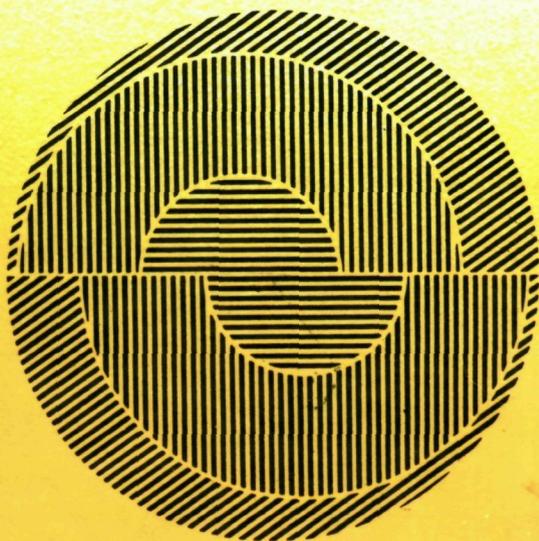


REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA



SENADO FEDERAL • SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS

JULHO A SETEMBRO
ANO 16 • NÚMERO 63

O mandado de segurança e o Estado de Direito

ARNOLDO WALD

Advogado no Rio de Janeiro e Brasília. Professor catedrático da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

"É incontestável que um dos problemas que hoje mais preocupam todos os juristas, todos os magistrados, todos os advogados e até a própria opinião pública pode ser definido nos seguintes termos: COMO OS PARTICULARES PODEM E DEVEM SER PROTEGIDOS CONTRA O ESTADO?" (LEON DUGUIT. *Leçons de droit public général*, pág. 301.)

"O fim da ciência do direito não consiste tão-somente em formar juizes e funcionários e em ensinar-lhes como deverão resolver os casos difíceis. Sua função suprema consiste em delimitar adequadamente as esferas de atuação do indivíduo e da coletividade." (GEORG JELLINEK. *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, pág. 101.)

SUMÁRIO

- I — O Estado de Direito e os remédios judiciais
- II — A evolução legislativa do mandado de segurança
- III — A evolução jurisprudencial do mandado de segurança
- IV — Sugestões de *lege ferenda*
- V — O mandado de segurança como elemento de valorização do Poder Judiciário e instrumento prático de defesa do indivíduo
- VI — Conclusões

I. O Estado de Direito e os remédios judiciais

1. A nossa época tem sido caracterizada como "uma era de descontinuidade" (1) e de incerteza (2), na qual imperam a tirania (3) e a violência e reina o maior ceticismo em relação ao direito, que alguns julgam morto (4) e outros, ultrapassado (5), não mais nele reconhecendo uma eficiente técnica de solução dos conflitos sociais.

(1) PETER F. DRUCKER, *The age of discontinuity*, N. York, Harper & Row, 1968.

(2) JOHN KENNETH GALBRAITH, *The age of uncertainty*, London, British Broadcasting Corporation, 1977.

(3) ÉLIE HALÉVY, *L'ère des tyrannies*, Paris, Gallimard, 1938.

(4) EUGENE V. ROSTOW e outros, *La law dead*, N. York, Simon & Schuster, 1971.

(5) "Le dépassement du droit", *Archives de Philosophie du Droit*, n.º 8, Paris, Sirey, 1963.

2. Assim sendo, cabe ao advogado, mais do que nunca, comprovar que está no pleno e efetivo exercício da sua função de "defensor do homem" e que o Estado de Direito não constitui uma simples especulação filosófica ou a visão poética de um mundo que não mais existe, mas que decorre do bom funcionamento de um conjunto de instrumentos essenciais e indispensáveis para a realização do progresso econômico e social do país e a superior conciliação entre os interesses públicos e individuais.

3. O Estado cresceu desmedidamente e consolidou o reinado da burocracia onipotente, anônima e incontrolável. Em todos os países, numa maior ou menor percentagem, a vida econômica passou a ser controlada, direta ou indiretamente, pelo poder público, que jamais, na história do mundo, atuou em setores tão diversos e com tanta intensidade (6).

4. A hipertrofia do Estado fez com que se reconhecesse a inadiável necessidade de remédios específicos de direito público que pudessem evitar ou corrigir, com rapidez e eficiência, os atos destorcivos da administração, prevenindo ou desfazendo ilegalidades e impedindo os abusos e os desvios de poder, sob qualquer forma.

5. Com o decorrer do tempo, reconheceu-se que as garantias individuais não podiam ser asseguradas por simples proclamações platônicas, devendo, ao contrário, ser amparadas por adequados remédios jurídicos. Verificou-se, outrossim, que as técnicas tradicionais do direito privado não tinham a necessária eficiência para restabelecer o equilíbrio nos conflitos entre o Estado e o indivíduo. Assim, o mandado de segurança e a ação popular surgiram como instrumentos de maior densidade, capazes, pela natureza especial do seu procedimento, de permitir que o Poder Judiciário arbitrasse, em tempo hábil e sem tardança, os litígios entre o particular e a administração.

6. Assim sendo, o legislador constituinte de 1934, inspirando-se na doutrina brasileira do **habeas corpus**, transpôs para o campo do direito público o remédio específico de proteção à liberdade individual, que tinha surgido no direito judiciário penal. Pretendeu-se, pois, garantir ao indivíduo, nas suas relações com a administração pública, um remédio tão eficiente quanto aquele que protegia o direito de locomoção.

7. A doutrina brasileira, embora divergente quanto à natureza processual do mandado de segurança, é mansa e pacífica ao reconhecer o seu caráter especial, **sul generis**, oriundo da própria Constituição e destinado a atender a uma finalidade de direito público. Os pressupostos do mandado de segurança (a lesão, devidamente comprovada, de direito líquido e certo, decorrente de ato inconstitucional ou ilegal do poder públi-

(6) JOHN KENNETH GALBRAITH, *The new industrial state*, London, Hamish Hamilton, 1967, págs. 2 e seguintes; e PETER F. DRUCKER, obra citada, págs. 212 e seguintes. Para a participação do Estado na economia brasileira, consultem-se as monografias do IPEA *Aspectos da participação de Governo na economia*, de FERNANDO REZENDE e outros, Rio, 1976; e *Avaliação do setor público na economia brasileira*, de FERNANDO ANTÔNIO REZENDE DA SILVA, Rio, 1974, assim como CARLOS ESTEVAM MARTINS, *Capitalismo do Estado e modelo político no Brasil*, Rio de Janeiro, Edições do Graal Ltda., 1977.

co) justificam a sua tramitação especial, que se explica pela maior densidade do direito defendido, pela força de pressão exercida pela autoridade coatora e pela necessidade da execução imediata e compulsória da decisão judicial. Efetivamente, à medida que vai aumentando a prepotência do Estado, impõe-se a criação de recursos mais poderosos para a defesa do indivíduo nas suas relações com a coletividade. Ao desenvolvimento das atribuições das pessoas jurídicas de direito público e ao progressivo aumento das delegações do Governo a entidades de direito privado deve corresponder uma maior intensidade e celeridade nos instrumentos criados para o atendimento dos direitos dos particulares, a fim de se manter o equilíbrio entre os interesses da coletividade e a esfera de influência e de atuação de cada indivíduo (7).

8. A importância do mandado de segurança como meio de corrigir as ilegalidades e os desvios ou abusos de poder e de fazer prevalecer o Estado de Direito também deflui de outros fatores históricos, pragmáticos e até pedagógicos.

9. A nossa tradição centralista, autoritária e burocrática, que data de época colonial, e o **coronelismo**, que por tantos anos dominou o País, ensejaram o reconhecimento da existência de verdadeiros "donos do poder" (8), que não admitiam qualquer tipo de contestação e, muitas vezes, confundiam o interesse público com o interesse político e até, em certos casos, com os seus próprios interesses particulares. Em relação aos seus atos, qualquer solução administrativa e recurso hierárquico não eram concebíveis, considerando-se a sistemática dos poderes então existentes. Por outro lado, a utilização das técnicas do direito privado levaria a uma solução tão tardia que seria inócua e consagraria a injustiça que se pretendia evitar.

10. Numa fase mais recente, que engloba os dias em que vivemos, os tecnocratas se insurgiram contra as normas jurídicas que, para eles, constituíam uma espécie de "camisa-de-força". Efetivamente, a partir da Revolução de 1930, mas de modo mais generalizado desde a década de 1960, os administradores e economistas pretenderam, em nome da eficiência, afastar os critérios jurídicos, que passaram a considerar como verdadeiras barreiras, que dificultavam a adoção de soluções pragmáticas por eles preconizadas e que lhes pareciam atender ao bem comum (9). O decurso do tempo comprovou, todavia, a existência de uma série de falhas numa política meramente quantitativa e inspirada exclusivamente na eficiência, que pretendia esquecer o homem e contornar as normas jurídicas. De qualquer modo, o mandado de segurança teve a sua importância realçada no conflito que surgiu entre, de um lado, a defesa dos direitos individuais e o respeito ao "Estado de Direito" e, de outro, os interesses públicos e o pragmatismo da administração. Coube, assim, freqüentemente, aos tribunais arbitrar, no julgamento de mandado de

(7) ARNOLDO WALD, *Do mandado de segurança na prática judiciária*, 3.^a edição, Rio, Forense, 1968, pág. 114.

(8) RAYMUNDO FAORO, *Os donos do poder*, 2.^a edição, Porto Alegre—São Paulo, edição conjunta da Editora Globo e da Editora da Universidade de São Paulo, 1975.

(9) SAN TIAGO DANTAS, *A educação jurídica e a crise brasileira*, São Paulo, Empresa Gráfica da Revista dos Tribunais, 1955, pág. 13.

segurança, o conflito entre a eficiência e a justiça, que se torna mais agudo nos países em desenvolvimento.

11. Finalmente, o mandado de segurança, pela possibilidade que enseja da concessão da medida liminar, exerce um incontestável papel pedagógico, constituindo evidentemente meio de educação dos agentes do Poder Público, que passam a saber e a sentir que são responsáveis pelos seus atos. É ele que obriga os administradores a distinguir a competência vinculada ou discricionária, que a lei lhes atribui, do poder arbitrário, que não se coaduna com a prevalência da norma legal. Já se afirmou que o mandonismo e a preguiça são as causas principais que levaram a Administração a combater o mandado de segurança, pois a sua concessão fere a vaidade da autoridade, comprovando que existe um poder superior que consiste na norma jurídica, na *rule of law*, no Estado de Direito (10).

12. É evidente que o mandado de segurança não é, por si só, medida suficiente para garantir o advento e a permanência do Estado de Direito. É, todavia, incontestável que, ao lado do *habeas corpus*, da ação popular, da representação em virtude de arguição de inconstitucionalidade, das comissões parlamentares de inquérito e, eventualmente, do *ombudsman* ou procurador-geral do povo (11), o mandado de segurança constitui um dos instrumentos úteis, necessários e indispensáveis para que seja respeitada a supremacia do direito.

II. A evolução legislativa do mandado de segurança

13. Podemos afirmar que a Lei nº 1.533, de 31 de dezembro de 1951, cristalizou uma regulamentação relativamente adequada do mandado de segurança, após quinze anos de vivência do instituto. Embora criticada pela sua falta de sistematização e por algumas confusões que gerou (12), o diploma de 1951 conseguiu conciliar as normas técnicas então existentes no Código de Processo Civil de 1939 com o liberalismo dominante na Constituição de 1946.

14. Ao contrário, o conjunto das normas legais posteriores a 1951 constitui uma verdadeira involução na matéria, importando em sucessivas restrições e deturpações do instituto. A bem da verdade, é preciso reconhecer que tais limitações à plena utilização do mandado de segurança já começaram a surgir antes da Revolução de 1964, com as restrições à concessão da medida liminar no caso de importações (13), com a ampliação dos prazos processuais (14) e a Mensagem nº 200, de 19-12-1962, posteriormente transformada na Lei nº 4.348, de 29-6-1964, que estabeleceu prazo máximo de vigência para as medidas liminares e

(10) Ministro CUNHA VASCONCELOS FILHO, no prefácio do livro de ARNOLDO WALD *Do mandado de segurança*, já citado, pág. XVII.

(11) V. a respeito a excelente tese de JOÃO DE OLIVEIRA FILHO apresentada na VI Conferência Nacional de Advogados, realizada em Salvador em outubro de 1976, ap. *Anais do referido conclave*, págs. 481 e seguintes.

(12) ARNOLDO WALD, obra citada, pág. 86, *in fine*.

(13) Lei n.º 2.770, de 4-5-1956.

(14) Lei n.º 4.166, de 4-12-1962.

só permitiu a execução da decisão após o trânsito em julgado, quando proferida em mandado de segurança referente à reclassificação ou à equiparação de servidores públicos ou à concessão, aos mesmos, de aumento ou extensão de vantagens. Os mesmos princípios foram consagrados, com a mais completa falta de técnica, nas Leis nº 4.862, de 29-11-1965, e 5.021, de 9-6-1966, provocando sérias dúvidas à caducidade da liminar, especialmente nos casos em que o atraso no andamento do processo decorre de culpa da Administração ou da própria autoridade judiciária (15).

15. A legislação referente ao mandado de segurança criou um verdadeiro caos, transformando, progressivamente, o remédio heróico em autêntica ação ordinária (16). HELY LOPES MEIRELLES chegou a sustentar, com toda razão, a inconstitucionalidade e o caráter discriminatório das disposições que amputaram o mandado de segurança, desrespeitando o princípio da igualdade das partes do processo (17).

16. O novo Código de Processo Civil e as Leis n.ºs 6.014, de 27-12-1973, 6.071, de 3-7-74, e 5.869, de 11-1-1973, na sua preocupação de uniformizar os procedimentos, substituíram o agravo no mandado de segurança pela apelação, ensejando, outrossim, novas dúvidas e confusões quanto ao cabimento dos embargos infringentes e à concessão da medida liminar. A respeito, a doutrina chegou a afirmar que "se o legislador do processo foi omissivo ou imprevidente, nem por isso a garantia constitucional da segurança e a medida cautelar da liminar hão de ficar prejudicadas, em detrimento do direito individual, pela inépcia do redator das normas procedimentais aplicáveis ao mandado" (18).

17. No campo constitucional, ao lado da ampliação da competência do Supremo Tribunal Federal para conhecer do mandado contra certas autoridades (19), admitiu-se, contrariando a jurisprudência anterior, que o ingresso em juízo pudesse ser condicionado à prévia exaustão das vias administrativas, desde que não exigida garantia de instância, nem ultrapassado o prazo de 180 dias para a decisão sobre o pedido (20).

18. A Emenda Constitucional nº 7, de 13 de abril de 1977, que admitiu a criação do contencioso administrativo, sem poder jurisdicional, nas áreas federal e estadual, para a decisão de questões fiscais e previdenciárias (21) previu a possibilidade de recurso direto da decisão administrativa para o Tribunal competente, ensejando-se, assim, um sistema híbrido (22). Efetivamente, a decisão administrativa substituiria, no caso, a sentença de primeira instância, mas, por outro lado, não se admitiria

(15) ARNOLDO WALD, obra citada, pág. 97.

(16) ARNOLDO WALD, obra citada, pág. 99.

(17) HELY LOPES MEIRELLES, "Mandado de Segurança e Ação Popular", 5ª edição, S. Paulo, *Revista dos Tribunais*, 1978, pág. 43.

(18) HELY LOPES MEIRELLES, obra citada, pág. 46.

(19) Art. 119, item I, alínea I, da Emenda Constitucional n.º 1, de 1969, com a redação que lhe deu a Emenda Constitucional n.º 7, de 1977.

(20) Art. 153, § 4.º, da Emenda Constitucional n.º 1, com a redação dada pela recente Emenda Constitucional n.º 7.

(21) Nova redação dada ao art. 203 da Constituição vigente.

(22) Art. 204 da Constituição Federal vigente, com a sua nova redação.

mais o mandado de segurança contra certos atos, sem o prévio esgotamento da via administrativa. A matéria depende de regulamentação pela legislação ordinária, mas é importante que nela se resguarde, adequadamente, a posição do remédio heróico (23).

19. Esse esvaziamento do mandado de segurança pela legislação ordinária não ocorre pela primeira vez na nossa história. Ao contrário, tem sido tentado de modo cíclico e contínuo. Já há quase um quarto de século, o Ministro Cunha Vasconcelos, então na presidência do Tribunal Federal de Recursos, afirmou, com a extraordinária coragem cívica que honra a magistratura brasileira, que:

“Qualquer combate ao instituto (mandado de segurança) será suicida. Ninguém acreditará, nos tempos que correm, que o ato de uma demissão ilegal se mantenha por anos a fio até que a Justiça o anule, como ninguém poderia admitir que a detenção do indivíduo com direito à liberdade se prolongasse além do tempo necessário à invocação do amparo da Justiça. Quer queiram, quer não queiram os ferrenhos inimigos do “writ”, ele subsistirá como estrela de primeira grandeza entre os recursos do direito, em seu sentido constitucional iniludível. Todas as deformações que, por leis ordinárias, têm sido tentadas com o objetivo de diminuir-lhe a eficácia, cairão como frágeis bombos chineses — ninguém se iluda” (24).

III. A evolução jurisprudencial do mandado de segurança

20. Se a legislação foi restringindo sucessivamente a utilização do remédio heróico, procurando aproximá-lo cada vez mais da ação ordinária, equiparando-o à mesma, a jurisprudência, especialmente a do Supremo Tribunal Federal, evoluiu em sentido inverso, prestigiando o instituto, distinguindo-o das demais ações e ampliando consideravelmente o seu campo de atuação.

21. Em primeiro lugar, entendem acertadamente os tribunais que o mandado de segurança não é uma causa como as demais, devendo, ao contrário, ter um tratamento especial que lhe assegure celeridade na tramitação, não onere o impetrante e permita a apreciação do litígio pelo Supremo Tribunal Federal, independentemente do valor dado à causa. Assim, a Súmula nº 597 exclui a possibilidade de utilizar os embargos infringentes no mandado de segurança e a de nº 512 não admite que haja a condenação em honorários de advogado no caso de julgamento do remédio heróico.

22. Por outro lado, dentro da mesma orientação, o Supremo Tribunal Federal consagrou a possibilidade do recurso extraordinário em mandado de segurança, independentemente do valor da causa. Efetivamente, tendo a Emenda Constitucional nº 1 permitido que o Regimento do Supremo Tribunal Federal indicasse as causas suscetíveis de recurso

(23) É importante ressaltar que o anteprojeto de lei sobre contencioso administrativo fiscal da União manteve o mandado de segurança, sem qualquer restrição.

(24) Ap. ARNOLDO WALD, obra citada, pág. XVI.

extraordinário, atendendo à sua natureza, espécie ou valor pecuniário, concluiu a mais alta Corte que, no caso de julgamento do mérito de mandado de segurança, poderia ser conhecido o recurso, mesmo tratando-se de processo de valor reduzido, não aplicando, pois, ao remédio heróico as restrições do art. 308, item VIII ⁽²⁵⁾, não se admitindo, todavia, o recurso extraordinário quando a decisão proferida não apreciou o mérito do pedido.

23. Finalmente, o Supremo Tribunal Federal tem afastado restrições que a própria lei faz ao uso do mandado de segurança. Em virtude de interpretação ou de construção, o Supremo Tribunal Federal passou a entender que o impetrante não era obrigado a esgotar as vias administrativas, como se verifica pela Súmula nº 429, que é, todavia, anterior à recente Emenda Constitucional nº 7. Acresce que a mais alta Corte do País também assumiu uma posição construtiva em relação ao mandado de segurança contra ato judicial, entendendo ser cabível sempre que, ocorrendo ilegalidade causadora de dano irreparável, não haja recurso com efeito suspensivo ⁽²⁶⁾ e ainda quando o ato praticado pelo Juiz é de caráter administrativo ⁽²⁷⁾ ou é impetrado por quem não foi parte no feito ⁽²⁸⁾ ou pretende assegurar o respeito à coisa julgada ⁽²⁹⁾.

A evolução jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal na matéria foi estudada exaustivamente em brilhante voto proferido pelo Ministro XAVIER DE ALBUQUERQUE, levando o Ministro ANTONIO NEDER a considerar ultrapassada a Súmula nº 270, cuja adaptação aos pronunciamentos posteriores daquela Corte somente não propôs por razões de ordem formal ⁽³⁰⁾.

24. Verificamos, pois, que o Poder Judiciário tem reconhecido a importância do mandado de segurança como técnica eficiente de correção das ilegalidades e desvios ou abusos de poder nos mais variados campos da atividade, impondo-se, na matéria, uma revisão legislativa que permita o amplo uso do remédio heróico, sem as restrições que atualmente limitam a sua utilização.

IV. Sugestões "de lege ferenda"

25. Ao contrário, seria preciso reconhecer que o mandado de segurança, em virtude da sua natureza de remédio constitucional, pode ser impetrado em todas as instâncias e em todos os tribunais, mesmo quando a legislação não tenha previsto expressamente a competência para o seu julgamento, como ocorre, por exemplo, na Justiça Militar, que só conhece o mandado de segurança em matéria de pessoal, embora, também, se justificasse a sua utilização em outros casos na justiça castrense.

(25) Ver os acórdãos do Supremo Tribunal Federal, in RTJ, vol. 58/36 e vol. 60/503 e a indicação que apresentamos e que foi aprovada pelo Conselho Federal e que se encontra publicada sob o título "O mandado de segurança e o novo regimento do Supremo Tribunal Federal" in *Jurídica*, 1971.

(26) RTJ, vol. 70/504.

(27) RTJ, vol. 50/180.

(28) Acórdãos do plenário no RMS n.º 9.106 e mais recentemente no RE de n.º 80.191.

(29) RTJ, vol. 4/152.

(30) RTJ, vol. 70/520.

26. Em matéria política, o mandado de segurança não pode ser afastado, desde que tenha havido a efetiva lesão de direito certo e líquido e seja irreparável a lesão conseqüente. Problemas como o **impeachment**, a cassação de direitos e mandatos e a intervenção federal justificam plenamente a impetração do mandado quando um direito individual é ferido, por ato ilegal.

27. Neste sentido, o Ministro LUIZ GALLOTTI teve o ensejo de esclarecer a orientação do Supremo Tribunal Federal ao admitir que:

"As medidas políticas são discricionárias apenas no sentido de que pertencem à discricção do Congresso ou do Governo os aspectos de sua conveniência ou oportunidade, a apreciação das circunstâncias que possam autorizá-las; mas essa discricção legislativa ou administrativa não pode exercitar-se fora dos limites constitucionais ou legais" (31).

28. E acrescenta o eminente magistrado:

"Desde que se recorra ao Judiciário, alegando que um direito individual foi lesado pelo ato de outro Poder, cabe-lhe examinar se esse direito existe e foi lesado.

Eximir-se, com a escusa de tratar-se de ato político, seria fugir ao dever que a Constituição lhe impõe, máxime após ter ela inscrito, entre as garantias fundamentais, como nenhuma outra antes fizera, o princípio de que nem a lei poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual" (32).

29. Assim sendo, evidencia-se que o Estado de Direito pressupõe a livre apreciação pelo Poder Judiciário de todos os atos do Governo e da Administração, qualquer que seja a natureza do mesmo, abrangendo, inclusive, os atos políticos, quando ferem direitos individuais, impondo-se, pois, a revisão da Constituição vigente que, no art. 181, exclui atos políticos e atos administrativos da apreciação judicial, reiterando norma idêntica que já constava no art. 11 do Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968. Trata-se de imposição jurídica para que seja restaurado na sua plenitude o Estado de Direito que pressupõe a adoção do sistema de freios e contrapesos e o controle judicial dos atos dos Poderes Executivo e Legislativo.

30. A importância para o País de certos conflitos tem justificado a sua avocação pelo Supremo Tribunal Federal, a pedido do Procurador-Geral da República, nos precisos termos do art. 119, I, letra o, da Constituição Federal vigente, recentemente regulamentada pela Emenda Regimental nº 6, do Excelso Pretório, de 9 de março de 1978. Trata-se de inovação que se explica, em certas circunstâncias excepcionalíssimas, mas que deveria beneficiar não somente a União Federal, na pessoa do Procurador-Geral da República, mas qualquer cidadão, especialmente

(31) *Revista dos Tribunais*, vol. 216, pág. 252 e *O mandado de segurança e sua jurisprudência*, publicação da Casa de Rui Barbosa, 1959, vol. I, Ementa n.º 503, págs. 251, *in fine*, e 252.

(32) *Revista Forense*, vol. 148, pág. 152, e *O mandado de segurança e sua jurisprudência*, já citado, Ementa n.º 504, pág. 252.

quando invoca direito protegido, seja pelo **habeas corpus**, seja pelo mandado de segurança. Parece-nos, pois, que caberia examinar a possibilidade, numa reforma constitucional, de permitir a avocação pelo Supremo Tribunal Federal, a pedido do impetrante ou de uma autoridade independente com poderes para este fim, nos casos de **habeas corpus** e de mandado de segurança, nas mesmas circunstâncias em que ela é admissível a pedido do Procurador-Geral da República.

V. O mandado de segurança como elemento de valorização do Poder Judiciário e instrumento prático de defesa do indivíduo

31. O mandado de segurança sujeita ao Poder Judiciário, no momento oportuno, os grandes conflitos entre o indivíduo e o Poder Público, dando-lhe assim o ensejo de exercer a sua autoridade em tempo hábil, a fim de evitar que sejam cometidas ilegalidades ou que ocorram desvios ou abusos de poder. O caráter do remédio heróico permite que funcione como medida preventiva ou repressiva imediata, sem que se tenha de discutir, **a posteriori**, geralmente em ações ordinárias de indenização, o fato já consumado, cujas conseqüências se tornaram irreversíveis para a parte.

32. É, aliás, importante salientar a importância crescente do papel do Poder Judiciário e, em particular, do Supremo Tribunal Federal, na atual fase da vida do nosso País e da história mundial.

33. Efetivamente, se há longo tempo que já não se fala mais no Governo dos Juízes⁽³³⁾, cujo fim já foi alardeado por parte da doutrina⁽³⁴⁾ que também considerou superado o próprio princípio da separação dos Poderes⁽³⁵⁾, em virtude da incontestável preponderância do Executivo⁽³⁶⁾, é preciso reconhecer que os tribunais adquiriram, recentemente, nova dimensão em virtude do controle efetivo que exercem sobre a administração e sobre o próprio Chefe do Poder Executivo.

34. Basta salientar o papel que o Supremo Tribunal Federal desempenhou na apreciação das questões políticas, antes do Ato Institucional nº 5⁽³⁷⁾, e que continua a exercer atualmente ao solucionar os litígios que envolvem os grandes problemas econômicos e sociais do País, como, por exemplo, a legalidade das desapropriações realizadas pelo Poder Público para urbanização e revenda de lotes, no caso da EMURB, para verificar que a Corte Suprema continua sendo um dos principais elementos ativos e dinâmicos do sistema de freios e contrapesos que substitui a antiga separação dos Poderes defendida por Montesquieu.

35. Cabe acrescentar que, nos últimos tempos, o Supremo Tribunal Federal se tem conscientizado de modo mais ostensivo do papel que

(33) EDOUARD LAMBERT, *Le gouvernement des juges*, Paris, Marcel Giard, 1921.

(34) ROGER PINTO, *La fin du gouvernement des juges*, e do mesmo autor, *La cour suprême et le New Deal*, Paris, Sirey, 1938.

(35) MARCEL DE LA BIGNE DE VILLENEUVE, *La fin du principe de séparation des pouvoirs*, Paris, Sirey, 1934.

(36) EMILE GIRAUD, *La crise de la démocratie et le renforcement du pouvoir exécutif*, Paris, 1938, e *Le pouvoir exécutif dans les démocraties*, Paris, Sirey, 1938; *O papel do executivo no Estado Moderno*, publicação da Revista Brasileira de Estudos Políticos, Belo Horizonte, 1959.

(37) JARDEL NORONHA DE OLIVEIRA e ODALÉIA MARTINS, *Os IPMs e habeas corpus no Supremo Tribunal Federal*, S. Paulo, Sugestões Literárias, 1967, 3 volumes.

pode e deve exercer, mais profundamente, "de freio ou acelerador do Poder Legislativo", assumindo, assim, a tarefa de **policy maker**, de elaborador de diretrizes políticas e econômicas", no superior interesse da Justiça (38).

36. Mesmo em outros países, assistimos a um revigoramento da posição do Judiciário, como se verifica pela posição que pôde assumir nos Estados Unidos no caso Watergate, rejeitando os chamados privilégios do Executivo para, em colaboração com o Congresso Americano e com o apoio da imprensa e da opinião pública, fazer respeitar a **rule of law**. Ficou, assim, comprovado que nem o homem mais poderoso do mundo, o Presidente dos Estados Unidos, pode colocar-se numa posição acima da lei. Efetivamente, no caso Watergate, verificou-se que nem o Presidente Nixon podia ficar **above the law** (39).

37. Essas considerações nos parecem pertinentes para comprovar que a discussão, ora suscitada, sobre a função e a amplitude do mandado de segurança não constitui um mero debate acadêmico, mas tem importantes reflexos sobre a vida real do País. Já no passado, os aspectos práticos da doutrina brasileira do **habeas corpus** nem sempre foram bem compreendidos nem mesmo nos meios jurídicos (40) e já se acusou o nosso jurismo de construir sobre um terreno vazio (41). Certamente não é o que ocorre nos dias atuais com o mandado de segurança, que passou a integrar a vida do estudante cuja matrícula é ilegalmente recusada, a do funcionário demitido, a do contribuinte do qual se cobra o tributo indevido etc. . . Não se trata, pois, de um mecanismo sofisticado e inútil, mas de um instrumento prático indispensável ao próprio Estado de Direito (42).

38. Podemos até afirmar que o mandado de segurança passou a constituir uma contribuição própria do direito brasileiro ao direito público comparado, tendo, inclusive, ensejado numerosos estudos no exterior (43).

39. Pensamos que, do mesmo modo que a posição de um país no cenário internacional se define pela sua atividade científica, artística e esportiva, ou pela sua produção industrial, é possível dimensionar a importância de um povo pelas técnicas por ele concebidas e desenvolvidas para a defesa dos direitos individuais. Neste sentido, o mandado de segurança, embora parente do **juicio de amparo** (44), constitui, de modo

(38) Voto do Ministro ALIOMAR BALEIRO nos Embargos ao Recurso Extraordinário n.º 75.504, cujo acórdão, de 21-11-74, foi publicado na audiência de 17-12-1974.

(39) JAMES DOYLE, *Not above the law (The battles of Watergate)*, N. York, William Morrow and Co Inc., 1977.

(40) RUBEM NOGUEIRA, *O advogado Rui Barbosa*, Rio, Gráfica Olímpica Editora, 1949, pág. 116.

(41) NESTOR DUARTE, *A ordem privada e a organização política nacional*, págs. 221/222, ap. RAYMUNDO FAORO, obra citada, pág. 744.

(42) M. SEABRA FAGUNDES, "A evolução do sistema de proteção jurisdicional dos direitos no Brasil republicano" in *Cadernos de Conferências do Instituto dos Advogados de Pernambuco*, 1971, pág. 31 e nota 14, pág. 47.

(43) O Instituto de Derecho Comparado da Universidad Nacional Autónoma do México publicou uma monografia de autoria dos Professores FIX ZAMUDIO, RIOS ESPINOZA e ALCALA-ZAMORA, intitulada *Tres estudios sobre el mandato de seguridad brasileño*, México, 1973. Por sua vez, o Professor KEITH S. ROSEN publicou um estudo sobre "Judicial Review in Latin America" no *Ohio State Law Journal*, vol. 35, n.º 4, 1974.

(44) ALFREDO BUZOID, "Juicio de Amparo e mandado de segurança (contrastos e confrontos)" in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, ano LVI, fascículo 1, 1961.

incontestável, uma criação autenticamente brasileira, que revela a nossa preocupação tradicional pela adequada proteção dos direitos do homem e pela manutenção do Estado de Direito e a estruturação de mecanismos adequados para que as declarações contidas na Constituição possam ser efetivamente asseguradas pelos tribunais do País. Parece-nos, pois, que podemos considerar o mandado de segurança como uma técnica que honra a nossa civilização e reflete as aspirações legalistas e liberais do nosso povo.

40. É, outrossim, oportuno salientar que se comparou, e não sem razão, o mandado de segurança à penicilina. Grandes remédios para grandes males; remédios cuja excessiva generalização pode chegar a ser perigosa. Mas a culpa não é do remédio. Poderá ser dos médicos que o receitam sem fazer um diagnóstico completo e consciencioso e, sobretudo, dos doentes autodidatas que dele se servem imoderadamente.

41. A culpa das eventuais distorções, evidentemente, não é do mandado de segurança. Não é tão-somente de alguns juizes que, em alguns poucos casos, o concedem com excessiva facilidade. É primordialmente das nossas leis, feitas sem técnica, de modo confuso e contraditório, com uma imprecisão terminológica assustadora. É, ainda, de alguns de nossos administradores, que olvidaram as transformações sofridas pela nossa vida política, continuando com idéias pertinentes ao clima da ditadura, administradores que defendem mais o seu amor próprio e suas posições e interesses do que os do Estado e mantêm, assim, os atos arbitrários, revoltando-se contra as determinações do Judiciário e cultivando um caciquismo decadente. Estes administradores retardam as informações que deviam ser prestadas ao magistrado, pretendendo contornar ou procrastinar a execução das ordens dadas pelo Poder Judiciário e esquecendo que prejudicam, assim, o serviço público, criando uma atmosfera de desconfiança entre o Executivo e a Justiça.

42. Para evitar tais conflitos entre os diferentes Poderes constitucionais, a solução está no estudo mais aprimorado da técnica legislativa e na formação de novos administradores, imbuídos dos princípios do direito administrativo e apegados à defesa dos direitos individuais, que, abandonando uma tradição de "mandonismo e preguiça", de prepotência e de vaidade, aceitem galhardamente o controle judicial, esclarecendo, nos prazos legais, os magistrados a respeito dos atos que praticaram. O juiz, então, deixará de se sentir o único defensor do homem contra os tentáculos onipotentes da Administração Pública. O mandado de segurança continuará a sua evolução, sem sofrer deturpações, e sendo aplicado com menor freqüência por haver menos abusos e ilegalidades por parte da Administração Pública e leis mais claras, evitando-se assim os conflitos ostensivos ou latentes entre a Constituição e as leis ordinárias e entre as leis e os regulamentos.

43. Pode parecer mais fácil extinguir ou restringir o âmbito do mandado de segurança do que transformar nas suas bases o nosso clima administrativo e político. Mas o valor do mandado de segurança consiste justamente em apontar as falhas existentes no sistema, para que possam ser corrigidas. A jurisprudência do mandado de segurança nos revela

todos os problemas da administração brasileira nos diversos campos das suas relações com os funcionários, com os contribuintes, com os fornecedores do Governo, com os próprios governantes. Não nos revoltamos contra o mandado como indicador ou termômetro das nossas dificuldades. Mantenhamos o instituto na sua pureza, como garantia inteiriça do nosso liberalismo e da nossa democracia, e procuremos aproveitar a grande lição de senso de responsabilidade e de civismo que ele nos dá, fazendo com que os administradores saibam que os seus atos estão sujeitos ao controle judicial imediato, assegurando-se, assim, o primado do direito, numa sociedade dominada não pela prepotência dos governantes, mas pela ordem jurídica.

VI. Conclusões

44. Concluindo o nosso estudo sobre o mandado de segurança no Estado de Direito, entendemos que:

a) o mandado de segurança deve ser mantido como técnica constitucional de proteção dos direitos individuais, sendo um instrumento indispensável para o funcionamento e aprimoramento do Estado de Direito;

b) a legislação ordinária deve respeitar o espírito do instituto e admitir sua impetração em todas as áreas do Poder Judiciário, mesmo no silêncio da lei, sempre que houver direito líquido e certo lesado por ato inconstitucional ou ilegal ou abuso ou desvio de poder da autoridade pública ou de delegado da mesma que importe em dano irreparável;

c) toda lesão de direito deve ser suscetível de imediata apreciação pelo Poder Judiciário;

d) a possibilidade de recurso administrativo não deve excluir o recurso ao Poder Judiciário e a impetração do mandado de segurança;

e) o mandado de segurança deve poder ser impetrado independentemente da natureza do litígio, podendo abranger, inclusive, além de outras, as questões políticas, fiscais e de funcionários, sem que o procedimento seja alterado em virtude da matéria discutida, devendo o processo ser sempre uniforme, garantidos a medida liminar e o efeito meramente devolutivo do recurso;

f) o mandado de segurança caberá contra atos judiciais desde que não haja recurso com efeito suspensivo;

g) o mandado de segurança também caberá contra atos administrativos da autoridade judicial e quando impetrado, contra qualquer ato do magistrado ou do Tribunal, por quem não tiver sido parte no feito;

h) a caducidade da medida liminar não poderá ser decretada quando o decurso do prazo for imputável à autoridade coatora, à pessoa jurídica de direito público interessada no feito ou aos próprios órgãos da Justiça, sem prejuízo da responsabilidade que lhes possa incumbir;

i) de *lege ferenda*, nas hipóteses nas quais a Constituição prevê a avocação das causas pelo Supremo Tribunal Federal, a pedido do Procurador-Geral da República, o impetrante de mandado de segurança também poderá pedir a sua avocação ao Excelso Pretório, mediante a utilização de um mecanismo próprio criado para tal fim.