

DOCTRINA

A nova lei do mandado de segurança (*)

M. SEABRA FAGUNDES

A nova lei, com que o Congresso Nacional vem de regular o mandado de segurança — a Lei n.º 1.533, de 31 de dezembro do ano próximo findo — como que surpreendeu o meio forense do país, não inteirado, por desinterêsse menos explicável, da sua marcha e pronta promulgação. E, sòmente quando já vigorante, se atentou nos graves inconvenientes que oferecia, no seu desaprêço pela experiência durante anos acumulada e na mínima contribuição trazida ao aperfeiçoamento do instituto.

Expressaram, então, o govêrno federal, juizes e advogados, a impressão de que a reforma do seu texto, cujas deficiências e inconvenientes, a certos ângulos, o tornam quase inexequível, se impunha de logo. Neste sentido estudos já se vem procedendo, inclusive e por iniciativa do sr. Ministro da Justiça, no Instituto dos Advogados Brasileiros e na Associação dos Magistrados.

Foi sob a inspiração de tais circunstâncias, que nos ocorreu, acudindo ao honroso convite desta casa de tão expressiva posição na vida cultural do vosso grande Estado, dizer alguma coisa, com sentido crítico, sôbre o novo estatuto legal.

As páginas que vos lerei serão, portanto, simples notas marginais, sem pretensão e muito aquém do que seria realmente condigno do vosso ambiente. Nem mais poderia fazer em meio às absorventes tarefas quotidianas.

Preocupado em conferir celeridade ao andamento processual do mandado de segurança, o legislador, sem atentar em que, antes na

(*) Conferência pronunciada, em 12 de maio de 1952, no Instituto dos Advogados de Minas Gerais.

morosidade dos juizes — fruto, as mais das vêzes, de acúmulo de serviço e, em certos casos, de menor capacidade de trabalho — do que na amplitude dos prazos, está a razão do congestionamento do fôro em muitas comarcas e tribunais do país, adotou a solução simplista de reduzir à metade (de 10 para 5 dias) o prazo de defesa nesses processos. Ora, o prazo anterior não era demasiado. Tanto que jamais se clamara contra êle. Estava bem medido, satisfazia à justa. A sua redução, que não atendeu a reclamos de qualquer espécie, sem resolver por si só, o problema da celeridade, representou uma correção para pior. E, o que é mais grave, representou uma solução incompatível com a realidade, pois exigindo muitos casos de mandado de segurança, por parte do informante, investigação nos arquivos de repartições públicas, coligimento de dados, confronto de situações, etc., cinco dias não bastam a êsse mister, e, ainda, à redução dêsses elementos à forma adequada de informação. Cerceia-se, portanto, sem proveito de ninguém, a defesa da Administração Pública e enseja-se o descumprimento tolerado da lei pela aceitação de informações intempestivas.

Impõe-se corrigir êsse defeito, pois a pressa que sacrifica a defesa da Administração, longe de servir ao prestígio do mandado de segurança, compromete-o, dando a impressão de tratar-se de uma via processual merecedora de menor confiança, pela precariedade a que sujeita a demonstração do ponto de vista de uma das partes.

Outro defeito grave da lei, com a mesma preocupação mal entendida de celeridade, foi a dispensa de inclusão dos processos de mandado de segurança na pauta dos tribunais. Representando a medida uma vantagem de tempo, que não vai além de sete dias, de vez que os editais de divulgação dos feitos com dia para julgamento se publicam pelo menos uma vez cada semana, dá lugar, em contrapartida, ao risco, para as partes, de julgamentos inesperados, ou à prontidão inútil dos advogados à barra das côrtes de justiça.

Dois senões ainda se nos afigura de apontar, ao lado dêsses, como dos quatro mais graves inconvenientes do novo estatuto.

A omissão de critério limitativo para o despacho de restauração provisória dos efeitos do ato impugnado, entre o recebimento da inicial (suspensão liminar), ou a sentença de primeira instância (deferimento do pedido) e a decisão do órgão de recurso, e a aplicação,

indiscriminada, dos textos do Código de Processo Civil sobre litisconsórcio.

O Código de Processo Civil estatua que, a requerimento do representante da pessoa jurídica de direito público interessada e para evitar lesão grave à ordem, saúde ou a segurança pública, poderia o presidente do tribunal competente para o recurso, autorizar a execução do ato impugnado (art. 328). A lei vigente, prevê a medida, mantém para a sua prática a competência estatuída no Código, mas omite a referência às finalidades que a podem autorizar. Ora, isto importa em deixar aos presidentes das côrtes de justiça um poder absoluto, irrestrito, sem contornos, para a prática de ato de tão grande relêvo, com fôrça até para sustar os, efeitos de uma sentença de primeira instância. Sem embargo da prudência e cautela que, bem se pode presumir, o senso dos magistrados porá no uso dêsse latíssimo poder, as exceções ao uso moderado da medida, que de certo as haverá, já bastam a justificar o receio ante um poder sem fronteiras. Aos próprios magistrados repugnará ter em mãos, sem critérios pre-determinados de uso, uma competência que, mesmo dentro das limitações do direito anterior, já era de manejo difícil e perigoso.

Nem nos parece defensável o critério, sustentado alhures, de que as restrições do art. 328, Código de Processo Civil, estão de pé, obrigando êste em tudo quanto omissa a lei nova.

Tal ponto de vista importa em negar a literalidade do dispositivo, com que essa lei se reporta à legislação anterior:

"Art. 20 — Revogam-se os dispositivos do Código de Processo Civil **sobre o assunto** e mais disposições em contrário".

Se se revogaram os textos do Código **sobre o assunto**, como admitir perdure um dêstes?

Demais disso, o próprio intuito que inspira as leis especiais sobre os institutos jurídicos — a sua regulação autônoma — se choca com o apêlo simultâneo ao texto genérico anterior e ao especial posterior. Nenhum seria o resultado prático da regulação específica, se os vários textos se emaranhassem. Ao invés de concorrer para a simplificação do trato da legislação concernente a dada matéria, ela se complicaria. É verdade que sob o regime do Código se chegou a admitir vigorasse parcialmente a Lei n.º 191, de 1936, para, daí partindo, ter-se o recurso **stricto sensu** como via de devolução do co-

nhecimento à instância superior dos processos de mandado de segurança. Mas o precedente, pouco defensável ao prisma da lógica jurídica, não merece prosperar em novas aplicações.

Exata, no particular, se nos afigura a invocação da disposição do direito anterior, como o fêz o desembargador Nísio Batista de Oliveira, presidente do Tribunal dêste Estado, em despacho proferido num caso recente, oriundo da comarca de Nova Lima. Como fonte do novo texto, como subsídio à sua exegese, como critério que o intérprete tem por bom e adota; não como preceito que obriga porque ainda vigente, porque não derogado pela lei nova.

No art. 19 a lei diz aplicáveis, ao mandado de segurança, os princípios do Código Processual sôbre litisconsórcio (arts. 88 a 94).

Não temos como desaconselháveis, em si, a admissão de terceiros interessados à relação processual traduzida no mandado de segurança. Ela se nos afigura mesmo necessária, em muitos casos, dada a afetação de interesses múltiplos pela invalidação judicial de certos atos da Administração. Mas remeter pura e simplesmente ao texto do Código não é acertado. Desde que se faça aplicação dêstes, tais como lá estão, quer no litisconsórcio misto, quer no necessário, a denúncia da existência de litisconsórcios passivos, por parte do coator, ou a constatação da existência de litisconsórcios necessários pelo próprio juiz (C.P.C., art. 294, n.º 1), desde que se trate de pessoas domiciliadas em várias cidades, faz que pare o processo por tempo indefinido, até quando, cumpridas as precatórias citatórias, se possa nêle prosseguir. E, mesmo supondo-se — o que não será de ocorrer quando se trate de funcionários servindo em repartições conhecidas — tenham os citandos domicílios ignorados, a citação edital também demandará tempo.

Ao nosso ver sômente a comunhão de interesses (fonte do litisconsórcio necessário), dadas as repercussões inevitáveis da sentença, quando ela ocorra, sôbre uma pluralidade de pessoas, deveria motivar a convocação de terceiros à lide. Mas, ainda assim, mediante forma especial. Talvez a citação edital, como regra, e unificado em dez dias o prazo dentro do qual poderiam acudir ao chamamento os citandos.

Afora êsses feitos — os mais relevantes temos que outros ainda apresenta a lei:

Um dêles está no art. 1.º quando, inovando em relação ao Có-

Artigo de Processo Civil, delimita o cabimento da segurança contra atos de concessionários de serviço público.

Enquanto na codificação processual se alude a "pessoas naturais ou jurídicas, no desempenho de serviços públicos, em virtude de delegação ou contrato exclusivo, ainda quando transgridam o contrato ou exorbitem da delegação" (art. 319, § 2.º), agora se põe uma cláusula restritiva escusada: "pessoas naturais ou jurídicas com funções delegadas do poder público, **sòmente no que entende com essas funções**" (art. 1.º, § 1.º).

Ora, se o texto primitivo, conquanto ignorando essa restrição, jamais deu lugar a liberalidades, por parte da justiça, na outorga da medida contra concessionários, não havia por que alterá-lo.

Esquece-se, na tendência legislativa para inovar, que o prestígio das leis, salvo alguma exceção rara, é como o sabor dos vinhos — cresce na razão direta do tempo. A vetustez valoriza. O direito escrito ganha prestígio e cresce em utilidade, principalmente quando o passar do tempo populariza as suas regras e permite, do mesmo passo, se acumularem, sôbre elas, a experiência da aplicação diuturna e dos julgados. Daí a observação de Ripert sôbre a descrença no direito, pelo abuso, em quadra ainda recente da vida do seu país — observação, aliás, que colhe à justa ao meio brasileiro — dos Decretos-leis autorizados por delegação do Parlamento. Umas hoje, outras amanhã, as leis perdem o sentido como elementos fixadores das regras de comportamento social e como fontes de direitos subjetivos. O homem comum já não tem tempo de conhecê-las, de sentí-las, nem de estimá-las ou maldizê-las. Não chega a aperceber-se, muita vez, sequer, da sua existência, tanto se sucedem as modificações. Vêzes há, é certo, em que a propaganda de fundo demagógico cerca a sua promulgação de alarido e elas entram realmente no conhecimento da coletividade. Mas então se diz que vêm para a solução dos problemas sociais e materiais do povo. E êste se ilude crendo nas soluções de papel para problemas, que demandam esfôrço pessoal, coragem, aptidão de realizar, para tornar-se, depois, descrente da lei, que não viu concretizar, de modo efetivo as suas aspirações, nem solver praticamente as suas angústias. Aqui, como ali, a mesma inconseqüente sucessão dos textos infunde o mesmo sentimento de ceticismo e descrença no direito.

Aí estão os povos anglo-saxônicos, cujo direito, no texto escrito

ou no costume, se perpetua transmitido íntegro de gerações a gerações, a nos mostrar como mais prezam o direito os que mais o sentem na continuidade da sua atuação e no intangível das suas fórmulas. Bem diferentes de nós que chegamos quase ao sacrilégio quando, pelo só gosto da novidade, reeditamos, em cassange, tôda a velha introdução ao Código Civil, não obstante só importar, na verdade, a modificação de alguns dos seus dispositivos.

Não queremos com isto significar que o direito escrito deva estratificar-se, todo êle, diante de uma realidade essencialmente dinâmica. Mas é preciso que a lei não pretenda, também, andar a passo mais célere que a realidade. Certo, há novas relações sociais a disciplinar juridicamente, e para elas nem sempre satisfaz o lento e comedido processo jurisprudencial de adaptação. Porém o mal está no confundir situações e situações, a tôdas emprestando um só tratamento — o das soluções mágicas da lei. O legislador se arroga a previsão de tôdas as soluções, esquecido de que algo deve à mercê do improvisado ditado pelas circunstâncias, nunca suficientemente abrangidas pelo legista.

A demasia da pré-ciência também é um mal. Mata o espírito criador, que a dinâmica da vida suscita todos os dias. Conduz à repetição uniforme em prejuízo das adaptações oportunas. A sátira de Machado de Assis, naquele delicioso conto em que José Maria tanto assusta, na sua pacatez, o padre Romualdo de Sousa Caldas, já nos mostrava o inconveniente da pré-ciência das coisas matando, nas repetidas invocações da experiência, as fórmulas criadoras que o dia a dia da vida suscita. No campo do direito muita coisa há de ficar para as soluções improvisadas, para a sabedoria da adequação do geral ao específico. E o legislador, que disso não se apercebe, desprestigia a lei, que elabora, e complica os problemas, cuja solução procura alcançar.

Se a velha fórmula do Código havia provado bem, ou, para ser mais exato, se o velho texto, inerte como o deixaram, sem apêlos ao mandado contra concessionários de serviços públicos, não provou mal, por que substituí-lo?

E temos dúvida sôbre se a fórmula restritiva atual está certa, mesmo ao prisma da distinção, que subentende, entre atos do concessionário no uso de atribuições próprias do Estado e atos seus com

feito idêntico aos de qualquer pessoa privada. Porque, pelo menos no que concerne a concessionários com exclusividade, as relações dêles com o público têm que ser apreciadas sob critério especial, distinto do aplicado às relações entre particulares simplesmente. Se o utente do serviço não pode recorrer a outrem — a um concorrente qualquer do prestador — é mister, evidentemente, protegê-lo, de modo mais eficaz, contra os atos da pessoa privada que importem denegação do serviço, ou prestação insatisfatória.

Um exemplo põe de manifesto como, nêsses casos, mesmo quando a prestação se equipara, na sua natureza, às do comércio privado, a proteção do indivíduo exige remédios especiais. E' o do fornecimento de água. Sempre que concedido a empresa privada — e se bem que, na prática brasileira, êsse serviço tenda ultimamente à municipalização, ainda há muitas cidades onde permanece a cargo de concessionários — êle o é com a permissão de sustar o abastecimento em face de dadas infrações do usuário (não pagamento, distribuição do produto a terceiro, etc.). Ora, o uso de tal medida, em fundo, não representa o exercício de uma prerrogativa do poder público. Utilizando-a, não faz o concessionário senão o que qualquer fornecedor pode fazê-lo nas relações usuais da vida civil. Entretanto, o monopólio do fornecimento, que somente o Estado pode outorgar, torna-a excepcionalmente drástica, impondo, por isto mesmo, o reconhecimento de remédios judiciais capazes de corrigir, com rapidez, os erros na sua aplicação.

Não creio que tenha sentido restritivo a supressão da referência, que o Código consagrava, ao desempenho de serviços públicos **em virtude de contrato exclusivo**, ao lado dessa outra, mantida, ao desempenho de serviço público por **delegação**. Todavia, dada a controvérsia sôbre a natureza jurídica da concessão de serviço público, pelo menos dúvidas se poderão suscitar em prejuízo sempre do indivíduo. Melhor fôra ter mantido o texto anterior na duplicidade da sua referência — **delegação e contrato** — com o que só teria a lucrar a aplicação do instituto.

Controvertida foi, como se sabe, na vigência do Código Processual, a natureza do recurso cabível contra a sentença da primeira instância, que concedia ou denegava a segurança. No Supremo Tribunal se invocou a Lei 191 para adotar, como via de devolução do

feito à instância superior, o recurso **stricto sensu**. O Tribunal Federal de Recursos houve como cabível o agravo da petição. Já alguns tribunais locais — como o do Distrito Federal e o do Rio Grande do Norte — tiveram por oportuno o recurso de apelação, no que, acreditamos, ficaram mais concordes com o espírito do Código e o seu sistema.

A lei vem agora e põe termo ao dissídio jurisprudencial no sentido menos feliz. Acolhe o agravo de petição como recurso das sentenças de mérito de primeira instância, fugindo à sistemática do vigente direito processual civil brasileiro, segundo a qual se esquamatizam em quatro, conforme a natureza das sentenças (salvo a exceção dos embargos em causas de pequeno valor), os recursos das decisões da primeira instância: agravos no auto de processo e de instrumento para os despachos interlocutoriais simples, agravo de petição para as decisões interlocutoriais mistas, e apelação para as sentenças definitivas.

Evidentemente, não há como justificar a indiferença com que se despreza o sistema adotado, para tornar recorríveis sentenças de mérito, através de recurso destinado às que não n'ó resolvam (C.P.C., art. 846). O natural seria solver a controvérsia em favor da apelação. Caso os prazos desta se considerassem demasiados para a ação de que se trata, que a lei os declarasse reduzidos à metade, ou menos que isto. Do contrário já não haverá um sistema de direito judiciário civil, senão arbítrio legislativo e confusão.

Antes do Código de Processo Civil tornou-se praxe, sempre que em vista acelerar o recurso da sentença de primeira instância, declarar o legislador que êle seria agravo de petição. Assim fizeram alguns códigos estaduais com a ação executiva, assim fêz o legislador federal na Lei de Acidente do Trabalho de 1934. Explicava-se, então, a medida, dada a morosidade com que as velhas fórmulas do processo, incorporadas a todos os códigos locais (e aliás também pertinentes ao processo nacional — o Regulamento 737 e leis posteriores), faziam arrastar-se lentamente o recurso de apelação. Mas, superada essa época, não há por que manter o critério, só explicável como emergente.

No que concerne ao recurso a lei oferece, ao lado dêsse defeito, um outro. Não diz palavra sôbre o que deve caber, quando julgado

o pedido de segurança pelos tribunais locais ou pelo Tribunal Federal de Recursos. Nem é possível admitir quisesse estender a êsses casos o agravo de petição, cuja tradição processual e cuja natureza mesma o mostram imprestável como remédio contra as decisões de órgãos colegiais. Demonstrou-o, aliás, de modo irretorquível, não só com êsse, senão com vários outros argumentos, ainda o ilustre presidente de Tribunal de Minas (despacho do mand. de seg. n.º 318, comarca de Sacramento).

O que cabia ao legislador, já que optara pelo agravo como recurso normal contra as decisões em mandado de segurança, era ter disciplinado, em dispositivo autônomo, o processamento, como apelação ou recurso *stricto sensu*, do recurso ordinário de que trata a Constituição no art. 101, n.º II, letra A.

A matéria, afinal, ficou aos regimentos internos, quando mais próprio era da lei.

E mais delicado se torna o problema quando as decisões sejam de câmara, como pode suceder no Distrito Federal, cuja lei judiciária a elas comete conhecer de certos mandados de segurança. Porque aí, qualquer que seja a decisão, escapa ao plenário do tribunal tóda a possibilidade de reexame da lide. Ou ela se tem como encerrada — decisão concessiva — ou se transfere da câmara, diretamente, ao conhecimento do Supremo Tribunal — decisão denegatória.

Se aos regimentos é dado disciplinar processualmente um recurso já existente, não lhes é permitido, entretanto, criar uma nova hipótese de recurso. Por conseguinte, omissa a lei, injustável o seu texto aos arestos das câmaras, êstes se tornam irrecorríveis para os respectivos tribunais.

Enquanto assim se distanciou do Código, comprometendo o instituto, o legislador manteve o texto que veda a impetração do mandado, quando cabível, contra o ato a impugnar, recurso administrativo com efeito suspensivo e independente de caução.

Essa disposição, ao contrário do que a alguns se afigura, parece-nos não colidir com os termos da Constituição.

Apenas o condiciona à definitiva de (relativa) do pronunciamento administrativo. Se êste não fôr definitivo, permanecendo fluente a instância administrativa pela interposição do recurso, que obsta os efeitos do ato, e, por conseguinte, a consumação da lesão, o interes-

sadò não tem ainda uma reparação a pleitear em juízo. Não há falar de ilegalidade, ou abuso de poder afetando-o. A administração pode prover o recurso em seu favor, e, então, a sua situação jurídica estará assegurada.

Mas, conquanto não atente contra a garantia constitucional, a disposição se nos afigura desaconselhável ante a prática da administração brasileira. Inoperante como é entre nós o recurso administrativo, sempre tendente à ratificação do procedimento do agente recorrido, seja por uma errônea concepção do prestígio da autoridade pela autoridade, seja pelo descaso no reexame dos assuntos, a única consequência real da sua interposição é a procrastinação das soluções dos casos d'ele dependentes. Seria melhor, portanto, deixá-lo de parte como elemento a considerar entre os pressupostos do cabimento do pedido de segurança.

A lei atual suprimiu a referência do Código (art. 327) à responsabilidade de coator, que não desse cumprimento à sentença. De parte as dúvidas que, dois anos atrás, a propósito do alegado descumprimento de um mandato pelo Prefeito da Capital da República, êsse texto suscitou, argüido que foi de inoperante por omissão do Código Penal, onde não estaria capitulada, como delicto, a desobediência da autoridade pública às sentenças, a sua supressão se mostrou desaconselhável. O que seria de fazer era suprir a possível lacuna da lei repressiva, mas não agravá-la tornando também lacunosa a lei processual. É certo que, mesmo omitta esta, se pena existir cominada para o desrespeito às sentenças, aplicar-se-á. Porém é certo, por igual, que as leis também têm, em casos como êsse, uma repercussão moral nada desprezível.

Aliás, em relação à execução do mandado de segurança temos que alguma coisa há que fazer, quer para torná-la eficiente, quer para evitar abusos irremediáveis. Com efeito. Enquanto para a execução das sentenças que condenam a Fazenda Pública a prestações pecuniárias, se encontrou uma fórmula relativamente satisfatória — o pagamento à conta do depósito feito à disposição dos presidentes de tribunais — para a execução das que se exprimem nas prestações de fazer e não fazer, é de contar apenas com a obediência comprensiva do agente do Poder Administrativo. Salvo, talvez, a execução dos interdictos possessórios. Ordenada, por exemplo, a reintegração

de um funcionário, se a autoridade administrativa se abster dos atos de expediente necessários à reinvestidura, o beneficiário da sentença não encontra na lei, expresso, claro, um caminho, através do qual possa usufruir o bem que a sentença lhe deferiu. E, então, se perde em petições, palmilha corredores, põe empenhos, para alcançar o que já é direito seu, apurado e proclamado.

Parece-nos que a lei devia armar o juiz, nesses casos, com poderes efetivos de execução.

Lopes da Costa observa, com muita propriedade, que não há por que distinguir, na eficiência da execução, entre as obrigações de dar e as de fazer:

"Umás e outras hão de estar no mesmo pé de iguaidade, eis que o direito a ambas as espécies reconhece. Ao lado da obrigação de dar, a obrigação de fazer não poderia ficar como uma obrigação pela metade, uma obrigação mioprágica, sem meios de alcançar a própria finalidade" (Direito Processual Civil, 1947, vol. IV, pág. 198).

Omissa a autoridade coatora, isto é, não cumprida a decisão dentro de um prazo assinado, afigura-se-nos, deveria competir ao juiz, substituindo-se ao agente administrativo, praticar os atos indispensáveis ao seu cumprimento. No caso figurado, digamos, expediria ato reintegratório, que obrigaria os agentes da Administração a admitir o beneficiário ao serviço, pagar-lhe vencimentos, etc.

Mostra Amilcar de Castro, o vosso douto tratadista das execuções, que já no direito reinícola se tinha como emitida, pelo executado, a declaração de vontade que a sentença considerasse de ser emitida (Comentários do Código de Processo Civil, ed. Rev. Forense, vol. X, págs. 372-373).

O princípio é, portanto, vetusto e autorizado. O código processual o atualiza, embora em termos que fazem vacilar quanto à sua extensão às execuções contra as pessoas de direito público (art. 1.006). O seu acolhimento na legislação sobre o mandado de segurança, dentro de moldes convenientes, não seria, pois, uma inovação despropositada.

Objetar-se-á, talvez, a isto, com o fantasma da divisão de poderes. Esta, no entanto, comporta tôdas as interpenetrações de atribuições, que tenham em vista o equilíbrio do sistema, através a contenção de um órgão do Estado por outro. Mesmo porque, como faz

sentir Pinto Antunes, **a limitação recíproca dos poderes é a técnica, por excelência, da democracia.** (Da limitação dos Poderes, ed. 1950, pág. 171).

Não há maior ingerência do Judiciário no campo doutro poder do Estado, que a vulneração da lei por inconstitucional. E ocorre sem prejuízo da independência peculiar ao Legislativo, porque sujeita a momento e condições próprias.

Nem o Judiciário penetra menos, em qualidade, no campo da Administração, quando expede um mandado possessório a ser cumprido por oficial do juízo, do que na hipótese por nós figurada. No entanto, a possibilidade das medidas possessórias contra a Administração já é matéria pacífica.

Só a má-fé, ou uma prudência mal compreendida, pode opor-se à consagração, na lei, de fórmula destinada a tornar praticamente efetivas as sentenças condenatórias das pessoas de direito público. Mesmo porque o **atuar eficazmente** contra as perturbações da ordem jurídica, é característico peculiar das garantias constitucionais, segundo assinala Sérgio Galeotti, na sua recente monografia "La Garanzia Costituzionale", 1950, (pág. 151).

Mas há também que prever no sentido inverso, ou seja, para que a execução não tenha lugar em circunstâncias injustamente gravosas para a Fazenda Pública. E o caso que na prática se figura, exigindo remédio, é o das decisões, reformáveis, que dão lugar à liberação de valores: levantamento de depósitos, restituição de mercadoria apreendida como contrabando, etc.

Concedido em primeira instância o mandado, ou a medida liminar, como recurso não tem efeito suspensivo, e a restauração do ato administrativo pelo Presidente do Tribunal, só se faz oportuna muito raramente, é comum que o impetrante entre de logo na disposição da coisa. Transferida então ao estrangeiro a importância levantada, ou alienada a mercadoria suspeita de contrabando, fica a Fazenda Pública sem meios de reavê-las, quando aconteça a instância superior cassar o mandado.

Sugere o Procurador Geral Plínio Travassos, que se adote, em casos tais, a exigência de caução. Será uma fórmula satisfatória, contanto que se excluam do âmbito da exigência os vencimentos pagos a funcionários públicos. A modesta situação econômica destes e a sua

dependência permanente em relação ao erário, contraindicam a exigência de caução, e, na maioria das vezes, garantem reposições acaso necessárias (Vitor Nunes Leal).

Em relação aos recursos a lei suscitou, entre outras, três indagações:

Cabe recurso **ex-officio** das decisões originárias dos Tribunais?

Terão cabimento embargos de nulidade ou infringentes, às decisões que julgam os recursos de agravo de petição?

São embargáveis, ainda com os objetivos de anulação ou reforma, as decisões dos tribunais locais e do Tribunal Federal de Recursos, como juízes originários?

Temos para nós que, instituído o recurso **ex-officio** — recurso excepcional apenas oportuno quando o legislador o diga expressamente — no parágrafo único do art. 12, onde se estatui caber da sentença de primeira instância agravo de petição, só às sentenças de primeira instância se refere. Não há como estender a regra do parágrafo à espécie de que não cogita o texto do artigo.

Os embargos nos parecem incabíveis, tanto num, como no outro dos casos figurados. O dispositivo em que se poderiam estribar seria o art. 833, do Código de Processo Civil. A lei n.º 1.533, no entanto, derogou tal dispositivo, no que respeita ao mandado de segurança, pois, como já tivemos oportunidade de procurar demonstrar, revogou, no art. 20, quantos textos da codificação do processo diziam respeito a essa ação especial.

Onde, pois, encontrar base legal para a sobrevivência dos embargos, quer se tratando de julgamento pelos tribunais como instâncias de recursos, quer como instâncias originárias?

Nem é possível negar ao citado artigo êsse pleno alcance revogatório. Quando o legislador, abandonando o critério usual do **revogam-se as disposições em contrário**, se reportou às disposições existentes **sobre o assunto**, isto é, sobre o mandado de segurança, fê-lo exatamente para não deixar dúvidas quanto à plena derrogação dos textos do Código relacionados com o instituto.

Da codificação processual só se podem invocar, já agora, como textos supletivos, aquêles que, não sendo específicos sobre o mandado de segurança, constituem subsídios da lei geral do processo a tôdas as leis especiais, como a de desapropriação, a de falências, a de acidentes do trabalho, etc.

O art. 15, onde se ressalva o uso da via ordinária para a defesa do direito denegado no mandado de segurança, repete, literalmente, o art. 328 do Código de Processo Civil. Não atentou o legislador em que era preciso ser mais claro. Cumpria dizer que a decisão do mandado, **qualquer que seja**, não impede o uso da ação ordinária. Como está, ressaltando apenas o apêlo às vias comuns, não basta. Com base no texto do Código, já decidiu o Tribunal de Recursos, em aresto confirmado pelo Supremo, que se, ao apreciar o mandado, o juiz não se limitar à negação da liquidez e certeza, mas disser que **inexiste qualquer direito**, está trancado o acesso às vias ordinárias. E parece lógico que assim seja, pois um tal julgamento importa na formação de coisa julgada sobre a inexistência mesma do direito. Mas, atterrando-se, no perigo que corre a parte quando se socorre da via mais rápida do mandado, de se ver impossibilitada, para o futuro, de demonstrar melhor o seu direito, de logo se percebe a necessidade de uma prudente restrição à coisa julgada nos processos de mandado de segurança. Se a parte, invocando a Constituição, alega ser titular de direito líquido e certo, o prudente é limitar-se a sentença denegatória a negar os requisitos alegados de liquidez e certeza. Dizer mais, dizer que não existe direito de qualquer espécie, é voltar o pedido contra o autor. É decidir além do conteúdo próprio da ação. Desde que a jurisprudência conhecida leva a êsse resultado, bem poderia a reforma que se projeta ser explícita na preservação do apêlo à via ordinária, **qualquer que seja** o dispositivo da sentença denegatória. Ainda que para dizê-lo não usasse dessa fórmula, senão da de que a sentença, em mandado de segurança, se limitará, quanto ao mérito, à apreciação da liquidez e certeza do direito alegado.

Mas não só defeitos oferece a Lei 1.533.

O seu texto traz algumas inovações meritórias.

Uma delas é a supressão da citação do representante judicial ou legal da pessoa de direito público interessada (art. 7.º, n.º I), que o Código previa, ao lado da notificação do coator (art. 322).

Na verdade, chamado o coator a juízo, sendo êle, como o é, agente da pessoa jurídica de direito, o chamamento desta se torna supérfluo. Para que a defesa se exerça plenamente, não haverá mister duplicá-la com a repetição de alegações. O coator, na sua informação, dirá o suficiente. E se não bastarem, ao lado das explicações

de fato, as razões legais com que há de justificar também o seu ato, a audiência, que a lei prevê (art. 10), do representante do Ministério Público, esclarecerá melhor o assunto ao prisma jurídico.

O critério do Código é que não era plausível, criando, por vêzes, situações de perplexidade, como sucedia ao ser impetrada a segurança contra ato judicial. A rigor devia citar-se pessoa jurídica, a que se vinculava a juízo pela sua origem (União ou Estado). Mas, como repugnava essa aparente dependência, na qual o órgão da justiça (coator) ficava em relação ao Poder Executivo, a cujo agente (advogado, procurador fiscal, procurador geral, etc.) se confiaria, então, a tarefa de contestar o pedido, entendia-se, as mais vêzes, dispensável a citação da União ou do Estado. Assim, sabemos, pelo menos, que se praticara no Distrito Federal e no Rio Grande do Norte.

Agora já não se desenhará tal situação. A vista ao Ministério Público não tem o mesmo sentido da citação prevista no direito anterior. Ele não atua em defesa do coator, em posição processual equivalente à dêste. Opina apenas.

Também a substituição processual do titular do direito originário, desidioso ou indiferente, por quem tenha relação jurídica dependente do reconhecimento, em primeira mão, daquele direito (caso por exemplo, de funcionário com direito a acesso, após a promoção de colega preterido), constitui inovação plausível (art. 3.º),

É de lamentar apenas que a lei adote um critério de tempo impreciso — prazo razoável após notificação — quando bem poderia dizer: **se expirado o prazo de 120 dias da ciência do ato, ou se houver decaído do direito de impetrar mandado.**

A fórmula com que se autoriza a suspensão liminar dos efeitos do ato impugnado é excelente: "quando fôr relevante o fundamento e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja deferida" (art. 7.º, n.º II).

O Código nos dava uma alternativa elástica, propícia a abusos: quando do ato impugnado puder resultar lesão grave ou irreparável (art. 324, § 2.º).

Na **lesão grave** acobertavam-se muitas facilidades. Não vai longe o famoso caso das **Cadillacs** no fôro do Rio de Janeiro, liberados todos, liminarmente, sob a invocação do grave prejuízo; que a sua permanência nas docas acarretaria.

Suprimiu-se, com razão, a referência do Código à impetração da medida contra o executor do ato (art. 319, § 3.º), o que se explica. Quando elaborada a codificação processual, o mandado era incabível contra as autoridades, que têm fôro especial — Presidente da República, Ministros de Estado, Governadores, Interventores. Por isto, a competência para o conhecimento dos atos administrativos, atacáveis pela via do mandado, quer se tivesse em vista o ato decisório, quer as medidas executórias, não envolvia nenhum problema de jurisdição específica. Agora, porém, admitir que se atacasse, como ato do executor, um ato do Presidente da República, por exemplo, era burlar o fôro específico assegurado a êste pela Constituição, em casos de mandado de segurança (Guilherme Estelita).

Talvez a mais plausível das inovações da Lei n.º 1.533, esteja na virtual, mas inequívoca e propositada admissão do pedido de segurança contra decisões judiciais (art. 5.º, n.º II).

Foi bem que o legislador pusesse termo às contradições que lavraram na jurisprudência dos vários tribunais do País, uns acolhendo o mandado de segurança contra o abuso do poder judicante, outros o repelindo, e outros até, como que num estado de indecisão, ora corrigindo os flagrantes desacertos da Justiça pela via dêsse remédio especial, ora havendo-o como inadequado para o réexame de atos jurisdicionais. E foi bem que o fizesse no sentido mais concorde como a natureza e as finalidades do instituto e, ainda, como a letra do texto constitucional, onde êle encontra a sua enunciação básica.

Neste se fala de ilegalidade ou abuso do poder, seja qual fôr a autoridade responsável pelo ato. Como então acanhá-lo no seu alcance, para dêle excluir certos atos porque emanados de certas autoridades — as judiciárias. Se os atos delas, tanto quanto os das administrativas, podem ferir direitos líquidos e certos, e se foi em atenção à excelência de certos direitos subjetivos públicos, que se instituiu a segurança, por que privá-los da proteção especial, em dados casos, tão somente considerando o agente que os lesou?

Além disto é próprio das garantias constitucionais antes se interpretarem com largueza do que estritamente. Pela razão, entre outras, de que mais vale socorrer situações, que a rigor poderiam dispensar o amparo constitucionalmente previsto, do que sacrificar, a cautelas demasiadas, direitos cuja proteção se teve em vista consagrar.

A ressalva, que realmente se justifica ao uso do mandado de segurança em face dos atos judiciais, é aquela que a lei acolhe dos atos recorríveis (art. 5.º, n.º II). Seria, verdade, uma subversão de todo o sistema funcional do Poder Judiciário, que o legislador constituinte conhecia, que não poderia querer subverter e que ratificou, ao acolher o sistema da pluralidade de jurisdição, admitir se antepusesse, ou substituísse aos recursos, o mandado de segurança.

Mas, desde que se trate de decisão insusceptível de recurso, o mandado abre ensejo até, em certos casos, a uma oportunidade de reparação desejada pelo sentimento de justiça dos próprios juizes.

É sabido — já tivemos oportunidade, aliás, de coligir mais de uma dezena de acórdãos nesse sentido, ("Dos Embargos de Declaração", Rev. Forense, vol. 117, pág. 5) que tribunais locais (de São Paulo, do Distrito Federal, do Rio Grande do Norte, e não sabemos se doutras unidades judiciais da República), bem como o Supremo Tribunal, têm admitido embargos declaratórios, com sentido infringente, quando circunstâncias flagrantes demonstram erro irreparável no julgamento.

Ora, entre forçar assim evidentemente o âmbito do conhecimento nos embargos de declaração — o que ainda é uma fórmula plausível para não deixar que passe em julgado uma injustiça — e chegar à mesma desejada consequência, por intermédio do mandado de segurança, este caminho se nos afigura preferencial.

Dir-se-á que o mandado, em sendo assim, toma o lugar à ação rescisória. A objeção demanda mais largo exame, porém, desde já, é possível objetar que, com trânsito em julgado, a decisão somente passível de embargo declaratório, o conhecimento dêste, como recurso infringente, também conduz em fundo, uma vez provido, à rescisão da sentença.

Arrematando estas considerações, notas marginais ao texto legal, sem outro mérito que o da contribuição de uma experiência pessoal como outra qualquer, e no ensejo da pretendida reforma da lei, que mal começa a aplicar-se, fazemos votos para que, sob o pretexto de corrigi-la, não se venha a prejudicar, na sua admirável pujança latente, o instituto, cuja projeção, como instrumento de defesa da

ordem jurídica, em nosso país, tanto promete. Que o legislador se cinja a restaurar os dispositivos do código processual naquilo em que provaram bem, e a acolher as sugestões da jurisprudência e da doutrina, pois a renovação do direito escrito só se mostra realmente útil e fecunda, enquanto inspirada nas indicações da experiência.