conta tratar-se de uma garantia constitucional-processual erguida ao direto proveito do mais qualificado valor da sociedade democrática.

Houve uma escalada de restrições, a começar pela que consta do art. 1.º, *b*, prevendo a caducidade da liminar ao transcurso do lapso de 90 (noventa) dias, a partir da data da respectiva concessão, abrindo ensejo à dilatação por mais 30 (trinta) dias, em caso de comprovado acúmulo de processos em pendência de julgamento.

Na situação contemplada a focalização legal somente procurou recompensar a autoridade impetrada, premiando-a com a extinção da eficácia da liminar, sem condicionar a que o retardamento no deslinde da causa fosse provocado por ação ou omissão derivada do impetrante.

Se a demora promanar de atividade procrastinadora da autoridade impetrada? — é hipótese que não pode ser de todo afastada.

Irá a autoridade impetrada recolher o benefício da expiração da liminar pelo ato desleal praticado no contexto do processo.

Acaso tenha o retardamento por causa, sobrecarga ou mesmo morosidade judicial, fácil será ao magistrado averbar a nota de acúmulo de processo para não deixar transparecer o seu proceder omissivo.

Admitamos também tenha concorrido para o atraso no julgamento o órgão do Ministério Público. Poderá este invocar alguma circunstância de força maior, tal como eventual acúmulo de serviço que possa comprovar?

Claro que essas excusas não devem ser vulgarizadas, não podendo o Ministério Público, e muito menos o Juiz, invocá-las sem fundadas razões, principalmente quando o Juiz está aboçando a sua própria transposição de prazo.

Não pode ser indulgente com as próprias omissões e intolerante com as demoras oriundas do Ministério Público, pois estas são suscetíveis de demonstração, desde que o Juiz as requisite ou abra margem à comprovação.

O tratamento não pode ser desemparelhado e descompassar-se, considerando-se que o Ministério Público interfere no mandado de segurança na condição de *custos legis*.

Disso cuidando, há que se atentar ao que pondera FREDERICO MARQUES:

“Dentro da relação processual, atua o Ministério Público, quando *custos legis*, como sujeito do processo, mas em posição de todo *sui generis*. É ele aí *pars adjointe* do Direito francês, ou o titular de uma atuação processual acessória, como fala CARNELUTTI. Cumpre-lhe ativar a jurisdição, suprindo omissões das partes e procurando fazer respeitada a ordem jurídica.

Como fiscal da lei, o Ministério Público tem as vestes de parte em relação ao que faz, e se avizinha da função do juiz, no tocante ao motivo de agir.

O interesse que ele encarna é o da legalidade” (22).

Os atrasos imputáveis ao Juízo e ao órgão do Ministério Público devem ser examinados por idêntico critério, sem indulgenciar o Judiciário e inculpar o Ministério Público, não cabendo a justificação para um e nem ao menos colocar em discussão para o outro, usando os trinta dias disponíveis à prorrogação.

Aliás, absolutamente, não se afigura admissível, e constitui impertinência e exibicionismo autoritarista expor o órgão do Ministério Público a uma descabida atitude censória.

Ademais é preciso convir que não podem as partes litigantes suportar a transmissibilidade da situação omissiva que se haja produzido à sua revelia.

(22) MARQUES Frederico. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro, Companhia Editora Forense, 1ª ed., 1958, pp. 222/3.

Por isso mesmo, o art. 2.º, da lei em apreciação, prevê deslize processual imputável ao impetrante, quando este esteja a "criar obstáculo ao normal andamento do processo, deixar de promover por mais de 3 (três) dias os atos e diligências, ou abandonar a causa por mais de 20 (vinte) dias".

Aí se configura realmente uma situação que justifica, e mesmo exige, desde que devidamente caracterizada, a decretação da perempção ou caducidade da medida liminar, *ex officio* ou a requerimento do Ministério Público. Por conseguinte, a sanção vem contra o impetrante por se configurar a sua conduta culposa. Observe-se que se consorciam nessa posição vigilante o juiz e o Ministério Público, investindo contra o impetrante, exatamente para evitar colha indevidos proveitos em seu proceder culposos.

Essa medida, sim, tem objetivos de elevado alcance ético, escoimando o abuso da parte no processo.

Mas na regra do art. 1.º, *b*, o elemento sancionador atinge o direito do impetrante, celebrando essa confraternização de interesses, entre o agente público impetrado e as autoridades judiciárias.

É em rumo autoritário que depõe contra o diploma legal pela descompensação causada ao direito individual, dando-lhe um prejuízo, por estarem as razões erroneamente direcionadas.

De outro lado, se o cancelamento da liminar correlaciona-se a fato omissivo do impetrante, não deve o Juiz decidir sumariamente, sem audiência prévia ao interessado, pois o sentido contraditório deve acompanhar o magistrado em todos os momentos, demonstrando por ele o mais sacrosanto respeito, pelo seu porte constitucional e universal consagração no atual estágio civilizatório.

A prudência é a atitude que afasta a arrogância e se acasala com a sensatez, como o demonstra CELSO AGRÍCOLA BARBI:

"Entendemos que o princípio do Código deve ser também aplicado ao caso do mandado de segurança, apesar de não serem hipóteses iguais, isto porque o princípio é o mesmo; a inércia por si só não deve levar a uma consequência irremovível, deve-se dar ao impetrante oportunidade de suprir sua omissão no prazo de 24 horas, evitando, assim, a extinção da liminar.

Acresce, ainda, que a liminar, nos termos da Lei n.º 1.533, só deve ser concedida na hipótese de que sua não admissão possa tornar ineficaz o mandado, caso concedido afinal. Assim, a extinção da liminar é consequência gravíssima, podendo eventualmente, tornar inútil a sentença final favorável, o que mostra que a absolvição de instância prevista no Código é medida mais branda que ela, apesar de ser, por sua vez, providência sumamente onerosa.

A legislação processual deve ser interpretada de modo sistemático, mesmo quando contida em textos diversos. Se negarmos a possibilidade de o impetrante suprir a sua omissão no caso do art. 2.º da Lei n.º 4.348, estaremos dando tratamento mais rigoroso, exatamente onde a interpretação sistemática aconselha tratamento igual para não dizer mais brando. Daí nossa conclusão de que, nos casos daquele artigo, deve-se aplicar a norma do art. 202 do Código de Processo Civil, dando-se oportunidade ao impetrante para sanar sua omissão” (23).

Efetivamente, não deve o magistrado perder a serenidade que sempre lhe é exigida, conduzindo-se por incompatíveis arrebatamentos, principalmente em se tratando de uma garantia do porte do mandado de segurança, passando a cometer desmandos, a pretexto de corrigir omissões, deixando marca registrada de imaturidade, expondo-se a que a vaidade prejudique a lucidez e o equilíbrio, por se deixar inflamar de pernicioso autoritarismo, em face de afogamento psicológico ou de transferências traumáticas, principalmente se a demora não puder ser imputável ao impetrante sobre o qual vai recair a sanção.

Por último o comentado diploma legal exprime o dever a que ficam submetidas as autoridades notificadas da concessão de medida liminar, de levarem ao conhecimento do ministro respectivo e do representante da pessoa jurídica interessada, no prazo de 48 horas, de modo que possa ser considerada a necessidade de ser postulada a sua suspensão.

Por mais uma vez, reafirma-se a reserva de competência hierárquica, de teor administrativo, quanto ao modo de exercitação, através do Presidente do Tribunal, prevendo-se o prazo de dez dias para que seja manifestado agravo de petição contra a medida de sustação ao plenário do Tribunal.

Vai-se, portanto, expandindo a preocupação acautelatória na direção da autoridade, desviando-se do impetrante, como se não fosse este o destinatário da garantia, na inversão ótica que muito se difundiu no Brasil.

Encolhe-se a visão liberal, expandindo-se em nível crescente, o protecionismo autoritário, que nunca fica apenas no cenário das normas jurídicas, na produção legislativa seqüenciada, e perturba e deforma a postura do intérprete que acompanha e alastra esse surto menos propício ao direito e aos que pretendem obter a tutela, solenemente prometida nos esboços constitucionais contra abuso de poder de autoridade.

Verifica-se que o resguardo pela autoridade nas leis e nos processos exegéticos cresce na razão direta do alastramento autoritário, o que significa dizer que o acúmulo e o reforçamento da aplicação das razões oficiais

(23) BAREI Celso. *Do Mandado de Segurança*. Rio de Janeiro, Forense, 2ª ed., 1966, pp. 128/9.

não decorrem da diminuição dos abusos de poder, pois estes cada vez mais se propagam em índices alarmantes.

Chegou-se à vigência do Código de Processo Civil e este não se envolveu em disciplinamento sobre o mandado de segurança.

Antes, porém, de perfazer um ano em sua vigência, a Lei n.º 6.014, de 27 de dezembro de 1973, iniciou-se, segundo consta do frontispício do diploma, a adaptação ao Código de Processo Civil, estabelecendo no art. 12, ser a apelação o recurso apropriado sobre as sentenças concessivas ou denegatórias de mandado de segurança, suprimindo, assim, o agravo de petição.

E no parágrafo único condensou dois postulados:

a) a duplicidade do grau de jurisdição concernente ao mandado de segurança;

b) a título de exceção admitiu a execução imediata das decisões concessivas, havendo pendência de recurso, dando-lhe o caráter provisório.

E por que o caráter provisório imposto às decisões concessivas de mandado de segurança?

Em razão precisamente da adoção da apelação posta ao dispor do sucumbente, com as implicações provenientes do Código de Processo Civil em que se integrava.

E a consequência de maior monta era o alcance do duplo efeito, devolutivo e suspensivo, como consequência da interposição do recurso de apelação em caso de concessão ou de denegação.

A lei ao cumprir a integração no Código de Processo não fez distinção alguma.

Renasce a preocupação, atribuindo prioridade à causa da liberdade, garantindo-se o impetrante sucumbente com efeito do estado de litispendência, o que coincide com o caráter temporário da execução.

Pela Lei n.º 6.071, de 3 de julho de 1974, nova modificação é empreendida no enunciado do parágrafo único do art. 12, ainda no cumprimento do objetivo de ajustamento ao figurino do Código de Processo Civil, em uma nova etapa, bastante próximo da anterior, asseverando que a sentença concessiva de mandado de segurança é sujeita ao duplo grau de jurisdição, admitindo a execução a título provisório.

Em caso de denegação foi descolada a cláusula da obrigatoriedade do recurso, que sempre terá de ser voluntário, pelo sucumbente ou pelo Ministério Público no exercício da função de *custos legis*, aplicando-se, porém, o efeito suspensivo, por não constar qualquer regra excludente à regra geral do art. 520, do Código de Processo Civil.

À autoridade se ampara na suspensividade ao interpor a apelação e pelo controle hierárquico, via Presidente do Tribunal, enquanto o impetrante que se expõe à luta contra o abuso de poder, fica acobertado com a suspensão do efeito inerente à apelação, tendo de ser mantido imodificável o *statu quo* pelo próprio efeito inerente ao recebimento da apelação, porque a dupla eficácia impõe-se *ex vi legis*.

BIBLIOGRAFIA

- ANTUNES, J. Pinto. *Da Limitação dos Poderes*. São Paulo, 1950, p. 31.
- ANSON, William R. *Loi et Pratique Constitutionnelle de l'Angleterre*. Trad. de C. Gaudilon, Paris, V. (5) Giard E. Brière, 1905, vol. II, p. 427.
- BARBI Celso. *Do Mandado de Segurança*. Rio de Janeiro, Forense, 2ª ed., 1966, pp. 128/9.
- BARBOSA, Rui. *Os Atos Inconstitucionais do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal*. Rio de Janeiro, Companhia Imprensora, 1983, p. 140.
- DIRCEY, A. V., *Introduction a l'Étude du Droit Constitutionnel*. Trad. de André Batut et Gaston Jéze. Paris, V. Giards E. Brière, 1902, pp. 177/8.
- ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. Trad. de J. Baptista Machado. Lisboa, 3ª ed., Fundação Calouste Gulbenkian, p. 184.
- GIRONS, A. Saint. *Manuel de Droit Constitutionnel*. Paris, L. Larese et Forcel, 1885, pp. 526/7.
- LAPRADELLE, A. *Cours de Droit Constitutionnel*. Paris, A. Pédone éditeur. 1912, p. 495.
- MARQUES, Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro, Companhia Editora Forense, 1ª ed., 1958, pp. 222/3.
- MIRANDA, Pontes. *Comentários à Constituição de 1967*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1967, pp. 72/3.
- MONTEIRO, João. *Teoria do Processo Civil e Comercial*. Rio de Janeiro, Oficina Gráfica do Jornal do Brasil, 4ª ed., 1925, pp. 574/5.
- MUNRO, William Bennet. *The Government of the United States National and Local*. New York, the Macmillam Company, 5ª ed., 1959, p. 558.
- NUNES, Castro. *Do Mandado de Segurança e Outros Meios de Defesa contra o Poder Público*. Rio de Janeiro, Edição Revista Forense, 5ª ed., 1956, p. 31.
- PANIAGUA, José Maria Rodriguez. *Ley y Derecho — Interpretación y Integración de la Ley*. Madrid, Edutorial Tecnos, p. 104.
- SÁ FILHO, Francisco. *Relações entre os Poderes do Estado*. Rio de Janeiro, Editor Borsoli, 1959, p. 292.
- SALMORÓN, Ronaldo Tamoyo. *Introducción al Estudio de la Constitución*. México, Universidade Autónoma, 1977, p. 56.
- SILVEIRA, Alípio da. *O Fator Político-Social na Interpretação das Leis*. São Paulo, 1946, p. 307.
- SOUZA, Daniel Coelho de. *Interpretação e Democracia*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais Ltda., 1979, p. 144.
- VIANNA, Oliveira. *Instituições Políticas Brasileiras*. Rio de Janeiro, Livraria José Olympio Editora, 2ª ed., 1955, vol. II, p. 639.