

POR UM NOVO MANDADO DE SEGURANÇA: RETORNO À ORIGEM?

Leonardo Greco

Professor titular de Direito Processual Civil da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro; Professor adjunto do Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

O *habeas corpus* e o mandado de segurança nasceram da necessidade de conferir aos cidadãos instrumentos de tutela urgente de direitos violados ou ameaçados por atos de autoridade pública.

No Brasil, a proteção da liberdade de locomoção, por meio do primeiro desses institutos, teve origem no Código Criminal de 1830 e no Código de Processo Criminal de 1832.

Em seu precioso livro sobre o *habeas corpus*¹, escrito em 1916, com a idade de 23 anos, Pontes de Miranda ressaltou a origem inglesa do instituto. No século XIII o instituto tinha o fim de evitar ou remediar a prisão injusta, as opressões e as detenções excessivamente longas: “...também nesse tempo, em caso de prisão preventiva, o acusado não devia ser tratado como os indivíduos já condenados, recusando-se à prisão o caráter de pena. Por isso mesmo, o paciente havia de comparecer à justiça com as mãos e os pés livres”².

Em outro trecho, referindo-se às diversas espécies de *habeas corpus*, destacava como o mais nobre de todos o *habeas corpus ad subiiciendum*, que obrigava o coator a apresentar o corpo do preso “...e comunicar, ao mesmo tempo, o dia e a causa pela qual foi preso”, mostrando a natureza de interpelação hierárquica que tinha o remédio e o caráter imperativo do seu objeto que era dar liberdade a quem fora detido sem justa causa ou sem razão suficiente³.

¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *História e Prática do Habeas-Corpus*. 2. ed. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1951.

² *Ibid.*, p. 23.

³ *Ibid.*, p. 44

Já chegando ao primeiro quartel do século XIX, pergunta-se se os juízes têm o direito de obrigar à execução das ordens de *habeas corpus* ou se o Poder Executivo pode opor-se a algumas, reputando-as exorbitantes e inexecutáveis. Dá a essas perguntas resposta afirmativa: “Sentenças são para serem cumpridas. Nomeia juízes o rei; mas a jurisdição deles é obra da lei... *A judge is the law speaking*”⁴.

Penetrando na história pátria, observa que a nossa tradição liberal antecede à própria Independência e que a República deu continuidade a essa tradição, abeberando-se nas instituições da Monarquia, pois aos Estados Unidos devemos apenas a forma federativa, o direito federal e a Justiça da União⁵.

Na vigência da Lei 2.033, de 1871, um Aviso do Ministério da Justiça chegava a recomendar que os juízes fossem generosos na concessão do *habeas corpus*: “...devem as autoridades facilitá-lo, desprezando o rigor das fórmulas, que embaraçá-los por meios que, embora não induzam criminalidade, autorizam a suspeita de parcialidade”. Era, segundo o autor, a regra do *favor libertatis*⁶, análoga à moderna presunção de inocência, que despreza qualquer tendência a dar maior valor probatório à palavra do funcionário público do que à do próprio cidadão.

Como garantia constitucional da liberdade, a sentença denegatória não faz coisa julgada, não impedindo a renovação do pedido⁷.

Citando o Conselheiro Lafaiete, denomina o *habeas corpus* de *recurso extraordinário*, que se sobrepõe a qualquer outro, inspirado na exigência de celeridade⁸.

Bem mais adiante⁹, faz importante comentário de repúdio à tentativa de tornar o *habeas corpus* um instrumento subsidiário, o que ocorre atualmente com muitos institutos análogos, como a *Verfassungsbeschwerde* alemã, o recurso à Corte Europeia de Direitos Humanos ou à Comissão Interamericana de Direitos Humanos: “O ser cabível outra forma processual só exclui a indicação do *habeas-corpus* se a questão precisa de diligências probatórias e trâmites de sua natureza incompatíveis com esse recurso pronto e especial”.

⁴ Ibid., p. 73.

⁵ Ibid., p. 128.

⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *História e Prática do Habeas-Corpus*. 2. ed. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1951. p. 149.

⁷ Ibid., p. 152.

⁸ Ibid., p. 153.

⁹ Ibid., p. 355

Coerente com a natureza de interpelação hierárquica, Pontes leciona que “a omissão em prestar informações em processo de *habeas corpus* deve ser interpretada como tácita confirmação da verdade do alegado na petição do impetrante. Dá-se, então, a ordem, uma vez satisfeitas as demais condições”¹⁰.

E, em seguida,: “Se a autoridade coatora se esquivar a prestar esclarecimentos que lhe foram reiteradamente exigidos, deve ser interpretada tal omissão como tácita confirmação das alegações do impetrante”¹¹.

Repudiando a falsa ideia de que o *habeas corpus* tenha como pressuposto a ausência de controvérsia sobre os fatos e somente admita cognição sobre matéria de direito, leciona: “em todo o caso, a colisão entre as provas do constrangimento que se alega, não é bastante para que se denegue a ordem”¹². Critica a denegação do *habeas corpus* porque nele não seria possível o tribunal conhecer de matéria de provas. E assevera: “Mas, entenda-se, matéria de provas há em qualquer processo de *habeas corpus*”¹³.

A natureza extraordinária do *writ* é mais uma vez proclamada: “O pedido pode ser renovado tantas vezes quantas forem as denegações, ainda que pelos mesmos fundamentos”¹⁴.

Consequência necessária dessa natureza é que a coisa julgada material somente se forma na sentença concessiva e nunca na denegação. Na reiteração, deve ser mantida a decisão, se persistem os fundamentos, salvo se houver melhor prova ou esclarecimento¹⁵.

Pontes defende a concessão do *habeas corpus* depois do trânsito em julgado da condenação em algumas hipóteses: manifesta incompetência do juiz; se o fato não é crime ou o agente é comprovadamente incapaz; se a ação penal dependia de queixa do ofendido, não apresentada; se o crime está prescrito ou a pena já foi cumprida; se a lei brasileira não incide¹⁶.

¹⁰ Ibid., p. 360.

¹¹ Ibid., p. 390.

¹² Ibid., p. 390.

¹³ Ibid., p. 430.

¹⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *História e Prática do Habeas-Corpus*. 2. ed. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1951. p. 377.

¹⁵ Ibid., p. 378.

¹⁶ Ibid., p. 430.

Como a finalidade do *habeas corpus* é livrar o cidadão de constrangimento ilegal à sua liberdade de locomoção, a sua admissibilidade está desvinculada do êxito do processo criminal. O *habeas corpus* não é recurso e a coisa julgada não o inibe. Se houver constrangimento ilegal, ele é cabível, ainda que não utilizados ou esgotados os recursos admissíveis no processo em que ele ocorreu. A singularidade dos recursos não impede o *habeas corpus*, que não é recurso, mas remédio. O que o *habeas-corpus* não pode remediar é a injustiça da sentença¹⁷.

E, referindo-se ao *habeas corpus* contra decisão judicial, sustenta a formação da coisa julgada, mesmo que o *writ* aprecie nulidades de outro processo¹⁸.

Nos *Comentários* às sucessivas Constituições e também nos *Comentários* ao Código de Processo Civil de 1939, Pontes de Miranda faz questão de assinalar que o mandado de segurança foi criado para ser o *habeas corpus* dos demais direitos fundamentais. A Constituição de 1934 (art. 113, 33), que o instituiu, estabelecia expressamente que o novo *writ* adotaria o mesmo processo do *habeas corpus*¹⁹.

Coerente com a sua origem nos *writs* da jurisdição de equidade do direito anglo-americano²⁰, Pontes observava que “...o mandado de segurança é estranho à história do direito luso-brasileiro e brasileiro”²¹. Os remédios da *equity* constituíam uma jurisdição paralela aos da *common law*, para coibir os atos de violência e de abuso de poder não alcançáveis por esta última²².

A citação no mandado de segurança não produz litispendência quanto às ações diferentes dele, porque o seu objeto não é o mesmo das ações específicas sobre a violação do direito, ou sobre a ameaça; nem a citação nessas produz litispendência quanto ao mandado de segurança. Mas a primeira sentença proferida pode ter eficácia de coisa julgada material no outro processo. Não existe princípio científico que façam coincidentes, em toda a extensão, litispendência e coisa julgada material.

¹⁷ Ibid., p. 465 e 466.

¹⁸ Ibid., p. 468.

¹⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969*. t. V, 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 335 e ss.; Id. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. III, 1. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1948. p. 178 e ss.

²⁰ V. GRECO, Leonardo. Natureza Jurídica do mandado de segurança. In: *Revista Arquivos do Ministério da Justiça*, Departamento de Imprensa Nacional, Rio de Janeiro, n. 129, jan./mar. 1974, p. 50-51.

²¹ Ibid., p. 50-51.

²² V. FRIGNANI, Aldo. *L'injunction nella common law e l'inibitoria nel diritto italiano*. Milano: Giuffrè ed., 1974. p. 175 ss.; HAZARD JR., Geoffrey C., TARUFFO, Michele. *American Civil Procedure – an introduction*. New Haven and London: Yale University Press, 1993. p. 12-15.

A autoridade coatora não identifica subjetivamente a demanda, porque a plena tutela do direito líquido e certo do impetrante atinge toda a atividade estatal²³. Daí o acerto da Lei 191 de 1936, incorporada ao Código de 1939 nos artigos 319 a 331, que determinava que, despachando a petição inicial, o juiz mandasse notificar mediante ofício o coator para prestar informações (interpelação hierárquica) e citar o representante judicial ou legal da pessoa jurídica para contestar o *mandamus*. Aqui Pontes abre uma exceção à técnica do *habeas corpus* porque admite que a sentença denegatória faça coisa julgada material, se originada por cognição completa²⁴.

Erigido a garantia constitucional, o mandado de segurança tornou-se por algumas décadas a obra mais preciosa criada pelo gênio brasileiro, cantado em prosa e verso em todos os quadrantes do mundo como representativo do nosso profundo amor ao Direito e aos direitos fundamentais.

A partir da década de 50 do século XX começou a decadência do instituto, provocada por vários fatores concorrentes: de um lado, a hipertrofia do poder estatal e a hipervalorização de qualquer interesse público, a que se contrapunha a tutela dos direitos fundamentais, e que levaram a lei, a doutrina e a jurisprudência a oporem limites à admissibilidade do *writ*; de outro, uma visão puramente formal da separação de poderes, incompatível com a supremacia do Judiciário, penosamente conquistada, a opor barreiras à concessão de liminares, a autorizar suspensões de sentenças concessivas e de liminares e a impedir a auto-executoriedade das suas decisões. Os próprios partidários do processualismo científico, ao equipará-lo a uma ação igual às outras, contribuíram para a derrocada do instituto, sufragando a inadmissibilidade do *writ* contra a coisa julgada e contra ato judicial passível de recurso ou correição, e tornando o mandado um instrumento meramente subsidiário. A possibilidade de concessão de efeito suspensivo a qualquer recurso também contribuiu para o seu abandono²⁵.

²³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969*. t. V, 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 364.

²⁴ Id. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. III, 1. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1948. p. 199.

²⁵ V. a minha tese de doutorado (*Natureza jurídica do mandado de segurança*), defendida em 1973 na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, da qual destaco as seguintes conclusões: “VI – o mandado de segurança é ação; [...] IX – as informações da autoridade coatora são verdadeira contestação; [...] XIV – falta interesse de agir ao impetrante nos casos dos itens I e II do artigo 5º da Lei nº 1.533; [...] XVI – os atos judiciais, salvo os administrativos, não estão sujeitos ao mandado de segurança [...]” (p. 85-86).

Cai no esquecimento a natureza extraordinária e de interpelação hierárquica do instituto, suprime-se a citação para contestar e as informações passam a dotar-se de um hibridismo que enfraquece o controle jurisdicional e favorece o Poder Público.

Última pá de cal no esvaziamento do instituto se dá com a implementação da chamada tutela antecipada pelo art. 273 do CPC. Poucos ainda preferem o mandado de segurança para o desafio de atos do Poder Público, se podem numa ação de rito ordinário comum, com mais amplitude cognitiva, obter a necessária tutela de urgência sem ter de instaurar procedimento diverso e se a hipotética sumariedade do mandado de segurança vai militar em desfavor do impetrante, com limitações na execução, e, em tempos de excesso de processos, com a demora que não difere o seu processamento da duração de qualquer outro procedimento.

O grau de desenvolvimento *qualitativo* da tutela jurisdicional efetiva dos direitos do cidadão nos seus litígios com o Poder Público teria tornado desnecessário o mandado de segurança? Poderia o legislador constitucional simplesmente revogar o dispositivo que inclui o mandado de segurança no rol dos direitos e garantias fundamentais? Mas não constituem estes cláusula pétreas, de acordo com o artigo 60, § 4º, inciso IV, da Constituição?

A única conclusão que me parece plausível é a de que a garantia constitucional do mandado de segurança tem um conteúdo próprio, que excede dos limites da garantia da tutela jurisdicional efetiva assegurada no inciso XXXV do artigo 5º da Carta Magna, e que é preciso restaurar a importância do instituto, aproveitando em grande parte as características provenientes da sua origem, bem apontadas por Pontes de Miranda. Infelizmente, a reforma da lei do mandado de segurança empreendida pela Lei n. 12.016/2009 limitou-se a consolidar a doutrina e a jurisprudência dominantes, não tendo sido capaz de devolver-lhe a grandeza que justificou a sua criação e ainda justifica a sua sobrevivência como garantia constitucional *imexível*.

Não se trata, como em algum tempo se cogitou, de negar a natureza de *ação* do mandado de segurança, que levou o próprio Supremo Tribunal Federal a decisões esdrúxulas, como as que excluíram os honorários da sucumbência ou os recursos contra decisões interlocutórias ou a admissibilidade dos embargos infringentes. É ação, sim, mas que provoca o exercício de uma jurisdição extraordinária, ou seja, uma jurisdição

que, destinada à mais ampla tutela dos direitos do cidadão frente ao arbítrio da autoridade estatal, controla o próprio poder jurisdicional.

Como jurisdição extraordinária, não deve impedir, nem substituir o exercício da jurisdição ordinária, mas deve dispor de meios eficazes de coibir os abusos de poder que porventura sejam perpetrados no seu exercício.

Como jurisdição das liberdades públicas se inclui na chamada tutela da urgência, devendo ser exercida com a máxima celeridade, para que a elas seja assegurada a mais ampla eficácia.

Não se trata de um instrumento subsidiário, dependente do esgotamento de quaisquer outros, mas de um direito autônomo, de que deve dispor sempre o cidadão e que o juiz não deve desprezar, a não ser depois de ter obtido da autoridade pública explicações e provas cabais da absoluta legalidade e da rigorosa exação da sua atuação.

É um instrumento de controle hierárquico na justificação dos seus atos e de subordinação hierárquica no cumprimento das decisões judiciais. O administrador está subordinado ao juiz e a este deve contas no exercício das suas funções e a separação de poderes não pode servir como garantia da impunidade ou da supressão do controle jurisdicional da legalidade dos atos do Poder Público. O Estado de Direito se funda no primado dos direitos fundamentais (Constituição, artigo 1º) e a separação de poderes não pode ser óbice a essa exigência. Quanto à execução, vale aqui mencionar que outros países explicitam de modo mais enfático essa relação hierárquica. Mesmo em países da *civil law* se encontram exemplos dessa subordinação. Assim, por exemplo, a Constituição espanhola de 1978 prescreve que a execução das decisões judiciais incumbe ao próprio Judiciário, ao qual a Administração Pública deve prestar colaboração (art. 118). E na justiça administrativa italiana, a execução da decisão judicial pela Administração se submete ao chamado *giudizio di ottemperanza*, que significa *juízo de obediência*, no qual o juiz pode designar um preposto seu, o *commissario ad acta*, para intervir na administração e, substituindo-a, praticar todos os atos necessários ao cumprimento do julgado²⁶.

As informações, que são o instrumento desse controle hierárquico, não devem ser confundidas com o meio de defesa da pessoa jurídica de direito público, que foi deturpado na Lei 1.533/1951, porque naquela época o Ministério Público Federal

²⁶ V. GIANNINI, Daniele. *Il nuovo giudizio di ottemperanza dopo il Codice del processo*. Milano: Giuffrè ed., 2011.

exercia a defesa judicial da União. Mas a lei regulou mal a matéria, porque em vários Estados o Ministério Público não tinha essa função, que acabou por lhe ser proibida no texto constitucional de 1988 (art. 129, inciso IX).

A omissão das informações ou a sua insuficiência no esclarecimento e demonstração da legalidade do ato da Administração deve ter consequências concretas. A Administração tem o dever de justificar a legalidade da sua atuação e não pode prevalecer-se de uma irreal presunção de legalidade, legitimidade e veracidade dos seus atos.

A dilação probatória deve existir no mandado de segurança, desde que compatível com a celeridade que lhe é inerente. Se até na medida cautelar pode se afigurar necessária a produção de provas, com maior razão essa via não pode ser tolhida no mandado de segurança. Ninguém pode ser obstado no gozo de um direito pela impossibilidade de provar a sua existência ou a sua violação, especialmente quando esta resulta de ato ou omissão de uma autoridade pública.

Quanto à coisa julgada no mandado de segurança, tem razão Pontes ao vinculá-la à cognição exaustiva²⁷, em homenagem à segurança jurídica, da qual aquela é garantia. Entretanto, sempre que novos fundamentos ou novas provas possam produzir um juízo diverso, a reiteração do *mandamus* deve ser facultada e o legislador deve prever essa possibilidade e os requisitos da sua ocorrência. Também a possibilidade de impetração do *writ* contra a coisa julgada oriunda de qualquer outro processo deve ser disciplinada pela lei, livrando-nos do dilema cruel do primarismo da sua absoluta inadmissibilidade, proclamada pelo STF na Súmula 268, mas por ele próprio excepcionada em casos de decisões consideradas *teratológicas*.

Impende que a lei imponha também o dever de qualquer autoridade pública da mesma pessoa jurídica de direito público de cumprir imediatamente a decisão do mandado de segurança que lhe seja requisitada. Se se tratar de cumprimento de obrigação pecuniária, como o pagamento de parcela remuneratória de funcionário público, não podem as prestações vencidas ficar sujeitas a precatório, que, aliás, foi dispensado pela Lei 5.021/1966, a meu ver erroneamente revogada no artigo 29 da Lei 12.016/2009, pois isso representa a completa negação da eficácia da previsão constitucional do instituto e das suas características essenciais.

²⁷ Sobre o conteúdo da cognição exaustiva, v. o meu estudo *Cognição sumária e coisa julgada*, publicado na Revista Eletrônica de Direito Processual, v. 10, 2012, p. 275-301. Disponível em: www.redp.com.br.

Proibições de liminares, que ainda subsistem, são, a meu ver, absolutamente inconstitucionais em relação a qualquer tipo de ação, não honrando o Supremo Tribunal Federal a decisão na ADC n. 4 que lhes deu sobrevida. A sua eliminação do nosso ordenamento é imperiosa.

A competência em função do grau da autoridade impetrada e a dificuldade de identificar o coator são outros defeitos da disciplina do mandado de segurança que precisam ser corrigidos. O cidadão que teve o seu direito violado não pode sofrer a denegação da tutela jurisdicional, ainda mais no mandado de segurança, porque não soube precisar qual foi a autoridade de que emanou o ato. Muitas vezes a identidade dessa autoridade não lhe é revelada. A jurisprudência do STJ tem minorado esse problema com a adoção da chamada teoria da encampação. Já tive oportunidade de examiná-lo em outro estudo²⁸.

Não me agride o prazo de decadência de 120 dias, como indício de inexistência da urgência, que é característica do instituto. Entretanto, passado esse prazo, a violação do direito do cidadão pelo ato de autoridade pode continuar a produzir efeitos que precisam ser coibidos com a mesma energia dos que se verificaram naquele prazo. Assim, parece-me que o legislador deveria facultar a propositura do *mandamus*, decorridos os 120 dias, havendo indícios veementes da continuidade da lesão ao direito.

Ave, mandamus, morituri te salutant. Fica lançado o desafio, que a atualidade das lições de Pontes de Miranda pode ajudar a resolver.

Rio de Janeiro, 27 de dezembro de 2012

²⁸ V. GRECO, Leonardo. A *translatio iudicii* e a reassunção do processo. In: *Revista de Processo*, São Paulo, n. 166, ano 33, dez. 2008, p. 9-26.