

UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO

CURSO DE MESTRADO EM DIREITO

**DUPLO GRAU OBRIGATÓRIO DO PROCEDIMENTO DO
MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO DE
PARTICULARES NO EXERCÍCIO DE ATRIBUIÇÃO PÚBLICA**

MELISSA PEREIRA GUARÁ

Recife

2005

MELISSA PEREIRA GUARÁ

**O DUPLO GRAU OBRIGATÓRIO NO PROCEDIMENTO DO
MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA PARTICULARES NO
EXERCÍCIO DE ATRIBUIÇÃO PÚBLICA**

Dissertação apresentada à banca examinadora da Universidade Federal de Pernambuco, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Francisco Queiroz Bezerra Cavalcanti.

Recife

2005

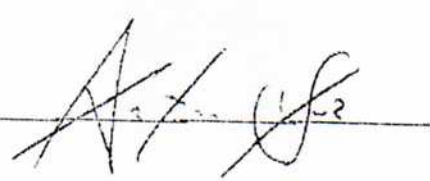


UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
Faculdade de Direito do Recife
Cursos de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado

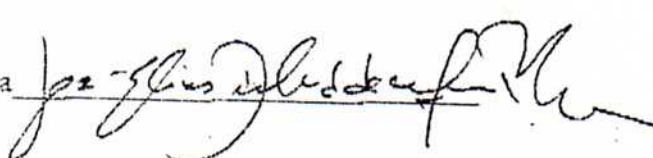
Ata da Sessão de Arguição da Dissertação do (a) Mestranda Melissa Pereira Guará do Curso de Mestrado em Direito da Faculdade de Direito do Recife do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco.

Aos vinte e oito (28) dias do mês de julho do ano de dois mil e quatro às nove horas (9:00) horas na sala de aulas dos Cursos de Pós-Graduação desta Faculdade, reuniu-se a Comissão designada pelo Colegiado e aprovada pela Câmara de Pesquisa e Pós-Graduação a sessão pública de defesa de Dissertação "Mandado de Segurança Contra Ato de Particular como Instrumento de Efetivação dos Direitos Fundamentais perante Terceiros", apresentada pelo(a) aluno(a) Melissa Pereira Guará, que concluiu os créditos exigidos para a obtenção do título de "MESTRE EM DIREITO", segundo encaminhamento da Coordenação do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco e segundo os registros constantes nos arquivos da Secretaria de Processamento de Dissertações e Teses da Pós-Graduação. Os trabalhos foram instalados pelo(a) Prof.(a) Dr.(a) **ARTUR STAMFORD DA SILVA**, Presidente da Banca Examinadora, que foi constituída pelos seguintes Professores Doutores: **JOSE ELIAS DUBARD DE MOURA ROCHA**, Doutor da Universidade Católica de Pernambuco; **GUSTAVO FERREIRA SANTOS**, Doutor da Universidade Federal de Pernambuco; **FRANCISCO QUEIROZ BEZERRA CAVALCANTI**, Doutor da Universidade Federal de Pernambuco, responsável pela orientação da Dissertação. A Banca Examinadora tendo decidido aceitar a Dissertação, passou à arguição pública do(a) candidato(a). Encerrados os trabalhos de arguição, os examinadores deram o parecer final sobre a Dissertação, tendo atribuídas as seguintes Menções:

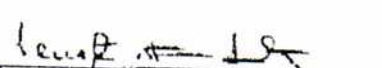
Prof.(a) Dr. (a) **ARTUR STAMFORD DA SILVA**
(Presidente da Banca Examinadora)

Menção aprovado condicionalmente assinatura 

Prof.(a) Dr.(a) **JOSE ELIAS DUBARD DE MOURA ROCHA**
(1º Examinador)

Menção Aprovado condicionalmente assinatura 

Prof. (a) Dr. (a) **GUSTAVO FERREIRA SANTOS**
(2º Examinador)

Menção Aprovado condicionalmente assinatura 



Continuação da ata da mestranda Melissa Pereira Guará

O (a) candidato (a) foi aprovado (a) com a Menção Geral:

Aprovado condicionalmente (na primeira vez).

[Assinatura]
Assinatura do Presidente da Banca Examinadora

Proclamados os resultados pelo Presidente da Banca Examinadora, foram encerrados os trabalhos, e para constar eu, Josina de Sá Leitão, Secretária da Coordenação dos Cursos de Pós-Graduação confiro e assino a presente ata juntamente com os membros da Banca Examinadora.

Recife, 28 de julho de 2004.

[Assinatura]
Prof(a) Dr(a) JOSE ELIAS DUBARDE DE MOURA ROCHA

[Assinatura]
Prof(a) Dr(a) GUSTAVO FERREIRA SANTOS

[Assinatura]
Prof(a) Dr. (a) ARTUR STAMFORD DA SILVA
(Presidente da Banca Examinadora)

[Assinatura]
SECRETARIA

Em tempo: Onde se lê: Mandado de Segurança contra o Ato de Particular como Instrumento de Ejetivação da Direção, Fundamentais perante terceiros,
se: Duplo Grau Obrigatório do Procedimento do Mandado de Segurança contra Ato de Particulares no Exercício de Atividade Pública.



[Assinatura]



PARECER

Trata-se de Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado em Direito por Melissa Pereira Guará, com o título "Duplo Grau Obrigatório do Procedimento do Mandado de Segurança Contra o Ato de Particulares no Exercício de Atribuição Pública".

Considerando a nova versão apresentada, a Comissão Examinadora passou a considerar esta suficiente e atendendo as exigências da Banca. Pelo exposto, a mestranda está apta ao título de mestra.

Recife, 03 de outubro de 2004.



S914d

Guará, Melissa Pereira.

Duplo grau obrigatório do procedimento do mandado de segurança contra ato de particulares no exercício de atribuição público / Melissa Pereira Guará. — Recife: O Autor, 2005.

105p.

Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Pernambuco. CCJ. Direito, 2004.

Inclui bibliografia.

1. Mandado de Segurança 2. Duplo Grau Obrigatório 3. Postulado da razoabilidade 4. Conflito de princípios. I. Título.

CDD 341.46219

Agradecimento especial ao sempre amigo Napoleão Nunes Maia Filho, em razão de sua essencial ajuda, bem como ao Professor Francisco Queiroz Bezerra Cavalcanti.

RESUMO

O trabalho ora apresentado tem como título O DUPLO GRAU OBRIGATÓRIO NO PROCEDIMENTO DO MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO DE PARTICULARES NO EXERCÍCIO DE ATRIBUIÇÃO PÚBLICA. Inicia-se com uma breve explanação sobre interpretação das normas jurídicas, suas espécies e seus postulados. Segue com a análise do histórico do surgimento do mandado de segurança. Adiante, verifica-se a legitimidade passiva da ação de mandado de segurança. No capítulo seguinte, estuda-se o instituto do duplo grau obrigatório e, no capítulo final, analisa-se a interpretação possível do duplo grau obrigatório no procedimento de mandado de segurança quando o ato é praticado por particulares no exercício de atribuição pública.

Palavras-chave: Mandado de segurança. Duplo grau obrigatório. Postulado da razoabilidade. Conflito de princípios. Razão motivadora da regra que prevê o mandado de segurança contra atos de particulares. Razão motivadora da regra do duplo grau obrigatório.

ABSTRACT

The presented work however has as heading the double obligator degree in the procedure of the mandamus against act of particular in the exercise of public attribution. it is initiated with one brief explanation on interpretation of the rules of law, its species and its postulates. It follows with the analysis of the description of the sprouting of the mandamus. It has advanced, verifies it passive legitimacy of the action of mandamus. In the following chapter, the institute of double obligator degree e is studied, in the final chapter, the conclusion heading, it is analyzed possible interpretation of the double obligator degree in the procedure of mandamus when the act is practised by private in the exercise of public attribution.

Keywords: Mandamus. Double obligator degree. Conflict of principles. reason of the rule that foresees the mandamus against acts of particular. reason of the rule of the double obligator degree.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
1 NORMA JURÍDICA, SUAS ESPÉCIES E SEUS POSTULADOS	
1.1 Normas jurídicas e sua interpretação	12
1.2 Distinção entre regra e princípio	16
1.3 Os postulados normativos	23
1.3.1 Postulado da razoabilidade	24
1.3.2 Postulado da proporcionalidade	25
1.4 A questão da validade das normas	26
1.5 Fixação das premissas	29
2 MANDADO DE SEGURANÇA	
2.1 Histórico	32
2.2 Tratamento normativo do mandado de segurança nos textos constitucionais brasileiros	43
3 LEGITIMAÇÃO PASSIVA DA AÇÃO DE SEGURANÇA	
3.1 Princípios relacionados à regra de cabimento da ação de mandado de segurança contra ato de dirigentes de entidade privada	46
3.2 Anotações sobre o conceito de serviço público	47
3.3 Legitimidade passiva na ação de mandado de segurança	49
3.3.1 Particular no pólo passivo da ação de mandado de segurança	53

4 DUPLO GRAU OBRIGATÓRIO

4.1	Histórico	57
4.2	Princípios subjacentes ao enunciado que prevê a regra do duplo grau obrigatório	59
4.3	Natureza jurídica	60
4.4	Processamento	65
4.5	A previsão do duplo grau obrigatório na ação de mandado de segurança	67

5 VERIFICAÇÃO DA COMPATIBILIDADE DA REGRA QUE PREVÊ O DUPLO GRAU OBRIGATÓRIO NO MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO DE DIRIGENTE DE ENTIDADE PARTICULAR QUE EXERCE ATRIBUIÇÃO PÚBLICA COM SEUS PRINCÍPIOS SUBJACENTES

5.1	Considerações preliminares	70
5.1.1	Análise da compatibilidade dos princípios subjacentes às regras que prevêm o duplo grau obrigatório e a que prevê o cabimento do mandado de segurança contra ato de entidade privada no exercício de atribuição pública	71
5.2	Considerações acerca do princípio da segurança jurídica	78
5.3	A título de conclusão	81

CONCLUSÕES	87
-------------------	----

REFERÊNCIAS	102
--------------------	-----

INTRODUÇÃO

A realidade do direito é uma realidade de linguagem. Desvendar os seus mistérios – da linguagem – requer uma posição apriorística, segundo a qual os textos (signos) não são portadores *per si* de significações previamente determinadas.

Essa constatação abala sensivelmente o *dogma* da interpretação, segundo o qual a tarefa do intérprete seria apenas trazer à tona o sentido correto da lei.

A realidade do direito não é distinta, justamente porque ele é linguagem. Os signos contidos nos enunciados normativos não têm um sentido pré-definido. Quem os lê (interpreta) atribui-se-lhe a sua significação.

O direito forma então um sistema de símbolos (VILANOVA, 1977: 216). Paulo de Barros Carvalho (2005: 109), visualizando o sistema do direito sob um prisma de três subsistemas, o vê com a seguinte repartição: (i) um conjunto de enunciados tomados no plano da expressão; (ii) conjunto de conteúdos de significação dos enunciados prescritivos e (iii) um domínio articulado de significações normativas construídas a partir do sistema do texto.

Num exercício de concretização da teoria de Paulo de Barros Carvalho, o conjunto dos enunciados tomados no plano da expressão seria os textos. No segundo conjunto – o de conteúdo de significação – dispõem-se os sentidos que o intérprete constrói no esforço de compreender a seqüência das formulas gráficas utilizadas pelo legislador. No terceiro, verifica-se o movimento de implicação das regras jurídicas, dos princípios, num exercício de subordinação, coordenação, sendo

a forma de encerramento e que conota e compõe a forma superior do sistema jurídico.

Em face dessas considerações, a norma jurídica não é o texto, não é o enunciado. Este é apenas o seu veículo introdutor. É o ponto de partida de onde segue o intérprete para a (re)construção da norma jurídica concreta.

Com esse intróito e com as premissas nele fixadas, qual será, então, o objeto desse trabalho, a sua abordagem e a sua metodologia?

O objeto do trabalho consiste na interpretação dos enunciados que prevêm a ação de mandado de segurança contra atos de particulares que exerçam atribuição pública e o duplo grau obrigatório a ser observado nesse tipo específico de ação. Essa é a delimitação do tema que se irá estudar.

No entanto, diversas seriam as abordagens que se poderia fazer do temário proposto. A que se adotou nesse trabalho diz respeito ao estudo dos enunciados a partir de uma análise da congruência dos dispositivos com as razões que lhes são motivadoras, o que deve levar à análise do embate dos princípios que se contrapõem nessa seara específica. Esse é o foco do trabalho.

Com o intuito de realizar a proposta, iniciou-se o trabalho com um capítulo teórico, envolvendo o conceito de norma, as suas espécies e seus postulados, o qual servirá como base fundamental para o capítulo final (capítulo 5).

Nessa abordagem inicial, importantíssima a conceituação de razão motivadora (justificadora) das regras. Esse conceito permeará todo o trabalho. A partir da análise das razões justificadoras da regra que prevê o cabimento de mandado de segurança, inicialmente, e depois daquela outra que estendeu o seu cabimento contra atos de particulares, bem como das razões que motivam a regra

do duplo grau obrigatório é que o trabalho poderá resultar em alguma conclusão útil ao leitor.

Nesse afã de realçar as razões que motivam os enunciados estudados, seguiu-se o trabalho no capítulo 2,3 e 4.

No capítulo 5, encerra-se o trabalho, onde se tentará encaixar todas as premissas anteriormente fixadas.

1 NORMA JURÍDICA, SUAS ESPÉCIES E SEUS POSTULADOS

1.1 Normas jurídicas e sua interpretação

O objeto de estudo do direito é as normas jurídicas. Na percepção de Paulo de Barros Carvalho (1985: 6), a norma jurídica é a significação que colhemos da leitura dos textos do direito positivo. Trata-se de algo que se produz em nossa mente, como resultado da percepção do mundo exterior, captado pelos sentidos.

Nesse sentido, a norma jurídica é exatamente o juízo que a leitura do texto provoca em nosso espírito, bastando isso para advertir que um único texto pode originar significações diferentes (CARVALHO, 1985: 6).

O texto legal consiste, basicamente, no veículo introdutor da norma jurídica. A norma jurídica é, como se disse, a percepção que o intérprete possui do veículo que o introduziu no sistema jurídico.

Uma analogia feita por Paulo de Barros Carvalho (1985: 6) expressa bem o seu entendimento do que seja uma norma jurídica:

Por analogia aos símbolos lingüísticos quaisquer, podemos dizer que o texto escrito está para a norma jurídica tal qual o vocábulo está para a sua significação. Nas duas situações, encontraremos o suporte físico que se refere a algum objeto do mundo (significado) e do qual extraímos um conceito ou juízo (significação).

Bastante elucidativa é a lição de Luis Alberto Warat (1995:27), para quem um texto normativo é uma conjunção de signos cuja significação não é da sua essência. Trata-se, segundo ensina o autor, utilizando-se das lições de Suassure, de uma junção de signos com significantes atribuídos arbitrariamente e cujo significado não tem uma relação de pertinência com os significantes atribuídos:

Quando Saussure afirma que os signos lingüísticos são arbitrários, está querendo dizer que o significante não tem nenhum laço natural na realidade. O significado pode ser representado por qualquer significante, mas esta idéia de arbitrariedade não deve fazer pensar que o significante depende da livre escolha do sujeito falante, uma vez que este não tem o poder de alterar o signo se a relação significante/significado foi aceita por um grupo lingüístico. Além disso, devemos recordar que a idéia de arbitrariedade é relativa, pois os signos do interior da língua constituem um sistema. A relação sistemática entre os signos de uma língua constitui um certo grau de limitação para a arbitrariedade do signo.

Lourival Vilanova (1977: 216) já advertira que “o direito positivo é conjunto, cujos elementos são do domínio da linguagem.” Assim, o direito positivo, para o mestre pernambucano:

...é um sistema de normas jurídicas é um sistema de linguagem, com conotação normativa, referente, denotativamente, a um segmento do mundo de fatos. Como linguagem significativa, está sujeita às leis formais das significações, ou dos símbolos abstratos, portadores de categorias de significações que, por serem abstratas, são significações quaisquer sobre objetos quaisquer. (VILANOVA, 1977: 136).

Paulo de Barros Carvalho (2005: 109), também visualizando o sistema jurídico como sistema de símbolos lingüísticos, percebe-o a partir de três subsistemas: (i) conjunto de enunciados, tomados no plano da expressão; (ii) conjunto de conteúdos de significação dos enunciados prescritivos; (iii) domínio articulado de significações normativas.

No primeiro plano, tem-se o primeiro contato do intérprete com a mensagem legislada. É onde se analisa o suporte físico das significações, sendo este “o único e exclusivo dado objetivo para os integrantes da comunidade comunicacional” (CARVALHO, 2005: 116).

No segundo plano, ingressa-se no plano do conteúdo. No primeiro momento o intérprete isolou a base física do texto que pretende compreender. Neste segundo plano, o intérprete ingressa no mundo jurídico, passando a lidar com os significados dos signos jurídicos a partir de significações jurídicas.

Ressalta Paulo de Barros Carvalho (2005: 120) que:

...toda a problemática que cerca a comunicação das mensagens jurídicas está presente nesse domínio em que os campos de irradiação semântica dos signos se aglutinam, se cortam, se interpenetram, com efeitos de potencialização, já que o objetivo final é levar a disciplina às situações em que os comportamentos sociais se cruzam, marcando contingências de interessoalidade.

É nesse plano que o intérprete se movimenta entre os enunciados, ou seja, no subdomínio das significações dos enunciados, cumprem papel relevante as sentenças prescritivas implícitas, compostas, por derivação lógica, de formulações expressas do direito positivo, tais como supremacia do interesse público sobre o interesse privado, os primados da justiça, da segurança jurídica, da certeza do direito, por exemplo.

No terceiro plano, atinge-se o apogeu da missão hermenêutica, sendo esse o momento em que aparece a norma jurídica em sua pujança significativa, formada harmonicamente pela conjunção dos mais prestigiados valores que o ordenamento consagra.

Essas considerações levam, portanto, ao entendimento de que a atividade do intérprete não consiste em meramente descrever o significado previamente existente nos dispositivos normativos. A sua atividade consiste em construir esses significados.

Paulo de Barros Carvalho (2005: 97) ensina que “muitas vezes a tarefa de produção do conteúdo, sentido e alcance da norma jurídica é o resultado de esforço breve e ligeiro.” No entanto, adverte:

Condições há, entretanto, em que a construção do sentido da mensagem legislada só se consegue mediante intensa e profunda meditação, em que articulamos regras dos mais variados setores da experiência jurídico-positiva, cruzando-as sob o pálio de princípios implícitos, de difícil compreensão. É nessa área que surgem os obstáculos de problemática transposição, em virtude de nos depararmos com vácuos normativos, verdadeiras lacunas que

a linguagem leiga do legislador plasmou no texto da lei. É a hora de integrarmos o sistema, buscando a sua plenitude e a unicidade que o caracteriza como estrutura científica. Nesse preciso instante, aparece a integração com o único meio de interpretarmos o direito, descrevendo-o na sua sistematicidade entitativa. Somos levados a acreditar, com foros de convicção, que a providência integrativa não só pertence ao processo de interpretação, como dele é parte fundamental, pois é ela que nos permite ver a ordem jurídica como um todo organizado, nos seus entrelaçamentos verticais – hierarquia – e horizontais – relação de coordenação. Por esse rumo, chegaremos a vislumbrar, finalmente, o direito posto como enorme pirâmide de proposições prescritivas, em que as normas se distribuem numa derivação escalonada.” (CARVALHO, 2005: 99).

Nessas condições, quando a construção de sentido da mensagem legislada requer uma profunda e intensa meditação, a tarefa do intérprete enseja uma imersão no sistema jurídico, visando, com isso, conferir sentido ao texto interpretado que seja coerente com os demais enunciados que com ele se relacionem.

É, nesse contexto, que entra em cena a aplicação da teoria da hierarquia das normas formulada por Hans Kelsen, que nos legou a noção de que os enunciados do sistema do direito positivo devem guardar compatibilidade com os enunciados constitucionais, em razão destes situarem-se no topo da pirâmide (ordenamento jurídico) e, por conta disso, serem responsáveis pelo sustentáculo dos demais textos normativos.

Essa análise dinâmica dos enunciados normativos, por meio da qual se deve visualizá-los dentro de um sistema que tem como ponto de referência um texto de hierarquia superior, enseja a necessária passagem pela construção doutrinária que tem como pretensão a distinção entre regras e princípios. É o que se fará em seguida.

A sua presença em um trabalho dessa natureza se justifica em razão de que ele (o trabalho) se destina ao estudo do texto normativo que prevê o duplo grau obrigatório no procedimento de mandado de segurança contra ato de particular

e esse estudo requer a análise de compatibilidade desse enunciado com os princípios constitucionais que com ele se relacionam.

1.2 Distinção entre regra e princípio

A definição das espécies normativas é tema do qual muitos autores já se ocuparam.

Veja o que já escreveu sobre o tema Ivo Dantas (no prelo):

Em nosso entender, *Princípios* são categorias lógicas e, tanto quanto possível, universais, muito embora não possamos esquecer que, antes de tudo, quando incorporados a um sistema jurídico-constitucional-positivo, refletem a própria estrutura ideológica do Estado, como tal, representativa dos valores consagrados por uma determinada sociedade. Decorrência desse entendimento, em nossa maneira de ver, correta é a posição dos que advertem para a distinção entre *Princípios* e *Normas*, sobretudo porque, embora aqueles possam até ser inferidos por uma operação lógica, a norma é sempre expressa, não pode ser *deduzida* a partir do conteúdo do sistema como um todo.

Ronald Dworkin (2002: 74) tenta distinguir os princípios das regras jurídicas, mencionando inicialmente que a distinção entre normas e princípios é de natureza lógica, ou seja, as primeiras são aplicáveis por meio do método disjuntivo: se os fatos que são estipulados em uma norma ocorrem e a norma é válida, deve-se aplicá-la, mas, ao contrário, se os mesmos fatos acontecem e, todavia, a norma não possui validade, não será utilizada para solucionar o caso objeto de apreciação. (DWORKIN, 2002: 74).

Para ele, as regras são aplicadas ao modo tudo ou nada, no sentido de que, se a hipótese de incidência de uma regra é preenchida, ou é a regra válida e a consequência normativa deve ser aceita, ou ela não é considerada válida.

Robert Alexy (2001: 81), por sua vez, afirma que a distinção entre regras e princípios constitui a base da fundamentação dos direitos fundamentais e é o mote para a solução de problemas centrais da sua dogmática.

Entende o mencionado autor alemão que o critério decisivo para a distinção entre regras e princípios é que os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes.

Portanto, os princípios jurídicos constituem mandatos de otimização que se caracterizam pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus e que a medida devida de seu cumprimento depende, além das possibilidades reais, das possibilidades jurídicas, e ressalta, finalmente, que o âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras opostos. (ALEXY, 2001: 86).

Já as regras, prossegue, são caracterizadas pelo fato de que somente podem ser cumpridas ou não, ou seja, se uma regra é válida o comando nela contido há de ser totalmente cumprido e, por conseguinte, se não é válida, não será atendido absolutamente. (ALEXY, 2001: 87).

Assim, a distinção entre princípios e regras, segundo Alexy, não pode ser baseada no modo tudo ou nada de aplicação proposto por Dworkin, mas deve resumir-se, sobretudo, a dois fatores: diferença quanto à colisão, na medida em que os princípios colidentes apenas têm sua realização normativa limitada reciprocamente, ao contrário das regras, cuja colisão é solucionada com a declaração de invalidade de uma delas ou com a abertura de uma exceção que exclua a antinomia; diferença quanto à obrigação que instituem, já que as regras instituem obrigações absolutas, não superadas por normas contrapostas, enquanto os princípios instituem obrigações *prima facie*, na medida em que podem ser

superadas ou derogadas em função dos outros princípios colidentes. (ÁVILA, 2005: 30).

Humberto Ávila (2005:36) analisa o critério proposto por Dworkin para distinguir princípios e regras e o denomina de critério do modo final de aplicação, assinalando, inicialmente, que:

...o modo de aplicação não está determinado pelo texto objeto de interpretação, mas é decorrente de conexões axiológicas que são construídas pelo intérprete, que pode inverter o modo de aplicação havido inicialmente como elementar. Ressalta que muitas vezes o caráter absoluto da regra é completamente modificado depois da consideração de todas as circunstâncias do caso, como se verifica em algumas normas que preliminarmente indicam um modo absoluto de aplicação, mas que, com a consideração a todas as circunstâncias, terminam por exigir um processo complexo de ponderações de razões e contra-razões.

O mesmo autor, criticando distinção entre regras e princípios que toma como critério o conflito normativo, tal como Alexy, explica que a ponderação “não é método privativo dos princípios, podendo estar presente no caso de dispositivos hipoteticamente formulados, cuja aplicação é preliminarmente havida como automática.” (ÁVILA, 2005: 44). Diante dessa constatação, formula o autor as seguintes propostas:

Em primeiro lugar, a atividade de ponderação ocorre nas hipóteses de regra que abstratamente convivem, mas concretamente podem entrar em conflito. Costuma-se afirmar que quando duas regras entram em conflito, de duas, uma: ou se declara a invalidade de uma das regras, ou se abre uma exceção a uma das regras de modo a contornar a incompatibilidade entre elas. Já quando dois princípios entram em conflito deve-se atribuir uma dimensão de peso maior a um deles. Por isso, assevera-se que os princípios entram em conflito no plano concreto, e a solução desse conflito insere-se na problemática da aplicação.(...) É preciso aperfeiçoar o entendimento de que o conflito entre regras é um conflito necessariamente abstrato, e que quando duas regras entram em conflito deve-se declarar a invalidade de uma delas ou abrir uma exceção. Trata-se de qualidade contingente; não necessária.

(...)

Em segundo lugar, as regras também podem ter seu conteúdo preliminar de sentido superado por razões contrárias, mediante um processo de ponderação de razões. Ademais, isso ocorre nas hipóteses de relação entre a regra e suas exceções. A exceção pode estar prevista no próprio ordenamento jurídico, hipótese em que o aplicador deverá, mediante

ponderação de razões, decidir se há mais razões para aplicação da hipótese normativa da regra ou, ao contrário, para a de sua exceção. (...). E a exceção pode não estar prevista no ordenamento jurídico, situação em que o aplicador avaliará a importância das razões contrárias à aplicação da regra, sopesando os argumentos favoráveis e os argumentos contrários à criação de uma exceção diante do caso concreto. (...). O importante é que o processo mediante o qual as exceções são constituídas também é um processo de valoração das razões: em função da existência de uma razão contrária que supera axiologicamente a razão que fundamenta a própria regra, decide-se criar uma exceção. Trata-se do mesmo processo de valoração de argumentos e contra-argumentos – isto é, de ponderação. (...). Além disso, importa ressaltar que a relação entre regras e entre princípios não se dá de uma só forma. Na hipótese de relação entre princípios, quando dois princípios determinam a realização de fins divergentes, deve-se escolher um deles em detrimento do outro, para a solução do caso.

(...).

Em terceiro lugar, a atividade de ponderação de regras, verifica-se na delimitação de hipóteses normativas semanticamente abertas ou de conceitos jurídicos-políticos, como Estado de Direito, certeza do Direito, democracia. Nesses casos o interprete terá de examinar várias razões contra e a favor da incidência da regra, ou investigar um plexo de razões para decidir quais elementos constituem os conceitos jurídicos-políticos. Como os dispositivos hipoteticamente construídos são resultado de generalizações feitas pelo legislador, mesmo a mais precisa formulação é potencialmente imprecisa, na medida em que podem surgir situações inicialmente não previstas. Nessa hipótese, o aplicador deve analisar a finalidade da regra, e somente a partir de uma ponderação de todas as circunstâncias do caso pode decidir que elemento de fato tem prioridade para definir a finalidade normativa.

(...).

O que importa é que a questão crucial, a invés de ser a definição dos elementos descritos pela hipótese normativa, é saber quais os casos em que o aplicador pode recorrer à razão justificadora da regra (rule's purpose), de modo a entender os elementos constantes da hipótese como mero indicadores para a decisão a ser tomada, e quais os casos em que ele deve manter-se fiel aos elementos descritos na hipótese para a tomada de decisão, independentemente da existência de razões contrárias. Ora, essa decisão depende da ponderação entre as razões que justificam a obediência incondicional à regra, como razões ligadas à segurança jurídica e à previsibilidade do direito, e as razões que justificam seu abandono em favor da investigação dos fundamentos mais ou menos distantes da própria regra. Essa decisão – eis a questão – depende de uma ponderação. (AVILA, 2005: 44-49).

Assim, pelo que foi exposto, Humerto Ávila (2005: 60-69) propõe a distinção entre regras e princípios a partir de alguns fundamentos: (i) dissociação justificante; (ii) dissociação abstrata; (iii) dissociação heurística e (iv) dissociação em alternativas inclusivas.

O primeiro fundamento sugere que a investigação dos princípios deve ocorrer de modo a privilegiar o exame da sua estrutura, especialmente para nela encontrar um procedimento racional de fundamentação que permita tanto especificar as condutas necessárias à realização dos valores por eles prestigiados quanto justificar e controlar sua aplicação mediante reconstrução racional dos enunciados doutrinários e das decisões judiciais. A questão crucial deixa de ser a verificação dos valores em jogo para se construir na legitimação de critérios que permitam aplicar racionalmente esses mesmos valores.

O segundo fundamento, dissociação abstrata, consiste na possibilidade de se distinguir regras e princípios a partir de um plano *prima facie*, antes da análise concreta, pois qualquer classificação das espécies normativas será inadequada se não fornecer critérios minimamente seguros de antecipação das características normativas.

Pelo fundamento da dissociação heurística, a proposta defendida pelo autor tem a premissa de que as normas são construídas pelo intérprete a partir dos dispositivos e do seu significado usual, daí porque a distinção entre princípios e regras deixa de se constituir em uma distinção quer com valor empírico quer com valor conclusivo, transformando-se numa distinção como modelo ou hipótese provisória de trabalho para posterior reconstrução de conteúdos normativos, sem, no entanto, assegurar qualquer procedimento estritamente dedutivo de fundamentação ou de decisão a respeito desses conteúdos.

O último fundamento, dissociação em alternativas inclusivas, diferencia-se dos demais, porque admite a coexistência das espécies normativas em razão de um mesmo dispositivo. Um ou mais dispositivos podem funcionar como ponto de referência para a construção de regras, princípios e postulados.

Assim, ao invés de alternativas exclusivas entre as espécies normativas, de modo que a existência de uma espécie excluiria a existência das demais, ele propõe uma classificação que alberga alternativas inclusivas, no sentido de que os dispositivos podem gerar, simultaneamente, mais de uma espécie normativa, de forma que um ou vários dispositivos podem experimentar uma dimensão imediatamente comportamental (regra), finalística (princípio) e/ou metódica (postulado).

Em razão dos fundamentos expostos, Humerto Ávila (2005: 63-64), ainda no exercício de distinção entre regras e princípios, propõe a sua teoria a partir de alguns critérios. O primeiro deles consiste no *critério da natureza do comportamento prescrito*, por meio do qual se verifica que as regras podem ser dissociadas dos princípios quanto ao modo como prescrevem o comportamento. Enquanto as regras são normas imediatamente descritivas, na medida em que estabelecem obrigações, permissões e proibições por meio da descrição da conduta a ser adotada, os princípios são normas imediatamente finalísticas, uma vez que estabelecem um estado de coisas para cuja realização é necessária a adoção de determinados comportamentos. Em razão disso, conclui que os princípios estabelecem uma espécie de necessidade prática: prescrevem um estado ideal de coisas que só será realizado se determinado comportamento for adotado e as regras, por sua vez, podem ser definidas como normas mediamente finalísticas, ou seja, normas que estabelecem indiretamente fins, para cuja concretização estabelecem com maior exatidão qual o comportamento devido.

O *critério da natureza da justificação exigida* sugere que as regras podem ser dissociadas dos princípios quanto à justificação que exigem, ou seja, a interpretação e aplicação das regras exigem uma avaliação da correspondência

entre construção conceitual dos fatos e a construção conceitual da norma e da finalidade que lhe dá suporte, ao passo que a interpretação e a aplicação dos princípios demandam uma avaliação da correlação entre o estado de coisas posto como fim e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária. Desta feita, a proposta de Ávila não centra no modo de aplicação das normas (*tudo ou nada* ou *mais ou menos*), mas no modo de justificação necessário à sua aplicação. (ÁVILA, 2005: 68).

O último critério apontado pelo autor cuja teoria ora se descreve consiste no *critério da medida de contribuição para a decisão*, por meio do qual se constata que os princípios consistem em normas primariamente complementares e preliminarmente parciais, na medida em que não tem a pretensão de gerar uma solução específica, mas de contribuir, ao lado de outras razões, para a tomada de decisão.

As regras, por sua vez, consistem em normas preliminarmente decisivas e abarcantes, na medida em que, a despeito da pretensão de abranger todos os aspectos relevantes para a tomada de decisão, têm a aspiração de gerar uma solução específica para o conflito entre razões. Ressalta, como uma advertência, que as regras são apenas preliminarmente decisivas, ou seja, não é automática a sua aplicação quando a hipótese abstrata prevista no seu enunciado ocorre no mundo dos fatos, “em função de consideração a razões excepcionais que superem a própria razão que sustenta a aplicação normal da regra. Esse fenômeno é por ele denominado de *aptidão para cancelamento*.” (ÁVILA, 2005: 69-70).

Depois dessas análises, propõe Humberto Ávila (2005: 70) os seguintes conceitos de regras e princípios:

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja

aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhe dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual dos fatos. Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.

Pelo exposto, adota-se, nesse trabalho, a teoria de Humberto Ávila sobre a distinção entre regras e princípios.

O fenômeno de aplicação das regras exige, como se vê, a avaliação de correspondência com os princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes.

Na hipótese colocada neste trabalho, temos dois enunciados que são o ponto de partida para a interpretação: (i) o primeiro é o que contém a regra de cabimento de mandado de segurança contra ato de particular no exercício de função pública; (ii) o segundo é o que contém a regra de que a sentença concessiva de segurança enseja, necessariamente, a remessa dos autos ao Tribunal para ser a matéria reexaminada.

Na execução da tarefa de conferir sentido a esses dois enunciados, é necessária a avaliação, no caso concreto posto, da correspondência de ambos aos princípios que lhe servem de suporte.

É também fundamental que a aplicação da regra ao caso concreto não viole outros princípios contidos no sistema e que também tenham implicação nas regras examinadas.

Depois, resta ainda a possibilidade de, na avaliação da situação, entre em choque dois ou mais princípios.

Esse exercício do fenômeno da interpretação é auxiliado pelos postulados, que se estudará em seguida.

1.3 Os postulados normativos

Até este momento se fixou o que se deve entender por norma jurídica e como se deve identificar suas espécies: regras e princípios. Neste tópico do trabalho irá se estudar os postulados normativos que são deveres estruturantes da aplicação de outras normas. (ÁVILA, 2005: 89).

Realmente, fecunda é, como se viu, a discussão sobre as espécies de normas. No entanto, aliada a essa discussão, necessário acoplar-se outra, sem a qual de nada teria importância o fato de distinguir regras de princípios. Consiste essa outra discussão no método de estruturação das normas e princípios.

1.3.1 Postulado da razoabilidade

O postulado da razoabilidade possui, na classificação de Humberto Ávila (2005: 103) três subespécies: razoabilidade como equidade; razoabilidade como congruência e razoabilidade como equivalência.

O postulado da razoabilidade como equidade impõe, na aplicação do direito, a consideração daquilo que normalmente acontece, auxiliando, com isso, a harmonização da norma geral com o caso individual (ÁVILA, 2005: 103).

Desta feita, nessa subespécie, a razoabilidade atua na interpretação de fatos descritos em regras jurídicas, exigindo determinada interpretação como meio de preservar a eficácia de princípios axiologicamente subjacentes. (ÁVILA, 2005: 105).

O postulado da razoabilidade como eqüidade indica, portanto, que uma regra não é aplicável somente porque as condições previstas hipoteticamente no seu texto são satisfeitas. Uma regra é aplicável a um caso se, e somente se, os fatos se compatibilizam com a situação hipotética contida no enunciado e se sua aplicação não é excluída pela razão motivadora da própria regra ou pela existência de um princípio que institua uma razão contrária. A razão motivadora consiste justamente na finalidade da regra. Em grande parte das situações, a razão motivadora consiste em efetivar um princípio constitucional (explícito ou implícito).

A razoabilidade como congruência exige uma correlação entre o critério distintivo utilizado pela norma e a medida por ela adotada (ÁVILA, 2005: 109).

Um caso específico exemplifica com certa clareza o mencionado postulado. Trata-se da análise da Medida Provisória que alargou de 2 para 5 anos o prazo para a União, Estados e Municípios ajuizarem ação rescisória. O STF entendeu, no julgamento da ADIn 1.753-2 (publicada no DJU em 12.06.98, da qual foi relator o Ministro Sepúlveda Pertence), que se deve suportar algumas prerrogativas processuais concedidas ao poder público, em razão de diferenças reais entre eles e as partes privadas, não se mostrando razoável instituir-se tais prerrogativas apenas para servir de agravamento da satisfação do direito do particular. Na hipótese, a medida provisória foi declarada inconstitucional, por violar princípios da igualdade e do devido processo legal.

A razoabilidade como equivalência também exige uma relação de equivalência (perdão pela tautologia) ente a medida adotada e o critério que a dimensiona. (ÁVILA, 2005: 109). Exemplo da utilização desse postulado é verificado

no julgamento da Representação 1.077, na qual o STF declarou inconstitucional taxa judiciária de percentual fixo, sob o fundamento de que em algumas hipóteses a taxa era tão alta que impossibilitava o exercício de um direito fundamental, além de não ser razoavelmente equivalente ao custo real do serviço. (ÁVILA, 2005: 109)

Veja-se que o postulado da razoabilidade exige a consideração das particularidades individuais dos sujeitos atingidos pelo ato de aplicação concreta do direito

1.3.2.1 Postulado da proporcionalidade

O postulado da proporcionalidade possui três elementos. O primeiro deles é a adequação, que constitui na compatibilidade entre meio e fim. Desta feita, com o desígnio de adequar o meio ao fim que se intenta alcançar, faz-se mister que a medida seja suscetível de atingir o objetivo escolhido.” (BONAVIDES, 1999: 360).

O segundo elemento do postulado da proporcionalidade diz respeito à necessidade. Em razão desse elemento, a medida não há de exceder os limites indispensáveis à conservação do fim legítimo que almeja, ou uma medida para ser admissível deve ser necessária.

Em outras palavras, “de todas as medidas que igualmente servem à obtenção de um fim, cumpre eleger aquela menos nociva aos interesses do cidadão, podendo assim o princípio da necessidade também ser chamado à escolha do meio mais suave.” (BONAVIDES, 1999: 361).

O terceiro elemento consiste no da proporcionalidade em sentido estrito, que enseja que a escolha do meio deve recair sobre aquele ou aqueles que,

no caso específico, levarem mais em conta os interesses em jogo. (BONAVIDES, 1999: 361).

1.4 A questão da validade das normas

Questão de relevo teórico no que atine ao estudo das normas jurídicas diz respeito à análise do que se entenda por norma válida.

Sobre o assunto há dois modelos teóricos: (i) o que entende a validade como essência da norma jurídica e (ii) o que entende a validade como qualidade da norma.

No exame do primeiro deles – validade como essência da norma – tem como grande defensor Hans Kelsen. Para o autor mencionado, o direito é um sistema de normas que regula comportamento.

Nesse sentido, analisando a questão da validade das normas, menciona que há dois tipos de sistema de normas: um estático e outro dinâmico. (KELSEN, 1998a: 217)

No sistema estático, as normas se relacionam por intermédio de seu conteúdo. Já no sistema dinâmico, as normas se derivam das outras através da autoridade que as colocou, e não pelo conteúdo. No sistema dinâmico, a relação entre as normas é meramente formal. (KELSEN, 1998:

O Direito, para Kelsen (1998: 166), é um sistema de normas que tem o caráter dinâmico. Isso ocorre, ao seu ver, porque as normas jurídicas não são válidas por apresentarem um conteúdo cuja força obrigatoriedade seja auto-evidente.

O fundamento de validade de uma norma, para Kelsen (1998: 166), nunca é um fato, e sim uma outra norma, uma norma superior. Por sua vez, esta é produzida de acordo com outra norma superior. Desta feita, o fundamento de validade de uma norma independe de seu conteúdo. Kelsen (1998: 181) assevera que o fundamento é tão-somente a norma superior que estabelece o órgão e o procedimento de criação da norma inferior.

Nesse contexto, a validade da norma aparece, então, como sinônimo de existência. Para Kelsen, norma é válida, porque pertencente a determinado sistema.

O modelo que vê a validade da norma como essência já foi bastante contestado. Observe que Von Wright (1970: 200) assevera que a validade pode ter dois sentidos: o da existência e o da legalidade. A legalidade, ao seu ver, “significa que la norma existe y que, además, existe outra norma que permitiò a la autoridad de la primeira norma emitirla. Se decidimos llamar al acto de emitir uma norma, legal (o legítimo) cuando hay uma norma que permite este acto, entonces podemos decir también que la validez de uma norma, em el sentido que ahora consideramos, significa la legalidad dek acti de emitir esta norma.” (WRIGHT, 1970: 200).

Assim, após rejeitar a primeira acepção de validade, no sentido proposto por Kelsen, Von Wright (1970: 201) conclui que a validade é uma noção relativa, que uma norma é válida quando relacionada com outra norma que permite sua promulgação.

Nesse entendimento, validade não é sinônimo de existência, e sim uma qualidade desta, que indica sua conformidade com outra norma.

A doutrina de Pontes de Miranda sobre ato jurídico nos auxilia no exame da validade das normas. Para Pontes (2000: 39), “para que algo valha é

preciso que exista. Não tem sentido falar-se de validade ou de invalidade a respeito do que não existe. A questão da existência é questão prévia. Somente depois de afirmar que existe é possível pensar-se em validade ou invalidade. Nem tudo o que existe é suscetível de a seu respeito discutir-se se vale, ou se não vale.”

A partir dessa distinção, Pontes de Miranda (2000: 41) constrói a teoria de ato nulo e ato inexistente. Dizer que o ato é inexistente importa em afirmar a sua não jurisdicização. Em outros termos, a categoria do inexistente distingue o mundo fático do jurídico. Já o ato nulo é o ato deficiente. Nulidade e anulabilidade, portanto, configuram defeitos dos atos jurídicos, donde se infere que a nulidade não significa negar a existência, e sim a validade.

Transportando a doutrina ponteana para o exame da validade das normas jurídicas, verifica-se que há uma diferença entre norma existente e norma válida. Para examinar-se a validade é necessário ser a norma existente.

Sendo a norma existente, passa-se ao exame da sua compatibilidade com o seu fundamento de validade, contido numa norma de superior hierarquia, verificando-se tanto o seu aspecto formal – procedimento e autoridade competente – como material – compatibilidade de conteúdo.

No presente trabalho, adota-se o exame de validade da norma enquanto uma qualidade sua. Desta feita, se fixa a premissa de que se trabalhar com normas existentes em determinado sistema não implica necessariamente em dizer que são válidas. O teste da validade é feito posteriormente ao ingresso da norma formalmente no sistema jurídico.

É, nesse sentido, a finalidade do trabalho: verificar a validade da norma que prevê o duplo grau obrigatório no procedimento do mandado de segurança.

1.5 Fixação das premissas

Em função do que até aqui se disse, é o momento de se fixar as premissas do trabalho cujo desenvolvimento ora se inicia. Essa parte introdutória tem como finalidade justamente a fixação das premissas que servirão de baliza para a análise do tema proposto.

O texto normativo (o enunciado) é o ponto de partida da atividade do intérprete. Nesse sentido, na situação ora analisada, dois são os enunciados que servem como primeira referência para a interpretação que se pretende desenvolver. São eles os seguintes: (i) o que contém a regra que prevê o cabimento da ação de mandado de segurança contra ato de particular; e (ii) o que contém a regra que prevê o duplo grau obrigatório na hipótese de sentença concessiva de mandado de segurança.

A proposta do trabalho é verificar a compatibilidade entre si desses dois enunciados e a sua correlação com os princípios constitucionais que lhes são subjacentes.

Nesse afã, continua-se o desenvolvimento do trabalho com o estudo do mandado de segurança, partindo do seu viés histórico, seguido pela avaliação da legitimidade passiva dessa ação específica.

Essa passagem do trabalho visa essencialmente à verificação de quais os princípios constitucionais que estão axiologicamente sobre a regra do cabimento da ação mandamental e sobre a regra que alargou a legitimidade passiva da ação para prever também particulares no exercício da função pública.

O capítulo seguinte é dedicado ao duplo grau obrigatório, no qual também se estuda o histórico do instituto e os princípios que estão subjacentes à regra que o prevê.

É no capítulo final que se verifica a compatibilidade dos enunciados anteriormente descritos com os princípios constitucionais que lhes são correlatos, na tentativa de se chegar a alguma conclusão para o tema proposto.

Essa tarefa de interpretação terá como suporte fundamental o conteúdo exposto neste capítulo introdutório.

2 MANDADO DE SEGURANÇA

2.1. Histórico

A implantação da ação de mandado de segurança no direito brasileiro foi resultado de demorada maturação na consciência dos juristas do final do século XIX e início do século XX sobre a idéia de controle dos atos violadores de direitos individuais.

Menciona Ivo Dantas (2005: 401) que:

o estudo dos chamados Direitos Individuais, no fundo, é a preocupação que se tem com o relacionamento *Estado versus Indivíduo*, ou, em outras palavras, de limitação do exercício do poder político, por direitos pertencentes e inalienáveis ao homem. Neste sentido é que se explica, sociologicamente, a ênfase dada pelo Estado Liberal às declarações de Direitos, como manifestação clara e insofismável do temor e do receio de que a vitória sobre a Monarquia Absoluta sofresse um recuo, fizesse ir de águas abaixo de toda a luta iniciada na Inglaterra de 1215, intensificada por outros documentos e, em certo sentido, coroada pela Revolução Francesa de 1789.

Nas obras que retratam esse percurso anterior à criação da ação de segurança no direito brasileiro, aparece, com frequência, a citação à Lei n. 221, de 1894 como um gene desta modalidade de ação mandamental, tendo em vista que previa esta norma jurídica uma ação especial cujo objeto era justamente a anulação de atos da administração pública, *verbis*: "Art. 13 - Os Juizes e tribunaes federaes processarão e julgarão as causas que se fundarem na lesão de direitos individuaes por actos ou decisão das autoridades administrativas da União".

Todavia, apesar da recorrente referência a esta lei como sendo um germe do mandado de segurança, é uníssona a conclusão de que tal norma não obteve a eficácia desejável, o que se deve a vários motivos, dentre eles a

incompreensão dos Juízes, a inércia dos interessados e a imperfeição do sistema. (NUNES, 1967, 18; CAVALCANTI, 1936, 40).

Dentre as causas de inoperância da Lei n. 221, destaca-se a peculiaridade contida no parágrafo 7º. do seu art. 13, segundo o qual o ato que violou direito individual era suspenso pela própria autoridade que o praticou, desde que não se contrapusesse questões de ordem pública.

Merece ressaltar-se esta peculiaridade, porque dá conta dos contornos precisos do temor que se tinha à época de se invalidar um ato administrativo por meio de medida judicial, bem como denota os limites estanques em que se interpretava a teoria da separação dos poderes, haja vista que era a própria autoridade administrativa que invalidava o ato questionado.

O fracasso, segundo se diz, da Lei n. 221, levou os Advogados de então ao uso das ações possessórias para proteção dos direitos individuais que estivessem ameaçados e que requeriam a utilização de um meio processual célere e eficaz. (MAIA FILHO, 2002: 00).

A questão do uso das ações possessórias para defesa de direitos pessoais tinha como premissa a extensão que se conferia ao direito de posse, ou seja, se dentro deste conceito estava incluído apenas os direitos reais ou, de outra sorte, incluía-se também os chamados direitos pessoais.

No escrito de Rui Barbosa (1986: 3), anteriormente mencionado, o autor fez um histórico da utilização das ações possessórias na defesa de direitos pessoais, registrando que no Direito Romano a noção de posse não transpunha o círculo dos direitos reais, mas o Direito Canônico estendeu o instituto da quase-posse, concebido no Direito Romano para a defesa dos direitos reais fracionários,

àqueles direitos episcopais, aos dízimos, aos direitos aduaneiros e outros direitos, cujos vestígios tiveram eco mais forte em Portugal.

O rigorismo dos jurisconsultos da época no estudo das instituições romanas e na sua aplicação subsidiária para fundamentar as construções doutrinárias é apontado por Rui Barbosa (1986), como um dos grandes empecilhos à doutrina brasileira na rejeição do uso dos interditos possessórios para a defesa de direitos pessoais, tendo em vista ter o Direito Romano concebido as ações possessórias apenas para a proteção dos chamados direitos reais.

Fundando-se, pois, na construção originária do Direito Canônico e na conseqüente incorporação ao Direito Português daquelas regras antes concebidas apenas para os casos eclesiásticos, Rui Barbosa construiu a tese de se fazer uso, na jurisdição brasileira, das ações possessórias para a defesa dos direitos pessoais.

Célebre foi a ação, cujo patrono era o próprio Rui Barbosa, em que os lentes da Escola Politécnica impetraram, em 23 de julho de 1896, ao Juízo do Distrito Federal, manutenção de posse no exercício desses cargos, de que ilegalmente os suspendeu por três meses, com perda de vencimentos, o Ministro da Justiça e negócios interiores, na qual demonstrou que a suspensão ilegal importava a turbação na posse do direito e seu remédio estava, pois, nos interditos possessórios, instrumentos judiciais de tutela do direito que, sem mudar de natureza, se vão adaptando, com a evolução jurídica, às novas aplicações da posse, às necessidades ulteriores de sua proteção. (BUZAID, 1989: 27).

O uso dos interditos traduzia a carência do sistema jurídico para solucionar casos em que os direitos individuais estavam ameaçados e cuja solução deveria ser imediata ou célere o bastante para não macular totalmente tal direito.

Diante desse estado de extrema necessidade, utilizou-se dos interditos como meio processual hábil a resolver questões dessa natureza, com o favor de uma interpretação extensiva do conceito de posse no direito brasileiro, bem como com o beneplácito dos Juízes que percebiam a falha no sistema jurídico e que deveriam solucionar o caso concreto com a urgência que a situação reclamava.

Castro Nunes (1967: 19) anota que até o Poder Legislativo deu certa razão, naquelas circunstâncias, ao uso dos interditos proibitórios e da manutenção de posse para defesa de direitos pessoais, tendo em vista o teor da Lei n. 3.185, de 1904, que previa a utilização destas ações pelos contribuintes para se defenderem da cobrança de alguns impostos ilegais.

À tentativa de utilização das ações possessórias, seguiu-se o uso do *habeas corpus*, como meio de proteção a direitos que não dissessem respeito diretamente à liberdade de locomoção.

Na literatura jurídica brasileira não há autor algum que tenha retratado com maior fidelidade o espírito do que tenha sido a doutrina brasileira do *habeas corpus* do que Pedro Lessa, o que se justifica pelo fato de ter sido ele o maior entusiasta dessa teoria, bem como por ter sido ele Ministro do STF à época em que o instituto do *habeas corpus* foi largamente utilizado para a defesa dos direitos individuais violados e que não diziam respeito à liberdade de locomoção.

A doutrina encapada por Pedro Lessa (1915: 279), consistia na possibilidade de aplicar-se o *habeas corpus* sempre que a liberdade física fosse necessária para o exercício do direito que estava sendo restringido, mesmo que não houvesse existido prisão ilegal. Ressalta que:

...qualquer coacção à liberdade individual, ainda quando não haja prisão, nem ameaça de prisão, autoriza o uso do habeas-corpus. Sempre que o indivíduo precise da liberdade physica (segundo uma expressão já

consagrada) para exercer qualquer direito, devemos garantir essa liberdade contra as violências já feitas, ou apenas receadas.

Analisando-se o histórico da ação de *habeas corpus* no direito brasileiro, verifica-se que a sua primeira previsão deu-se no Código do Processo Criminal no art. 340, apesar do art. 179 da Constituição do Império ter garantido a inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, que tinha por base a liberdade, a segurança individual e a propriedade, *verbis*: “Art. 340 – Todo cidadão que entender que elle, ou outrem, soffre uma prisão, ou constrangimento illegal em sua liberdade, tem direito de pedir uma ordem de *habeas-corpus* em seu favor”.

A Lei n. 2.033/1871 estendeu o instituto para a hipótese da ameaça de constrangimento, bem como previu que caberia a ordem ainda quando a prisão tivesse se dado por determinação do chefe de polícia, ou de qualquer outra autoridade administrativa, *verbis*:

Art. 18 – Os Juizes de direito poderão expedir ordem de *habeas-corpus* a favor dos que estiverem illegalmente presos, ainda quando o fossem por determinação do chefe de policia, ou de qualquer outra autoridade administrativa, e sem exclusão dos detidos a título de recrutamento, não estando ainda alistados como praças do exercito ou armada. §1o. – Tem lugar o pedido e concessão da ordem de *habeas-corpus* ainda quando o impetrante não tenha chegado a soffrer o constrangimento corporal, mas se veja delle ameaçado.

No Decreto n. 848, de 11. 10. 1890 assegurou-se o *habeas corpus* de modo mais amplo estendendo-o ao estrangeiro que sofresse coação ou ameaça à sua liberdade individual, com o seguinte teor:

Art. 45 – O cidadão ou estrangeiro que entender que elle ou outrem soffre prisão ou constrangimento illegal em sua liberdade, ou se acha ameaçado de soffrer um ou outro, tem direito de solicitar uma ordem de *habeas-corpus* em seu favor ou no de outrem.

Finalmente, com a entrada em vigor de Brasil da Constituição de 1891, o instituto do *habeas corpus* passou a ser previsto na Carta Magna como autêntica garantia constitucional e com feição bem mais ampla da que se vinha observando nas leis anteriores, assim dispondo o mencionado dispositivo constitucional: “dar-se-á o habeas-corpus, sempre que o individuo soffrer ou se achar em iminente perigo de soffrer violência ou coacção por illegalidade ou abuso de poder.”

Diante dessa tônica liberal, entendeu-se, à época da entrada em vigor da Constituição de 1891, que a feição conferida ao *habeas corpus* no Brasil era distinta daquela observada nos países em que tal instituto possuía a raiz mais autêntica, quais sejam, a Inglaterra e os Estados Unidos da América. (LESSA, 1915: 274)

Assim, em face dessa dicção mais ampla, passou-se a intentar a ação de *habeas corpus* para proteção de direitos individuais que não diziam respeito à liberdade de locomoção em si, citando-se como exemplo o caso em que o STF apreciou por diversas vezes e que dizia respeito à coação oriunda de autoridade que impedia cidadão brasileiro, legalmente investido em uma função pública, de exercê-la. (LESSA, 1915: 276).

Neste caso, o STF concedeu a ordem com a finalidade de que seus pacientes pudessem entrar no edifício em que prestavam serviço para que pudessem exercer suas funções, proibindo-se qualquer constrangimento que pudesse resultar do decreto do Poder Executivo Federal, contra o qual foi pedida a ordem de *habeas corpus*, observando Lessa (1915: 283) que esta ordem foi desacatada pelo Presidente da República, a quem foi dirigida, e que motivou elaboração de mensagem enviada pelo Presidente ao Congresso Nacional.

Em explicação sobre os fundamentos desta decisão, disse Pedro Lessa (1915: 285), que foi inclusive o relator da decisão mencionada, que o uso clássico do *habeas corpus* é, sem dúvida, para coibir privação da liberdade física, ou seja, para limitações ilegais no direito de ir e vir, mas, em determinadas circunstâncias, faz-se uso dessa ação quando a liberdade individual não é o direito imediato que se pretende proteger, mas através da qual se garante o exercício do direito ilegalmente limitado.

Essa interpretação ampla conferida ao uso do *habeas corpus* deve-se ao dispositivo constitucional, parágrafo 22 do art. 72 da Constituição de 1891, que previa o uso da ação sempre que o indivíduo sofresse qualquer coação à sua liberdade individual, uma vez que o preceito constitucional não qualificava, nem restringia, nem distinguia a coação que se destinava impedir. (LESSA, 1915: 185)

A reforma constitucional de 1926 alterou a disposição constitucional que disciplinava o uso do *habeas corpus*, limitando-o apenas para uso a favor do direito a locomoção, o que fomentou as discussões acerca da necessidade de se criar instrumento específico para proteção de direitos individuais não amparados pela ação de *habeas corpus*. (BUZAID, 1989: 29).

A ação sumária especial, como visto, não prestava à finalidade de proteção d'antes exercida pelo *habeas corpus*, tendo em vista o insucesso a que se submeteu este rito especial.

Os interditos possessórios, por seu turno, também não possuíam valia para a defesa dos direitos individuais, vez que o STF rechaçou seu uso, entendendo, como também já assinalado, que as ações protetoras da posse diziam respeito apenas aos direitos reais, não se valendo para proteção dos direitos pessoais.

Melchiades Picanço (1937: 36), retratando a angústia em que se encontravam os juristas, diante da reforma constitucional de 1926 afirmou que: “o Governo deve procurar preencher, com urgência, o claro aberto na legislação e na jurisprudência do Brasil, com a grande restrição feita ao instituto do *habeas corpus*”.

Themistocles Cavalcanti (1936: 39) anota que a criação do mandado de segurança traduzia, de certa forma, não somente o clamor dos que percebiam a imprescindibilidade de uma medida liberal para a proteção de direitos primários do indivíduo, insuficientemente protegidos pelo *habeas corpus*, mas traduzia também o anseio de outros que desejavam conservar a pureza do instituto protetor da liberdade individual, qual seja, o *habeas corpus*.

Estava-se, pois, diante de um vácuo no sistema, cujo preenchimento traduzia-se na ordem do dia, especialmente para aqueles que se ocupavam do estudo da eficácia dos direitos individuais e também para aqueles que se preocupavam com a eficácia dos provimentos judiciais emitidos pelo Poder Judiciário.

Interessante observar que, sobre a necessidade de criação de um remédio processual específico, anota Castro Nunes (1967: 20), que o Sr. Artur Bernardes, na mensagem que provocou a Reforma Constitucional de 1926, a ela aludiu, assinalando que a par da conveniência de fixar os limites do *habeas corpus*, era de grande utilidade a criação de ações rápidas e seguras, que o substituíssem nos casos que não fossem de ilegal constrangimento ao direito de locomoção e à liberdade física do indivíduo.

A doutrina, Picanço (1937); Nunes (1936); Buzaid (1989); Flaks (1980), aponta com certa tranquilidade ser a tese apresentada pelo Ministro Muniz Barreto, no Congresso Jurídico de 1922, a pioneira, no Brasil, no que respeita a uma

proposta tendente à criação de um instituto com algumas das características dos *writs* anglo-saxões e do *juicio* de amparo existente no México e que supriria a lacuna legislativa existente à época no que concerne à previsão de uma ação específica para proteção dos direitos individuais.

Destaca-se que há quem entenda que este pioneirismo se deve a Alberto Torres que, em 1914, preconizava a criação, entre nós, do mandado de garantia, chegando até a formular, a respeito, o seguinte projeto: “É criado o mandado de garantia, destinado a fazer consagrar, respeitar, manter ou restaurar, preventivamente, os direitos individuais ou coletivos, públicos ou privados, lesados por atos do poder público, ou de particulares, para os quais não haja outro recurso especial.” (PICANÇO, 1937: 15).

Neste Congresso, o Ministro Muniz Barreto, em resposta à tese 4 que continha a indagação de se saber qual o instituto processual célere o bastante para reintegrar *imediatamente* o direito violado, apresentou parecer sustentando a criação de um instituto semelhante ao recurso de amparo, criado no México, com rito, porém, mais célere, e que compreendesse tanto a agressão ao direito partida de uma autoridade pública como a proveniente de ato privado.

Ressalte-se o destaque do projeto conferido à possibilidade do uso da ação também contra atos de particulares, o qual é percebido ainda na parte do parecer em que justifica a criação deste instituto, assinalando o Ministro Muniz Barreto que o *writ* do *habeas corpus*, transportado da Inglaterra para os Estados Unidos, e que o Direito Romano conheceu na forma rudimentar e restrita do interdito de *homine libero exhibendo*, tem no Direito pátrio conceito legal e uma função que delimitam o seu emprego, circunscrevendo-o à proteção da liberdade pessoal, de modo a evitar ou pôr termo à violência, ou coação feita ao indivíduo, ilegalmente ou

por abuso de poder, registrando o autor do parecer que na Inglaterra, como na república Norte-Americana, sua ação se estende até a atos privados. (CAVALCANTI, 1936: 44).

Após o Congresso, o primeiro projeto n. 148, que consubstanciou a tese ali apresentada pelo Ministro Muniz Barreto deveu-se ao deputado Gustedeu Pires que elaborou o projeto que ficou conhecido pelo nome de seu autor, o qual será analisado adiante, e que suscitou na Câmara dos Deputados discussões bastante acirradas sobre a criação desse novo instituto, as quais tinham como núcleo central qual corrente jurídica iria se adotar na criação deste novo remédio jurídico: a inspirada no *habeas corpus* e a aplicação liberal que a esse instituto deu a nossa jurisprudência durante muitos anos ou a que pretendia aplicar o uso dos interditos para garantir a posse dos direitos pessoais e individuais. (CAVALCANTI, 1936: 46).

A Comissão elaboradora do ante-projeto da Constituição Federal de 1934 foi coordenada pelo Ministro Afrânio de Mello Franco e, na parte específica do projeto que tratava do mandado de segurança, a relatoria coube ao Sr. João Mangabeira. A redação original elaborada por Mangabeira assim prescrevia:

Toda pessoa que tiver um direito incontestável ameaçado ou violado por acto manifestamente ilegal do Poder Executivo, poderá requerer ao Poder Judiciário que ampare com um mandado de segurança. O juiz, recebendo o pedido, resolverá, dentro de 72 horas, depois de ouvida a autoridade coactora. E si considerar o pedido legal, expedirá o mandado ou proibindo esta de praticar o acto ou ordenando-lhe de restabelecer integralmente a situação anterior, até que a respeito resolva definitivamente o Poder Judiciário. (CAVALCANTI, 1936: 78).

Assinala Cavalcanti (1936: 63) que, na Assembléia Nacional Constituinte, o Deputado Levi Carneiro sustentou a teoria que preconizava a ação de mandado de segurança como extensão do uso dos interditos possessórios, tentando

reavivar uma velha corrente que já vinha se delineando desde o Congresso Jurídico de 1922.

O Deputado Levi Carneiro assim justificou o seu modo de entender:

Não me satisfaz o art. 135, nº. 36 do Projecto. Direito Líquido e certo e incontestável não reclama proteção judicial. A medida pode se tornar inaplicável nos casos mais necessários. Talvez retrogrademos. Procurei adoptar uma norma processual mais approximada dos interdictos pessoaes que do habeas-corpus, como é a tendência do nosso direito. É a velha lição de Ruy Barbosa: o habeas-corpus para as pessoas, o interdicto possessório para os bens. (CARNEIRO apud CAVALCANTI, 1936: 63).

Na sessão de 27 de janeiro de 1933, Themistocles Cavalcanti, apresentou emenda ao projeto, propondo redação mais simples e sugerindo a troca da expressão direito pessoal por direito individual que, ao seu ver, era mais adequada, porque exprimia melhor a finalidade do instituto e mantinha a tradição do uso da nomenclatura na doutrina e na jurisprudência. A alteração proposta foi assim redigida:

Toda pessoa que tiver um direito individual incontestável, ameaçado ou violado por acto do Poder Executivo, manifestamente ilegal, poderá requerer ao Juiz competente um mandado de segurança. A lei estabelecerá processo especial de rito summarissimo, que amparará o direito violado ou ameaçado de violação, dentro de cinco dias a contar do pedido inicial, ouvida a autoridade coactora. (CAVALCANTI, 1936, 78).

Prevaleceu o Projeto Mangabeira com a redação sugerida por Cavalcanti, constituindo o art. 102, parágrafo 21 do ante-projeto enviado à Assembléia Nacional. Na Comissão do Itamaraty, Carlos Maximiliano levantou voz discordante do dispositivo do ante-projeto que tratava da ação de mandado de segurança, apresentando emenda que estendia o procedimento do *habeas corpus* àquelas situações que necessitavam de remédio judiciário para proteger direito líquido e certo. A alteração sugerida por Maximiliano assim prescrevia:

Com o processo de *habeas corpus* e admissão da defesa da parte contrária provada incontinenti haverá em todos os Tribunaes do paiz, com recurso para a Corte Suprema, remédio judiciário para proteger direito certo, liquido e incontestável. (CAVALCANTI, 1936: 78).

A emenda proposta por Maximiliano não foi aceita, tendo a redação final do dispositivo da Constituição Federal de 1934 que tratava do mandado de segurança sido fixada com a criação de remédio adequado à defesa de direito certo e incontestável, ameaçado ou lesado por ato manifestamente ilegal ou inconstitucional de qualquer autoridade, especificando ainda o texto que o processo seria o mesmo do *habeas corpus*, ouvida sempre a pessoa de direito público interessada. (BARBI, 1977: 58).

2.2 Tratamento normativo do mandado de segurança nos textos constitucionais brasileiros

O art. 113, n. 33, da Constituição Federal de 1934 passou, portanto, a prever o instituto do mandado de segurança, concebido apenas contra atos de autoridade, apesar da tentativa inicial de prevê-lo contra atos de particulares, consistindo em verdadeiro fato histórico a previsão de garantia constitucional contra violação dos direitos individuais.

A Constituição de 1937, não previu o mandado de segurança, passando esta ação a ser prevista apenas na legislação infra-constitucional.

A Constituição Federal de 1946, no art. 141, parágrafo 24, elevou novamente o mandado de segurança ao *status* de garantia constitucional e, em seguida, a Lei n. 1.533/1951 regulamentou inteiramente a matéria, revogando todas as disposições legais existentes. O artigo da Constituição Federal assim dispunha:

“para proteger direito líquido e certo não amparado por habeas corpus, conceder-se-á mandado de segurança, seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder”.

A Constituição Federal de 1967, no parágrafo 21 do art. 153, previu o mandado de segurança para proteger direito individual líquido e certo.

O Ato Institucional nº. 6, de 1º. de fevereiro de 1969, suprimiu o recurso ordinário para o STF, em matéria de mandado de segurança, o qual era anteriormente cabível quando denegatória a decisão de tribunais locais, ou federais, em única ou última instância.

O CPC de 1973 não previu qualquer regra a respeito do procedimento do mandado de segurança, estando ainda vigentes as normas anteriores que regulavam esta matéria, com as adaptações posteriores procedidas pelas Leis n. 6.014, de 27 de dezembro de 1973 e n. 6.071, de 3 de julho de 1974.

A Constituição Federal de 1988 inovou no que respeita ao mandado de segurança, mantendo a previsão desta ação para proteger direito líquido e certo individual, acrescentando a possibilidade de impetração coletiva para proteger-se também direito trans-individual. O art. 5º., LXIX e LXX assim dispõem, respectivamente:

Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do poder público; o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por: a) partido político com representação no Congresso Nacional; b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados.

Outra alteração na estrutura da Constituição Federal de 1988 também relevante consiste na localização dos direitos e garantias individuais agora previstos

no início do texto constitucional, no título 'Dos direitos e garantias fundamentais' e no capítulo 'Dos direitos e deveres individuais e coletivos', tendo a Constituição lhe emprestado mais vigor, chamando-os de fundamentais, conferindo-lhe a possibilidade de aplicação imediata e imunizando-as de alterações tendentes a aboli-los ou reduzir seu alcance (DANTAS, 2000: 16), indicando a importância que lhe foi conferida, bem como indica também que estas normas servirão de orientação para o exame de todo o restante da carta política.

Finalmente, a alteração promovida pelo texto constitucional que mais de perto interessa a esse trabalho diz respeito à legitimação passiva da ação de segurança. O enunciado constitucional que trata do tema previu o cabimento do mencionado *writ* quando se tratar de autoridade ou de particular que exerça atribuições públicas.

Verifica-se, no texto da constituição, uma ampliação do raio de abrangência do cabimento do *mandamus*, ao admitir a ação mandamental quando o particular exerce atribuição pública. Ampliou-se, porque a Lei n. 1.533/51 previa a possibilidade de impetração do mandado de segurança contra ato de particulares que estivessem no exercício de atividade delegada do poder público.

No entanto, o texto constitucional passou a prever, também, que entidades particulares que se submetessem a regime privado, pudessem ter os atos de seus dirigentes controlados pela ação mandamental, desde que a função que exercessem possuísse relevante função pública. Exemplo de situação desse jaez os estabelecimentos particulares de ensino superior.

Essa é a hipótese que interessa de perto a este trabalho. Em seguida, veremos com mais detalhe a questão da legitimidade passiva na ação de segurança.

3 LEGITIMAÇÃO PASSIVA DA AÇÃO DE MANDADO DE SEGURANÇA

3.1 Princípios relacionados à regra de cabimento da ação de mandado de segurança contra ato de dirigentes de entidade privada

Durante a análise histórica da ação de mandado de segurança, facilmente observa-se que teve como gene a necessidade de se instituir uma ação de rito célere o bastante para garantir a incolumidade de direitos individuais evidentes arbitrariamente violados por ato de autoridade.

Percebeu-se também, no relato histórico, que a ação de mandado de segurança constitui-se num procedimento que visa o controle de atos do poder público, a fim de que seja atendido o respeito ao Estado de Direito. Neste, os atos provenientes do Estado não de observar os limites constitucionais e a estrita legalidade. Quando, porventura, fugirem desse estreito limite, deve-se controlá-los e a ação de mandado de segurança se revela como meio apto a realizar mencionado controle.

Daí se pode antever que a finalidade da inserção do enunciado que prevê o cabimento da mencionada ação no sistema jurídico positivo brasileiro foi a de proteger, com maior eficácia possível, os direitos individuais arbitrariamente violados por ato de autoridade.

Em função dessa apontada finalidade é que alguns autores costumam denominar a regra constitucional que prevê o cabimento de mandado de segurança como o veículo que introduz uma garantia ao sistema dos direitos fundamentais. (SILVA, 2001: 187).

De outra sorte, a regra que ampliou a legitimação passiva da ação de mandado de segurança tem como princípio sobrejacente o de maximizar essa garantia, estendendo a possibilidade de impetração do *writ* para situações equiparáveis às que originalmente estavam previstas para a ação mandamental.

Em verdade, nessas situações, a autoridade apontada como coatora é representante de ente eminentemente privado. Não é autoridade e não possui qualquer prerrogativa inerente às autoridades. Apenas há, nesse caso, uma equiparação para que possa sofrer incidência da regra de cabimento da ação de mandado de segurança, com a finalidade de aumentar o rol de proteção dos direitos individuais.

A leitura do texto que prevê, portanto, a legitimidade passiva da ação de mandado de segurança deve ter em mente as premissas ora fixadas, sob pena de desvirtuar-se do seu fundamento de validade, que é, como se viu, proteger, com a máxima eficácia possível, os direitos individuais.

3.2 Anotações sobre o conceito de serviço público

Existem determinadas atividades que se destinam à satisfação da coletividade e que, por conta disso, não são liberadas à exploração pela livre iniciativa, qualificando-se como serviço público, uma vez que não é conveniente que se sujeitem tão somente à fiscalização e controle, pelo poder de polícia, exercido sobre a generalidade das atividades privadas.

Em razão disso, ou seja, justamente pela importância que o Estado lhe atribui, é que considera pertinente assumi-las como pertencentes a si próprio e,

como consequência, estabelece uma disciplina peculiar, qual seja a disciplina do Direito Público (BANDEIRA DE MELO, 2004: 620).

O exercício do serviço público pode ser feito sob o regime de exclusividade (ou monopólio), como, por exemplo, o serviço de exploração do correio aéreo nacional, o qual é previsto no art. 21, X da Constituição Federal, onde se observa que o Constituinte originário não previu, para esse serviço, a possibilidade de delegação.

No entanto, outros serviços públicos, que poderiam ser explorados pelo próprio Estado, admitem a delegação de sua execução, como ocorre com o serviço de radiodifusão sonora de sons e imagens (art. 21, XII, a da CF/88) e com os serviços de instalação de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água (art. 21, XII, b, da CF/88).

Esses dois serviços são privativos do Estado, sendo que o primeiro, exemplificado pelo serviço de exploração do correio aéreo nacional, não admite delegação (concessão ou permissão) e o segundo admite, estes exemplificados nas hipóteses do art. 21, XII da CF/88.

O fato da exploração do serviço público não estar sendo feita diretamente pelo Estado não lhe retira a titularidade do serviço que não deixa de ser público, pois o fato de o Estado ser titular de serviços públicos não significa que deva obrigatoriamente prestá-los por si (BANDEIRA DE MELO, 2004: 629).

A delegação do serviço público é feita sob o regime de concessão ou permissão, como se lê no art. 175 da Constituição Federal, a qual é sempre precedida de licitação. A disciplina das delegações do serviço público é feita pela Lei n. 8.987/95.

Há, ainda, casos de serviços sobre os quais o Estado não possui titularidade exclusiva. É o exemplo dos serviços de saúde, educação, previdência social e assistência social. Embora haja, na Constituição Federal, menção expressa no sentido de ser tais serviços dever o Estado, afirma também que são livres à iniciativa privada ou expressamente contempla a presença de particulares no setor, independentemente de concessão ou permissão ou pressupõe uma atuação complementar da iniciativa privada. (BANDEIRA DE MELO, 2004: 636).

A fixação desses conceitos será útil para o trabalho, especialmente no que pertine à legitimidade passiva na ação de mandado de segurança que, como se verá, tem ligação estreita com o conceito de serviço público e com o conteúdo do ato praticado pela autoridade apontada como coatora.

3.3 Legitimidade passiva na ação de mandado de segurança

O art. 3º. do Código de Processo Civil brasileiro prevê que, para propor ou contestar a ação, é necessário ter legitimidade ou interesse.

A doutrina classifica a legitimidade como condição da ação, designando-a também de *legitimatío ad causam*, consistindo, basicamente, na pertinência subjetiva da ação (BUZAID, 1956: 89) .

Para facilitar a nossa análise do conceito de legitimidade, socorremos da lição de Francesco Carnelutti (1999: 47) :

Uma situação é composta de entes e de relações, sendo que estas últimas são também percebidas pelo observador como elementos da situação, correspondem ao recíproco modo de ser de dois entes, ou, de um modo geral, de dois objetos.

A relação processual é estabelecida perante o Juiz, sob a afirmação da existência de uma relação material, sendo o conceito de legitimidade o elo de ligação entre essas duas relações: a processual e a material.

Assim, se lê, com frequência, nos manuais de processo, que se pode afirmar que possui legitimação aquele que é titular da relação jurídica que irá ser discutida em juízo. Diz-se em regra, porque o sistema processual civil prevê a legitimação extraordinária, onde se verifica o fenômeno da substituição processual, figurando em juízo pessoa distinta da constante da relação jurídica objeto da lide. Essa hipótese apenas é possível quando há norma expressa a respeito que autorize que alguém vá a juízo, em nome próprio, na defesa de direito alheio.

Esta é a lição de José Frederico Marques (1979: 82):

Consiste a legitimidade *ad causam* (legitimidade de parte, ou também legitimação para agir) na individualização daquele a quem pertence o interesse de agir e daquele em frente ao qual se formula a pretensão levada ao Judiciário. Diz respeito a legitimação para agir à posição de autor e réu em relação a um litígio. Só os titulares dos interesses em conflito têm direito à prestação jurisdicional e ficam obrigados a subordinar-se, *in casu*, ao poder ou *imperiu* estatal. Legitimação *ad causam* significa existência de pretensão subjetivamente razoável.

Veja a lição de Donaldo Armelin (1979: 2):

A legitimidade no processo ressuma como qualidade jurídica que unge aquele que consta na esfera subjetiva da situação jurídica retratada na inicial, com a peculiaridade de emergir essa qualidade da própria afirmação da situação espelhada na inicial, independentemente de real existência desta.

No entanto, a questão da legitimidade não deve ser compreendida genericamente, ou seja, não há uma legitimidade em tese para ser autor ou réu numa determinada ação. A sua análise depende sempre da conjugação da análise entre sujeito e objeto, daí afirmar Donaldo Armelin (1979: 11) que a denominação mais acertada seria legitimação, preferida pela doutrina estrangeira, a qual dá a idéia de situação que legitima.

Em face dessas observações, pode-se conceituar legitimidade como uma qualidade de que a parte se reveste, em decorrência de uma situação, e que a habilita como titular de um dos pólos da ação. (DANTAS, 2000: 76).

Do teor da disposição constitucional que prevê a ação de mandado de segurança (art. 5º., LXIX), verifica-se que resta cabível contra ato advindo de autoridade pública propriamente dita, bem como contra ato de particular que exerce atribuição do poder público.

Assim, o mandado de segurança é cabível contra a prática de atos ilegais e abusivos praticados por agentes do Estado nos seus diversos níveis (federal, estadual, municipal ou distrital) e por quem lhe faça as vezes, isto é, por outras pessoas estatais que não componham a administração indireta, tais como as autarquias (aí incluídas as agências reguladoras), fundações estatais, empresas públicas e sociedades de economia mista, prestadoras de serviço público ou exploradoras de atividades econômicas.

Também particulares, quando exercentes de função pública, o que é possível pelo instrumento jurídico da delegação (concessão, permissão, autorização ou outra forma de trespasse da atividade pública ao particular), sujeitam-se à impetração mandamental. (BUENO, 2004: 19).

Por último, admite-se, após a promulgação da Constituição de 1988, a impetração de mandado de segurança contra ato de particulares que não são delegados do poder público, na acepção técnica do termo, mas que se sujeitam ao controle mandamental, em razão da importância social da atividade que exploram, conferindo ao indivíduo a possibilidade de controlar os atos dos seus agentes pela via do mandado de segurança.

A relação material entre os sujeitos do processo mandamental é formada entre o impetrante e o agente da pessoa jurídica de onde foi expedido o ato violador.

A Lei 1.533/51 prescreve que a autoridade coatora deve prestar informações no prazo de dez dias, após o recebimento da notificação.

Assim, a autoridade coatora, na linguagem normativa, não contesta, mas simplesmente presta informações, se entender necessário, sobre o ato impugnado.

Em face disso, indaga-se, na doutrina, de quem é a legitimidade passiva na ação de mandado de segurança, uma vez que a autoridade se limita a prestar informações e o representante judicial da pessoa jurídica de direito público não tem oportunidade para contestar, sendo-lhe possível apenas a interposição de recursos ou pedido de suspensão (art. 3º. da lei 4.348/64).

O mandado de segurança é uma ação específica, prevista constitucionalmente, com procedimento célere, na qual se discute uma relação de direito administrativo, devendo constar em seu pólo passivo o agente que praticou o ato, *presentando*, naquela situação processual, a pessoa jurídica a que é vinculado (MENDES, 2002: 472).

No entanto, apesar de figurar como autoridade coatora, o que ela pratica, na relação processual mandamental, é tão somente a apresentação de informações sobre a prática do ato violador (ou ameaça de sua prática), representando a pessoa jurídica da qual é vinculado (BUENO, 2004: 21).

Outra não é a opinião de Adhemar Ferreira Maciel (1990: 180), para quem a autoridade coatora, na verdade, não é parte, mas apenas a representante processual da pessoa jurídica, sendo esse o mesmo entendimento de Celso Agrícola

Barbi (1977: 149), que entende que a parte ré na ação de mandado de segurança não é a autoridade coatora, mas a pessoa jurídica, da qual ela é o órgão.

Lúcia Vale Figueiredo (2004: 54) entende que deve haver formação litisconsorcial entre a autoridade coatora e a pessoa jurídica de direito público, posição absolutamente rechaçada por Sérgio Ferraz que não admite a possibilidade de litisconsórcio, justamente porque para haver este era necessário se conceber como parte a autoridade, qualidade que ela não possui.

José de Moura Rocha (1987: 180) entende que a legitimação passiva da ação mandamental é mesmo da autoridade coatora, mas que esta integra o processo representando o Estado, sendo este quem está presente quando há a prestação das informações.

A autoridade, ou a ela equiparada, participa, portanto, da relação processual instaurada na ação de mandado de segurança como representante da pessoa jurídica a que é vinculada, sendo esta, na verdade, a parte ré e, uma vez sendo a segurança concedida, é a pessoa jurídica que restará sucumbente, sendo sua a faculdade de interpor o recurso cabível. Assim já se manifestou a jurisprudência:

O coator é notificado para prestar informações. Não tem ele legitimidade para recorrer da decisão deferitória do `mandamus`. A legitimação cabe ao representante da pessoa jurídica interessada. (RE 97.282-PA, Rel. Min. SOARES MUÑOZ, RTJ 105/404).

3.3.1 Particular no pólo passivo da ação de mandado de segurança

Melchiades Picanço (1936: 30), ainda no ano de 1936, já previa o alargamento da legitimação passiva da ação de mandado de segurança:

O instituto do mandado de segurança é objecto de um único texto constitucional, de sorte que a sua interpretação não dependerá de harmonização de dispositivos, mas, sim, tão somente da compreensão daquele único texto. Para a sua interpretação, na época presente, não se terá de tomar em consideração a evolução do direito. Póde ser que, daqui a alguns annos, se tenha de apreciar a referida evolução, para adaptação do texto a um aépoca futura, em relação aos dias de hoje. É possível que venha a existir uma outra concepção de direito certo e incontestável. O termo autoridade poderá soffrer também os efeitos da evolução jurídica, Quem dirá que, no futuro, não se affirme ser mais amplo o termo autoridade, do que presentemente? O director, por exemplo, de um Banco, em que tem interesses indirectos o poder publico, não será também autoridade? Esse conceito poderá vir a prevalecer com o decorrer do tempo.

A Lei n. 1.533/51 prevê o cabimento do mandado de segurança contra ato das seguintes pessoas:

Art. 1º - Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas-corpus, sempre que, ilegalmente ou com abuso do poder, alguém soffrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça.:

§ 1º. – Consideram-se autoridades, para os efeitos desta lei, os representantes ou administradores das entidades autárquicas e das pessoas naturais ou jurídicas com funções delegadas do Poder Público, somente no que entender com essas funções.

A Constituição Federal de 1988 passou a prever o alargamento do conceito de autoridade contido na Lei n. 1.533/51, estando assim disposto o enunciado constitucional:

Art. 5º. (...):

(...).

LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por "habeas-corpus" ou "habeas-data", quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

Perceba-se que o enunciado contido na Lei n. 1.533/55 contém o termo pessoas jurídicas delegadas do poder público. No enunciado constitucional, consta

expressão mais aberta, admitindo a impetração contra ato de agente de pessoa jurídica privada no exercício de atribuições do Poder Público.

Certamente, visa a norma constitucional ampliar mais ainda o rol dos legitimados passivos da ação mandamental, a fim de que se passe a admitir também pessoas jurídicas de direito privado que não são delegadas do poder público, mas que podem, eventualmente, exercer atribuições do poder público.

A jurisprudência sobre as entidades privadas delegadas (concessão ou permissão) do poder público admite com certa tranqüilidade o cabimento de ação de mandado de segurança, especialmente porque o serviço que por elas é prestado é de titularidade do Estado que apenas delegou a sua execução ao particular. Nesse sentido, o seguinte acórdão do STJ:

É consabido que a concessão consiste na delegação da prestação do serviço público pelo poder concedente, mediante licitação, a pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstrem capacidade para o desempenho da atividade (art. 2º, II, da Lei n. 8.987/95). A empresa concessionária exerce, portanto, atividade tipicamente estatal, pelo que se entende legítima a impugnação de ato praticado por seus representantes por meio de mandado de segurança. (REsp. 457.716-MT, Rel. Ministro FRANCIULLI NETTO, DJU 08.09.03, p. 291).

Sobre as pessoas jurídicas de direito privado que não são concessionárias do poder público, mas que prestam relevante serviço à sociedade, tais como as que exploram o serviço de saúde, educação, previdência e assistência social, percebe-se uma discordância da jurisprudência sobre o cabimento do mandado de segurança.

Cite-se, por exemplo, o seguinte acórdão mencionado por Theotônio Negrão (2005: 1.820):

Não cabe mandado de segurança contra ato de diretor de hospital particular. (RJTJESP 61/114).

No que respeita às instituições de ensino superior, admite-se a impetração de mandado de segurança, quando no exercício de funções públicas:

Cabe mandado de segurança impetrado contra ato de diretor de estabelecimento particular de ensino superior (RT 496/77, 497/69/, 498/84/, 499/97, 502/55). (NEGRÃO, 2005: 1.819).

Veja-se que a ampliação da legitimidade passiva da ação de mandado de segurança foi para além do sentido técnico de delegação. A partir da edição do texto constitucional de 1988, passou-se a admitir a impetração de mandado de segurança contra ato de dirigentes de pessoa privada que, apesar de não ser delegada, exerce atribuições do Poder Público.

Feita, portanto, a análise do cabimento do mandado de segurança contra ato de dirigentes de pessoas jurídicas privadas no exercício de atribuição pública, passa-se, em seguida, ao exame do duplo grau obrigatório.

4 DUPLO GRAU OBRIGATÓRIO

4.1 Histórico

Os autores apontam que a origem do instituto do duplo grau obrigatório, atualmente existente no sistema processual civil brasileiro no art. 475 do CPC, é eminentemente lusitana, que se incorporou aos ordenamentos brasileiros com maior amplitude do que em Portugal. (LIMA, 1976: 178).

A justificação histórica do aparecimento da remessa obrigatória se encontra nos amplos poderes que tinha o magistrado no direito intermédio, quando da vigência do processo inquisitório, tendo o direito lusitano criado a apelação *ex officio*, para atuar como sistema de freio àqueles poderes quase onipotentes do juiz inquisitorial. (NERY JÚNIOR, 2000: 58).

Em Portugal, seu surgimento se deu com a Lei de 12.3.1355 para os feitos das injúrias, quando os juízes podiam agir *ex officio* na instauração daquelas causas criminais. Tal providência, com o nome de apelação *ex officio*, foi acolhida pelas ordenações afonsinas, manuelinas e Filipinas e se fez presente apenas nas causas criminais. (LIMA, 1976: 178).

No Brasil, o instituto perdeu a sua característica portuguesa de atuar nas lides criminais, fazendo-se presente, no nosso ordenamento jurídico, nas leis civis, tendo como dentre uma de suas finalidades a proteção do erário.

Aponta-se a Lei de 4.10.1831 como a primeira a tratar, no País, do instituto, dispondo que o Juiz deveria apelar da sentença proferida contra a Fazenda Pública, se excedesse sua alçada. (LIMA, 1976: 179).

Já na década de 1930, ao tempo do Governo Provisório, editou-se o Decreto no. 23.055, de 9.8.1933, criando o recurso extraordinário *ex officio*, exigindo que as justiças locais interpretassem as leis da União de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, tendo sido mencionado diploma normativo revogado pela Constituição Federal de 1934, que não incluiu a hipótese como de obrigatoriedade de interposição do recurso raro. (LIMA, 1976: 180).

No CPC de 1939, no art. 822, manteve-se a previsão do instituto e, no código de 1973, a previsão permaneceu, constando no art. 475 do mencionado diploma normativo, com a denominação diversa. Veja-se o teor originário do dispositivo legal:

Art. 475 – Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença: I – que anular o casamento; II – proferida contra a União, o Estado e o Município; III – que julgar improcedente a execução de dívida ativa da Fazenda Pública. Parágrafo único – Nos casos previstos neste artigo, o juiz ordenará a remessa dos autos ao tribunal, haja ou não apelação voluntária da parte vencida; não o fazendo, poderá o presidente do Tribunal avocá-los.

O dispositivo legal teve sua redação original alterada pela Lei 10.352/01, estando atualmente disposto que não cabe a remessa necessária quando o valor da causa for até 60 salários mínimos e quando a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou do tribunal superior competente.

Apesar de o Código de Processo Civil vigente prever o duplo grau obrigatório, como se viu precedentemente, o instituto não constava no anteprojeto do Código de 1964, elaborado por Alfredo Buzaid. Na exposição de motivos do mencionado anteprojeto, continha o seguinte tópico sobre o instituto:

O anteprojeto suprimiu o recurso *ex officio*, admitido pelo CPC (art. 822) e por algumas leis especiais (DL n. 960, DL 3.365, art. 28, parág. 1º. e Lei n. 1.533, art. 12 parág. único), reincorporadas no sistema do Código. Acerca do recurso *ex officio*, as opiniões divergem. Alguns eminentes autores não

lhe regateiam louvores. 'É ele', escreve Frederico Marques, 'instrumento eficaz para evitar conluíus poucos decentes entre juízes fracos e indignos desse nome e funcionários relapsos da administração pública. E ainda meio e modo para suprir a ação, nem sempre eficaz e enérgica, do Ministério Público, em processos em que está afeta a tutela ativa e militante de interesses indisponíveis.' Salvo os casos de sentença que decreta a nulidade de casamento e da que homologa desquite amigável (CPC, art. 822), todos os demais se referem a pleitos de que é parte a União, o Estado ou o Município. Ora, os argumentos utilizados pelos defensores do recurso ex officio não lhe justificam a necessidade, nem seque a utilidade prática como meio de impugnação de sentença; procuram explicar a sua manutenção unicamente pelo receio de conluio entre pessoas que figuram na relação processual ou por deficiente tutela dos interesses públicos. Ora, o argumento de que os representantes do poder público podem agir com incúria não revela um defeito da função, mas do órgão, cuja inexecução no cumprimento do dever merece ser punida pelos meios regulares de direito e não por transferência ao Judiciário do controle de seu comportamento irregular. A missão do Judiciário é declarar relações jurídicas e não suprir as deficiências dos representantes da Fazenda ou do Ministério Público. Por outro lado, para obstar a formação do conluio entre as partes, no processo, confere o Código meios eficazes. (TUCCI, 1989: 55-56).

Inobstante a crítica do autor do anteprojeto, o instituto veio previsto no CPC de 1973, no art. 475, sob a denominação de duplo grau obrigatório.

4.2 Princípios subjacentes ao enunciado que prevê a regra do duplo grau obrigatório

José Alcides Mendonça Lima (1976: 190), comentando o enunciado que prevê a regra do duplo grau obrigatório, observou que a exigência do reexame pelo órgão superior é imposta pelo interesse do poder público, fundando-se a formalidade no fato de ser instituição oficial vencida na sentença, ainda que autarquia ou entidade paraestatal.

Moacyr Amaral Santos (1998: 99) observa que a finalidade na instituição da regra visa o resguardo de certos interesses de ordem pública

O princípio de proteção ao interesse público é o que está subjacente à regra do cabimento do duplo grau obrigatório, sob o fundamento de que os processos em que figure como qualquer das partes pessoas jurídicas de direito

público, suas autarquias e fundações, deve ser examinado por, pelo menos, dois órgãos jurisdicionais diferentes.

Nelson Nery Júnior (1997: 59) sustenta que “o escopo final da remessa obrigatória é atingir a segurança de que a sentença desfavorável à Fazenda Pública haja sido escorreitamente proferida.”

Em linhas rápidas, é essa a finalidade da regra apontada pelos estudiosos do tema. A análise do acerto da indicação do princípio que serve de lastro ao enunciado que prevê a regra do duplo grau obrigatório será feita no próximo capítulo.

4.3 Natureza jurídica

Sobre o tema do duplo grau obrigatório, certamente a questão da sua natureza jurídica é uma daquelas que mais ocupa a doutrina. Trata-se de saber-se em que categoria do direito o objeto em estudo se encaixa, a fim de se definir, dentre outras coisas, qual o regramento jurídico que deverá receber.

A primeira questão que se coloca em torno do tema é a de se definir a remessa necessária como recurso.

A palavra recurso é, como anota Nelson Nery Júnior (2000:171), proveniente do latim (*recursus, us*) e dá a idéia de repetição de um caminho já utilizado. Com significação jurídica, já era utilizada pelo romanos, como se verifica nos textos dos imperadores Diocleciano e Maximiano, compilado no código de Justiniano, VII, 62,6.

Em um sentido amplo, recurso é o remédio processual que a lei coloca à disposição das partes, do Ministério Público ou de um terceiro, a fim de que a

decisão judicial possa ser submetida a novo julgamento, por órgão de jurisdição hierarquicamente superior, em regra, àquele que a proferiu. (NERY JÚNIOR, 2000: 177).

O direito de recorrer é, portanto, um direito subjetivo da parte vencida ou uma faculdade atribuída ao Ministério Público, quando for o caso de necessidade de sua atuação no processo, tratando-se, portanto, de uma prerrogativa que a lei concede àquele que, por qualquer modo, não obteve êxito em sua pretensão. (LIMA, 1976: 181).

A remessa necessária, a qual já foi denominada de recurso *ex officio*, era instituto que possuía a nomenclatura de recurso, mas que não apresentava as características principais de um recurso.

Ovídio Baptista da Silva (1991: 407) observa que o caráter não recursal do reexame necessário é evidente, bastando observar que o pretense recorrente é o próprio prolator da sentença que, como tal, jamais poderia ser considerado sucumbente e nem se poderia imaginar que o próprio Juiz, ao submeter sua sentença ao crivo da instância superior, tivesse interesse em vê-la reformada, como todo recorrente deve ter.

Alfredo Buzaid (1951: 32), tratando da apelação *ex officio*, menciona que o Juiz apelava sem ser parte, sem ter sido vencido e sem ter interesse na reforma de sua sentença.

José Carlos Barbosa Moreira (1976: 180) observa que um recurso, para ser julgado, faz necessário o exame de sua admissibilidade, o qual se faz a partir da verificação da presença dos seus requisitos extrínsecos e intrínsecos, que consistem, basicamente, no interesse em recorrer, na inexistência de fato impeditivo

ou extintivo do poder de recorrer, na tempestividade, da regularidade formal e no preparo.

Primeiramente, veja-se que a apelação ex officio era interposta pelo Juiz e, na atualidade, o procedimento se assemelha: o Magistrado que determina a remessa dos autos ao Tribunal, a fim de que seja reexaminada a matéria. Falta-lhe, portanto, a característica da voluntariedade.

A tipicidade, por sua vez, também não resta observada, porque não está a remessa necessária dentre aquelas hipóteses previstas no art. 496 do CPC.

Não há contraditório no procedimento da remessa obrigatória, ou seja, não se observa a presença da característica da dialeticidade.

O pressuposto recursal do interesse de recorrer também lhe falta, porque efetivamente o Juiz não tem interesse algum no resultado do processo, sendo, em verdade, apenas as partes, os terceiros juridicamente interessados e o Ministério Público os legitimados a interposição de recurso (art. 499 do CPC).

O outro pressuposto recursal da legitimidade também não se faz presente, porque os legitimados para recorrer são os constantes no art. 499 do CPC e aqueles que intervirem no processo na qualidade de oponentes, denunciados da lide ou chamados ao processo, não estando Juiz naquele rol.

Não há prazo para se remeter o processo ao Tribunal por força do art. 475 do CPC, daí faltar à remessa necessária o requisito da tempestividade. Da mesma forma, não é exigido preparo.

Para que se afirme, então, que a remessa necessária, ou duplo grau obrigatório, como queira denominar-se, constitui recurso, é preciso que se afirme, ao mesmo tempo, que ela preenche todos os pressupostos recursais de admissibilidade e que possui todas suas características, ou seja, que estão

presentes no instituto a voluntariedade, a tipicidade, a dialeticidade, o interesse em recorrer, a legitimidade, a tempestividade e o preparo o que, como se viu, não ocorre.

Veja que Francesco Carnelutti (199: 210) destaca, ao tratar do recurso enquanto renovação de procedimento, que tal renovação não pode ser feita nunca de ofício, não porque *non intersist recuplicae* a verificação da justiça da sentença, mas porque a aquiescência das partes é indicativo ou de sua justiça, ou da tolerância de sua injustiça, no sentido de que sua reparação não vale o custo da renovação do procedimento.

Qual seria então o fundamento jurídico utilizado por aqueles que entendem ser a remessa necessária recurso?

Menciona Juarez Rogério Félix (FÉLIX, 1999: 424) que, para aqueles que aceitam a tese de constituir-se a remessa necessária como quase recurso, contribuem as semelhanças que o instituto apresenta com o recurso de apelação, quais sejam: a) a semelhança de rito, consistente no fato de tramitar a remessa oficial pelo procedimento aplicável à apelação; b) o fato de a remessa necessária engendrar efeitos processuais tipicamente recursais, pelo efeito suspensivo do julgado de primeiro grau que proporciona e pela devolutibilidade que prova ao tribunal para de novo conhecer todo o tema posto em juízo; c) a semelhança consistente na substitutividade que o acórdão necessário opera, pois o reexame implica em que a sentença revista seja substituída, mesmo quando confirmada no novo julgamento.

No entanto, mesmo à época da vigência do CPC de 1939 como durante a vigência do CPC de 1973, a quase totalidade da doutrina entende não possuir natureza recursal do recurso *ex officio* ou a remessa necessária.

Exceção se faz, por exemplo, a José Frederico Marques (1998: 177), para quem o recurso *ex officio* do CPC de 1939 consistia, na verdade, num 'quase-recurso', porque, segundo menciona, trazia todos os traços e características dos recursos, sendo a única diferença entre os recursos e o referido *quase-recurso* estava em que este não era interposto pelo vencido, mas remetido, obrigatoriamente, pelo juízo *a quo* ao juízo *ad quem*. Na vigência do CPC de 1973, permanece Frederico Marques com o mesmo entendimento, sustentando que embora não mais fala a norma em apelação necessária ou *ex officio*, a atual legislação processual manteve aquele *quase-recurso* com os mesmos característicos essenciais.

Moacyr Amaral Santos (1998: 99) também menciona a nomenclatura de 'quase-recurso' para qualificar o duplo grau obrigatório.

Qual será, então, a natureza do instituto da remessa obrigatória?

Alcides Mendonça Lima afirma tratar-se de condição da validade e eficácia da sentença nas causas em que seja expressamente consignada a exigência e assevera ter sido essa a concepção adotada por Alfredo Buzaid, uma vez que o CPC de 1973 alterou a nomenclatura do instituto, denominando-o de duplo grau obrigatório. (LIMA, 1976: 187-188).

No mesmo sentido entende Nelson Nery Júnior, para quem a remessa obrigatória não possui natureza recursal, constituindo-se em condição de eficácia da sentença. (NERY JÚNIOR, 2000: 60).

Dessa maneira, conclui-se que a sentença que se enquadra dentro das hipóteses previstas no art. 475 do CPC e que não se sujeita ao duplo grau obrigatório não é exeqüível, haja vista faltar-lhes o preenchimento de uma condição essencial, que é o seu exame pelo respectivo Tribunal. Assim já decidiu o Tribunal

Regional Federal da 3^a. Região: “Não é, portanto, exeqüível a sentença, neste caso, antes do reexame necessário.” (RTRF 3^a. Região, 17/89, *in* NEGRÃO, 2001, 493).

Há, no entanto, quem entenda que a sentença que deveria ter sido reexaminada pelo Tribunal e assim não foi não é inexecúvel, e sim inexistente, como salienta o Professor Seabra Fagundes, citado por Batista Martins:

Ao estipular a lei que de determinada sentença caberá recurso necessário, condiciona a integração, e, conseqüentemente, a validade do pronunciamento jurisdicional ao duplice exame da relação jurídica. Por imposição do seu texto, não haverá sentença, como ato estatal de composição da lide, antes que a segunda instância confirme ou reforme o que na primeira se decidiu. Haverá um pronunciamento jurisdicional em elaboração, por ultimar, pendente de ato posterior necessário. O julgado está incompleto, como se diz em acórdão do Supremo Tribunal Federal. É o que se infere da natureza e finalidade desse recurso de exceção. (MARTINS, 1957: 205).

Apesar do respeito que se deve nutrir à opinião de Seabra Fagundes, reputo mais coerente a opinião de Alcides Mendonça Lima e Nelson Nery Júnior, segundo a qual a remessa obrigatória consiste, em verdade, numa condição de validade da sentença, sem a qual o pronunciamento jurisdicional não se torna exeqüível.

4.4 Processamento

O duplo grau obrigatório enseja, como já se viu, a remessa dos autos obrigatoriamente ao Tribunal para serem reexaminados, quando, no caso, ocorrer qualquer das hipóteses previstas no art. 475 do CPC.

Antes do advento da Lei 10.352/01, discutia-se muito a respeito da correta exegese que se deveria conferir ao inciso II do mencionado artigo, quando ali continha apenas a possibilidade de remessa necessária quando a sentença fosse proferida contra a União, Estados e Municípios.

Com a edição da mencionada lei, o inciso I teve sua redação alterada, estando ali disposto que cabe o duplo grau obrigatório quando a sentença for proferida tanto contra as pessoas jurídicas de direito público mencionadas, como quando for contrária aos interesses das suas respectivas autarquias e fundações de direito público.

Desse modo, espancou-se as dúvidas sobre a aplicabilidade do instituto aos processos em que fosse uma das partes empresas públicas e sociedade de economia mista, estando, atualmente, previsto no texto normativo as pessoas já mencionadas: União Federal, Estados, Municípios, suas respectivas Autarquias e Fundações de Direito Público.

Assim, quando se está diante de uma sentença que contrarie os interesses jurídicos das pessoas anteriormente indicadas, será devida a remessa necessária ao Tribunal para reexame da matéria.

Há diversas hipóteses que ensejam o duplo grau obrigatório. Destacamos nesse trabalho apenas aquela que diz respeito à hipótese de contrariedade dos interesses do poder público, pois é esta situação que nos interessa de perto.

O processamento desse sucedâneo recursal é singelo. Uma vez não havendo recurso voluntário interposto, devem, mesmo assim, serem os autos remetidos ao Tribunal para reexame obrigatório.

Inicialmente, deve-se mencionar, novamente, o entendimento jurisprudencial, segundo o qual o exame da remessa necessária não pode agravar a situação da Fazenda Pública. O STJ, inclusive, já sumulou (Súmula 45) essa matéria, assim dizendo: “no reexame necessário, é defeso, ao Tribunal, agravar a condenação imposta à Fazenda Pública.”

Discute-se a justeza dessa Súmula, tendo em vista que a sua prescrição não condiz com uma das razões justificadoras da norma que é a proteção ao interesse público, pois o texto indica uma proteção ao interesse do Estado, e não uma proteção ao interesse público que, certamente, é ver um julgamento justo, adequado, independentemente do seu resultado.

Ainda sobre o processamento da remessa necessária, é interessante observar que a pendência de seu julgamento impede a execução da sentença. Essa é a lição de Alcides Mendonça Lima (1976: 196):

Sempre que uma sentença está sujeita ao duplo grau de jurisdição obrigatório, a providência origina, normalmente, os dois efeitos tradicionais dos recursos: devolutivo e suspensivo. A suspensividade é da índole da medida (seja qual for a denominação), pela própria necessidade do reexame da sentença pelo órgão superior, como requisito da validade, eficácia e executoriedade do pronunciamento do juízo de primeiro grau.

Perceba-se que o *caput* do art. 475 do CPC é claro a respeito da matéria, quando dispõe que a sentença sujeita ao duplo grau obrigatório não produz efeitos senão depois de confirmada pelo Tribunal.

4.5 A previsão do duplo grau obrigatório na ação de mandado de segurança

Inicialmente, relembremos que o mandado de segurança tanto pode ser impetrado contra ato de autoridade propriamente dita, ou seja, contra ato de quem esteja em função tipicamente pública, bem como contra ato de representante de pessoa jurídica de direito privado que seja delegada do poder público ou que exerça funções públicas.

O parágrafo único do art. 12 da Lei 1.533/51 dispõe que a sentença que conceder o mandado fica sujeita ao duplo grau de jurisdição, podendo, entretanto, ser executada provisoriamente.

É, como se vê, uma regra que se diferencia da regra geral do duplo grau obrigatório, contida no art. 475 do Código de Processo Civil, porque no procedimento do mandado de segurança há a possibilidade da sentença ser executada provisoriamente, até que os autos retornem do Tribunal.

Recorda Castro Nunes (1967: 321) que a regra do duplo grau obrigatório foi admitida, inicialmente, nos procedimentos mandamentais que tramitavam na Justiça Federal, quando concedida a segurança, sob o argumento de se tratar de decisão contra a Fazenda Nacional, nos termos da antiga preceituação. (NUNES, 1967: 321).

Observa ainda Castro Nunes (1967: 321) que o Supremo Tribunal Federal admitira a apelação *ex officio* no procedimento do mandado de segurança, mas, em seguida a esse posicionamento, o mesmo Tribunal modificou o entendimento, passando a não mais admitir o recurso *ex officio* no processamento do mandado de segurança, o que foi assentado no julgamento do MS n. 742, realizado em 12 de junho de 1946.

A lei 1.533/51, como já se disse, prevê, atualmente, o cabimento do duplo grau obrigatório no procedimento do mandado de segurança, dispondo que, enquanto o e seu exame estiver pendente no Tribunal, pode ser a sentença executada, ou seja, neste caso não há o efeito suspensivo. No entanto, a lei 4.348/64 acrescentou que a remessa necessária, em determinadas situações, teria sim o efeito suspensivo, como, por exemplo, na situação que se impetra mandado de segurança para pedir outorga ou adição de vencimentos.

Apesar da previsão, em enunciado específico, de que cabe o duplo grau obrigatório no procedimento, há quem levante severas críticas contra tal previsão, como é o caso de Castro Nunes (1967: 323) que, analisando a matéria, menciona que o cabimento do recurso *ex officio* no procedimento do mandado de segurança não se coaduna com a finalidade do instituo mandamental, que requer um amparo pronto ao direito qualificado como direito líquido e certo.

A peculiaridade fundamental, portanto, da regra da remessa obrigatória no mandado de segurança é a previsão de que a sentença pode ser executada provisoriamente, enquanto pende a análise do processo pelo Tribunal.

O estudo aprofundado da compatibilidade da regra que prevê a remessa necessária no procedimento do mandado de segurança impetrado contra ato de dirigente de entidade privada será feito no capítulo final deste trabalho, que adiante se inicia.

5 VERIFICAÇÃO DA COMPATIBILIDADE DA REGRA QUE PREVÊ O DUPLO GRAU OBRIGATÓRIO NO MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO DE DIRIGENTE DE ENTIDADE PARTICULAR QUE EXERCE ATRIBUIÇÃO PÚBLICA COM SEUS PRINCÍPIOS SOBREJACENTES

5.1 Considerações preliminares

Nesse capítulo final do trabalho, será feita a análise tópica da compatibilidade entre os enunciados que contém a regra de cabimento do mandado de segurança contra ato de dirigentes de entidades privadas e o que contém a regra do duplo grau obrigatório com os princípios que lhes são sobrejacentes.

No capítulo inicial, viu-se que a aplicação da regra ao fato nela hipoteticamente prevista apenas é possível quando guardada compatibilidade com os princípios que lhes são sobrejacentes e, também, quando não viola princípios correlatos à outra regra que também seja ao mesmo tempo aplicável ao fato.

Em outros termos, a aplicação dos enunciados propostos neste trabalho a um fato concreto deve ocorrer somente se houver uma harmonia entre os princípios que dão suporte às regras estudadas.

Veja-se que o fato concreto que enseja a possibilidade de aplicação dos enunciados anteriormente descritos é a prolação de sentença num procedimento mandamental em que seja autoridade coatora um dirigente de entidade particular no exercício de atribuição pública.

Esse é o fato que se encaixa na previsão hipotética dos enunciados. Resta, portanto, saber-se se a aplicação da regra torna-se possível, em função de sua compatibilidade com os princípios que lhes são sobrejacentes.

5.1.1 Análise da compatibilidade dos princípios subjacentes às regras que prevêm o duplo grau obrigatório e a que prevê o cabimento do mandado de segurança contra ato de entidade privada no exercício de atribuição pública.

Na hipótese de trabalho proposta, necessário fazer-se a ponderação entre as razões que podem justificar o abandono da regra que prevê o cabimento do duplo grau obrigatório no procedimento do mandado de segurança impetrado contra ato de dirigente de instituição particular no exercício de atribuição pública e as razões que justificam a sua aplicabilidade incondicional.

Celso Antônio Bandeira de Melo (2004: 63), ao tratar do interesse público, observa que os interesses públicos primários são os da coletividade como um todo, ou seja, o da observância da ordem jurídica estabelecida a título de bem curar o interesse de todos e os secundários são os que o Estado (pelo só fato de ser sujeito de direitos) poderia ter como qualquer outra pessoa, isto é, independentemente da sua qualidade de servidor de interesses de terceiros. Finaliza dizendo que o axioma do direito público de que o interesse público deve prevalecer sobre o particular tem valia apenas quando está em causa um interesse primário.

Nesse sentido, o interesse público que a regra do duplo grau obrigatório visa proteger é o primário, aquele de que é titular toda a coletividade.

No entanto, com o modelo posto no enunciado do art. 475 do Código de Processo Civil e com o modelo incorporado pela Lei n. 1.533/51 há um flagrante desvio de finalidade, porque o reexame necessário apenas é aplicado a depender do resultado da lide, ou seja, vai depender do fato da sentença contrariar os interesses do poder público. (LASPRO, 1995: 170).

Essa dependência do resultado desvia do foco, ou seja, desvia da finalidade a que visa, em tese, a previsão do instituto da remessa obrigatória no ordenamento positivo. O interesse público não é apenas protegido na hipótese da sentença for contrária aos interesses do Estado.

Um exemplo de como o modelo está positivado de forma desfocada do princípio que o sustenta é verificado na Súmula 45 do STJ. Quando se estudava o processamento da remessa necessária (capítulo 4), verificou-se que o conteúdo da mencionada súmula indica que, no julgamento do reexame obrigatório, não se deve agravar a situação da Fazenda Pública.

Ora, a finalidade do reexame não é proteger os cofres do Estado. É proteger o interesse público primário, que é atendido quando há uma decisão acertada sobre a lide, independentemente do seu resultado e a quem favoreça.

Rui Portanova (2001: 268) nos apresenta um exemplo elucidativo sobre o interesse público protegido pelo duplo grau obrigatório no modelo atualmente existente no direito brasileiro, ao examinar um acórdão, o qual, decidindo remessa necessária, reconheceu erro cometido em processo de desapropriação, mas não o corrigiu, sob o fundamento de que o duplo grau obrigatório protege o interesse público e, assim, o reconhecimento de equívoco implicaria aumento no valor da indenização. Tal conclusão não se poderia obter no julgamento daquela espécie.

Veja que, para o órgão prolator da decisão, o interesse público consistiria em fazer com que a Fazenda Pública pagasse menos. Isto é confundir o interesse público relativo aos interesses maiores da sociedade com o interesse público relativo ao Estado-Administração.

Perceba-se, portanto, que o modelo do duplo grau obrigatório posto nos enunciados do art. 475 do Código de Processo Civil e no art. 12 da Lei n.

1.533/51 não guardam compatibilidade com o princípio de proteção ao interesse público primário, que lhe serve de fundamento e com o qual devem manter intensa relação de harmonia.

O modelo sofre mais um abalo quando se relaciona com o princípio sobrejacente à regra de cabimento do mandado de segurança contra atos de particulares no exercício de atribuição pública.

A finalidade de extensão da legitimidade passiva da ação mandamental foi, como se viu, garantir uma maior proteção aos direitos individuais arbitrariamente violados por ato de representante de entes privados que exerciam funções equiparáveis às de autoridade pública.

Dessa forma, a aplicação do duplo grau obrigatório põe à prova o princípio sobrejacente a essa outra regra, que consiste na máxima e eficaz proteção aos direitos individuais líquidos e certos indevidamente violados ou ameaçados de lesão.

O TRF da 5^a. Região, analisando questão com este teor, já se manifestou sobre a inaplicabilidade do duplo grau obrigatório quando impetrado contra ato de particular dirigente de entidade de ensino superior.

A discussão iniciou-se com o pedido de vista na Remessa Oficial 67.509-CE, na qual havia sido devolvida ao Tribunal matéria envolvendo pessoa física (impetrante) e o Reitor de Universidade privada. As premissas do voto vista estão assim vazadas:

PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. REMESSA DE OFÍCIO. ART. 12, PARÁG. ÚNICO DA LMS. FINALIDADE DO INSTITUTO. SENTENÇA DADA CONTRA ATO DE DIRIGENTE DE ENTIDADE PRIVADA DELEGATÁRIA DO PODER PÚBLICO. INSTITUIÇÃO PARTICULAR DE ENSINO SUPERIOR. 1. O objetivo do *mandamus* é a proteção do indivíduo contra atos ilegais ou abusivos de agente Estatal que, na história da humanidade, sempre necessitou de limitações, especialmente no Estado de Direito. 2. O objetivo da inserção dos atos dos dirigentes de entidades privadas, delegatárias do Poder Público, no controle por via do

Mandado de Segurança, foi somente a proteção aos indivíduos e a impressão de eficácia ao princípio da legalidade, não podendo tal interpretação atingir o absurdo de se conferir a essas entidades prerrogativas inerentes aos órgãos públicos *strictu sensu*. 3. Não conhecimento da Remessa de Ofício.

O voto citado foi da lavra do eminente Desembargador Federal Napoleão Nunes Maia Filho que, à época, compunha a 4ª. Turma daquela Corte. A partir de então esse passou a ser o entendimento, por maioria, daquele colegiado.

Processual civil. Mandado de segurança. Remessa de ofício. Art. 12, parágrafo único, da LMS. Sentença dada contra ato de dirigente de faculdade particular. 1. O objetivo do mandamus é a proteção do particular contra atos ilegais ou abusivos de agente estatal ou de quem suas vezes faça. 2. Hipótese em que a entidade particular de ensino resignou-se com a sentença que lhe foi desfavorável, fornecendo o diploma aos impetrantes independentemente do pagamento de taxa. 3. O duplo grau obrigatório contido na LMS não vincula a sua adoção incondicional, máxime quando confrontar com a própria finalidade do instituto. 4. Remessa oficial não conhecida. (REOMS 82.649-PB, Rel. Desembargador Luiz Alberto Gurgel de Faria, DJU 08.05.03, p. 1.017).

Veja-se que a questão cinge-se basicamente ao fato de que o alargamento das possibilidades de impetração do mandado de segurança para particulares que exercem função pública teve como finalidade conferir maior eficácia à norma de proteção dos direitos individuais e, com isso, não se tornaria razoável estender-se o cabimento de um instituto de cunho excepcional para um caso que iria de encontro com a sua própria finalidade.

O que se verificou na decisão do TRF da 5ª. Região foi uma opção pelo atendimento ao princípio da máxima proteção aos direitos individuais. Houve uma clara opção do órgão judicante, apesar de por maioria. Veja este outro acórdão daquela mesma Corte:

Processual civil. Mandado de segurança. Remessa de ofício. Lei nº 1.533/51. Sentença desfavorável. Faculdade particular. Resignação. 1. O objetivo do

mandamus é a proteção do particular contra atos ilegais ou abusivos promovidos por agente estatal, ou por quem suas vezes faça. 2. O duplo grau obrigatório contido na lei LMS não vincula a sua adoção incondicional, máxime quando confrontar com própria finalidade do instituto. 3. Hipótese em que a entidade particular de ensino conformou-se com a sentença que lhe foi desvantajosa, concedendo a transferência de turno almejada. 4. Remessa oficial não conhecida. (REOMS 82.649-PB, Rel. Desembargador Federal LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA, DJU 08.05.03, p. 1.017).

Nas demais Turmas do TRF da 5ª. Região, não se verifica questionamento quanto ao tema, aceitando-se o cabimento do duplo grau obrigatório no procedimento do mandado de segurança.

Os outros Tribunais Regionais Federais do País adotam a tese oposta, ou seja, entendem que a remessa obrigatória é sim aplicável quando o mandado de segurança é impetrado contra ato de pessoa jurídica de direito privado no exercício de atribuição pública. A seguir transcreve-se dois acórdãos do TRF da 1ª. Região e da 2ª. Região:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. REMESSA EX OFFICIO. INSTITUIÇÃO DE ENSINO SUPERIOR PRIVADA. RENOVAÇÃO DE MATRÍCULA. ALUNA INADIMPLENTE. PECULIAR SITUAÇÃO DE FORMANDA. 1. As sentenças concessivas de segurança sujeitam-se ao duplo grau obrigatório de jurisdição, a teor do art.12, parágrafo único, da Lei 1.533/51, não havendo distinção entre pessoa jurídica de direito público e de direito privado. 2. Em regra, segundo dispõe o artigo 5º da Lei 9.870/99, o aluno inadimplente com instituição de ensino superior privada não possui direito à renovação de matrícula. Tendo em vista, porém, a peculiar situação da aluna, que se encontra no último semestre de seu curso, merece ser mantida a sentença concessiva da segurança, por ser de bom alvitre que não haja solução de continuidade em seus estudos, ainda mais porque a instituição de ensino possui os meios legais para a cobrança de seu crédito. 3. Remessa ex officio improvida. (TRF da 1ª. Região, REO 2003.05.00.019342-5/GO, Rel. Desembargador Federal FAGUNDES DE DEUS, DJU 31.05.04, p. 107).

MANDADO DE SEGURANÇA. SENTENÇA CONCESSIVA - ART. 12 E PARÁGRAFO ÚNICO DA LEI 1.533/51 – DUPLO GRAU OBRIGATÓRIO DE JURISDIÇÃO – DIPLOMA DE CONCLUSÃO DE CURSO - NÃO EMISSÃO EM FUNÇÃO DE GREVE - INSCRIÇÃO NO CREMERJ - IMPOSSIBILIDADE – SENTENÇA IRRETOCÁVEL. I- O Juízo remetente, em acertada decisão, concedeu a segurança, devendo a primeira Impetrada emitir o diploma de conclusão de curso da Impetrante, e a segunda proceder a respectiva inscrição caso fosse a ausência do diploma o único óbice para tal. II- In casu,

restaram demonstradas a liquidez e a certeza do direito pleiteado, pois não se revela cabível que seja a parte Impetrante prejudicada por circunstâncias alheias à sua vontade (greve dos servidores das universidades) que levaram a não apresentação de seu diploma no momento da inscrição. III- Portanto, nega-se provimento à remessa, mantida a segurança. (TRF da 2ª. Região, REOMS 56.031, Rel. Juiz RADÊNIO BONIFÁCIO COSTA, DJU 08.12.04, p. 15).

O STJ também já se manifestou sobre a matéria, apreciando questão que envolvia, em determinado mandado de segurança, agente de pessoa jurídica de direito privado (sociedade de economia mista). Naquela oportunidade, salientou-se que seria irrelevante a natureza da pessoa jurídica da qual autoridade apontada como coatora fosse originária, não tendo o dispositivo legal que prevê o cabimento do duplo grau obrigatório no procedimento do mandado de segurança feito qualquer ressalva e, ademais, a disposição do art. 475 do CPC aplica-se ao procedimento mandamental apenas de modo subsidiário:

PROCESSO CIVIL. CONCESSÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. REMESSA NECESSÁRIA. 1. A Lei nº 1.533/51, em seu art. 12, parágrafo único, ao estabelecer o reexame necessário das sentenças concessivas de segurança, não faz qualquer ressalva quanto à autoridade que tenha praticado o ato tido por lesivo. 2. Recurso especial conhecido. (REsp. 252.345-PR, Rel. Min. PAULO GALOTTI, DJU 18.02.02, p. 525).

No entanto, apesar da maioria da jurisprudência ser contrária ao entendimento exposto no presente trabalho, verifica-se, de outra sorte, que, da forma como está posta no modelo jurídico positivo brasileiro, o duplo grau obrigatório não guarda compatibilidade com os seus princípios correlatos, bem como não se coaduna com princípios que dão suportes a outras regras que lhes são próximas em algumas hipóteses, tais como a que prevê o mandado de segurança contra ato de entidade privada no exercício de funções públicas.

No entanto, deve-se observar que não é a previsão do duplo grau obrigatório que viola os princípios anteriormente mencionados (interesse público e máxima proteção aos direitos individuais).

A violação surge em função do modelo posto no ordenamento jurídico brasileiro, no qual se percebe uma nítida finalidade de proteção aos cofres do Estado ao invés de proteger o interesse público primário.

Imaginando-se, todavia, estar-se diante de um modelo jurídico positivo que previsse o duplo grau obrigatório nos moldes a atender o princípio de proteção ao interesse público primário, restaria uma outra observação a ser feita no que atine à hipótese de mandado de segurança impetrado contra ato de dirigente de entidade privada no exercício de funções públicas.

Como se viu, a extensão da legitimidade passiva da ação de mandado de segurança tem como firme finalidade ampliar a proteção aos direitos individuais. Em função disso, toda interpretação que se vá conferir a texto normativo que se relacione com o da legitimidade passiva da ação de segurança deve fixar essa premissa, sob pena de desvio de finalidade.

Há, assim, no modelo posto no ordenamento brasileiro, um claro descompasso entre as regras e os princípios que lhes servem de suporte, no que respeita ao duplo grau obrigatório previsto para a ação de mandado de segurança impetrado contra ato de dirigente de entidade privada no exercício de atribuição pública.

Verifica-se também uma desconformidade hipotética, mesmo quando se imagina um modelo de duplo grau obrigatório que, em tese, não colidisse com o princípio que lhe é sobrejacente, mas, quando posto à prova no procedimento

mandamental impetrado contra ato de dirigente de entidade privada, constata-se um ruído no sistema.

5.2 Considerações acerca do princípio da segurança jurídica

A conclusão do trabalho passa, necessariamente, pela análise do princípio da segurança jurídica. Não se duvida de que traz certa tranquilidade às partes a fiel observância dos enunciados que contém regras processuais e procedimentais.

Resta, no entanto, saber se a certeza de que a aplicação literal dos enunciados jurídicos traz deve ceder passo à observância e aplicação de outros princípios também relacionados com a situação examinada.

Vê-se, com isso, que a questão crucial da interpretação do direito consiste em saber quais os casos em que o aplicador pode recorrer à razão justificativa da regra, de modo a entender os elementos constantes da hipótese como meros indicadores para a decisão a ser tomada. E quais os casos em que ele deve manter-se fiel aos elementos descritos na hipótese normativa, de maneira a compreendê-los como sendo a própria razão para a tomada de decisão, independentemente da existência de razões contrárias. (ÁVILA, 2005: 49).

Essa decisão, portanto, será fruto de ponderação entre as razões que justificam a aplicação incondicional da regra (segurança jurídica, certeza do direito) e as razões que justificam o seu abandono, em favor de fundamentos ligados à própria regra.

Observa Napoleão Nunes Maia Filho (2005: 137) que “essa aplicação seletiva de certo princípio, ou mesmo de certa norma ou regra jurídica, em detrimento de outra, é o que constitui, na verdade, a essência do ato de julgar, que envolve, necessariamente, uma escolha ou uma opção; a atividade de escolha do intérprete é o que dá essência à busca do razoável jurídico e do juridicamente proporcional.”

A aplicação das regras processuais tem como maior razão justificadora o princípio da segurança jurídica, ou seja, o atendimento às formas processuais garante eficácia ao princípio da segurança, na medida em que traz tranqüilidade o fato de se saber previamente que o processo em que se figura como parte será conduzido de determinada maneira.

O princípio da segurança jurídica está implícito no sistema de direito positivo, daí ter sido denominado por Jose Afonso da Silva (2001: 196) de implícito, mas que possui força normativa.

O embate que se coloca no exame desse trabalho consiste, pois, em escolher qual princípio irá ser observado. Percebeu-se que a regra do duplo grau obrigatório não guarda compatibilidade com o princípio de proteção ao interesse público primário, especialmente com o modelo que está posto nos enunciados do art. 475 do Código de Processo Civil brasileiro e no art. 12 da lei n. 1.533/51 e, em face disso, a regra não se amolda com o princípio que lhe sustenta.

Ademais, viu-se que o outro princípio que se relaciona com os enunciados propostos resta melhor observado quando não há a incidência da regra do duplo grau obrigatório. Trata-se do princípio de máxima proteção aos direitos individuais.

Ocorre que, a par desses dois princípios, resta ainda o da segurança jurídica, que requer uma ponderação num exame interpretativo dessa natureza.

Oportuna é a advertência de Humerto Ávila (2005: 121), a fim de que o Poder Judiciário deve ficar atento para a anulação de medidas adotadas pelos outros poderes, devendo assim proceder somente se sua inadequação for evidente e não for, de qualquer modo, plausível, justificável. Afora esses casos, conclui que, em atenção ao princípio da separação dos poderes, devem ser mantidas as medidas eleitas pelo Poder Legislativo e pelo Poder Executivo.

Em função dessa advertência, propõe Humberto Ávila (2005: 83) que somente diante de uma razão extraordinária é que poderia o Julgador aplicar o princípio, em desfavor da norma escrita, eis que esta, segundo sua percepção analítica, consiste numa espécie de decisão parlamentar preliminar acerca de um conflito de interesses e, por isso mesmo, deve prevalecer em caso de conflito com uma norma imediatamente complementar, como é o caso dos princípios.

No entanto, há quem sustente o contrário, como se vê na seguinte passagem de Napoleão Maia Filho (2005: 179), em que contesta o argumento de Humberto Ávila:

Em contraposição a essa orientação, pode ser dito que esse raciocínio autorizaria a conclusão de que a aplicação dos princípios seja algo a se dar somente em momento posterior e sofisticado da reflexão jurídica, creditando-se aos conteúdos das normas e das regras uma eficácia preliminarmente definida: assim não é, pois essa potestade das normas e regras tem de superar, de imediato, o teste primário da sua conformação à Constituição e, portanto, aos seus ditames e princípios.

Veja-se que a opção posta às mãos do intérprete de qual caminho seguir é feita com base nas seguintes premissas: (i) aplicação excepcional dos princípios em nome da segurança das regras; (ii) aplicação primordial dos princípios em nome da coerência do sistema e da força das normas constitucionais.

O teste feito dos enunciados estudados nesse trabalho com os princípios que lhe são sobrejacentes revelou que há um descompasso entre eles. É, portanto, a verificação da intensidade desse descompasso que vai orientar o caminho a ser seguido, determinando a prevalência das regras ou dos princípios.

5.3 A título de conclusão

Diante do que até aqui se disse é chegada a hora de escolher qual princípio se optará para a conclusão a ser colhida neste trabalho.

É nesse momento que tem alta valia a teoria dos postulados normativos, mencionados no capítulo 1 do trabalho. Pelo postulado da razoabilidade, pôde se constatar que a aplicação de determinada regra pode ser afastada, quando não há compatibilidade entre ela e os princípios que lhes são sobrejacentes, ou seja, quando não se conforma com o seu fundamento de validade.

Também se verificou que, em função do postulado da proporcionalidade, pode se optar em afastar uma regra, quando não há correlação entre meio e fim.

Na hipótese que ora se analisa, conclui-se que em função do postulado da razoabilidade, a incompatibilidade encontrada entre a regra que prevê o duplo grau obrigatório no procedimento do mandado de segurança contra ato de dirigente de pessoa jurídica privada no exercício de atribuição pública e os seus fundamentos de validade, ou seja, e os seus princípios sobrejacentes, pode afastar a aplicação da mencionada regra jurídica.

Ademais, como consequência da análise da regra focada no postulado da razoabilidade, também se conclui que não há harmonia entre meio (regra) e fim

(princípio), especialmente quando se verificou que a regra do duplo grau obrigatório não guarda sintonia com o princípio de proteção ao interesse público primário.

Em face, portanto, dessas constatações, pode-se afirmar que a regra estudada – que prevê a remessa necessária no mandado de segurança contra ato de dirigente pessoa jurídica privada no exercício de atribuição pública – não é válida (validade como qualidade da norma) e que, portanto, pode não se aplicada.

A invalidade da regra deflui da sua desarmonia com o seu fundamento de validade. A regra é existente no sistema jurídico positivo brasileiro, mas não é válida, na medida em que se desencontra com os princípios que lhes são sobrejacentes.

Assim, conclui-se, portanto, que na hipótese específica proposta neste trabalho, a regra da remessa necessária não se aplica, podendo os Tribunais afastar a sua incidência nesses casos, como já sói acontecer com o Tribunal Regional Federal da 5ª. Região.

CONCLUSÕES

1. O objeto de estudo do direito é as normas jurídicas. O texto legal consiste, basicamente, no veículo introdutor da norma jurídica. A norma jurídica é a percepção que o intérprete possui do veículo que o introduziu no sistema jurídico.

2. A atividade do intérprete não consiste em meramente descrever o significado previamente existente nos dispositivos normativos. A sua atividade consiste em construir esses significados.

3. Quando a construção de sentido da mensagem legislada requer uma profunda e intensa meditação, a tarefa do intérprete enseja uma imersão no sistema jurídico, visando, com isso, conferir sentido ao texto interpretado que seja coerente com os demais enunciados que com ele se relacionem.

4. Essa análise dinâmica dos enunciados normativos, por meio da qual se deve visualizá-los dentro de um sistema que tem como ponto de referência um texto de hierarquia superior, enseja a necessária passagem pela construção doutrinária que tem como pretensão a distinção entre regras e princípios. É o que se fará em seguida.

5. As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhe dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente subjacentes, entre a construção conceitual dos fatos. Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre

o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.

6. O fenômeno de aplicação das regras exige, como se vê, a avaliação de correspondência com os princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes.

7. Na hipótese colocada neste trabalho temos dois enunciados que são o ponto de partida para a interpretação: (i) o primeiro é o que contém a regra de cabimento de mandado de segurança contra ato de particular no exercício de função pública; (ii) o segundo é o que contém a regra de que a sentença concessiva de segurança enseja, necessariamente, a remessa dos autos ao Tribunal para ser a matéria reexaminada.

8. Na execução da tarefa de conferir sentido a esses dois enunciados, é necessária a avaliação, no caso concreto posto, da correspondência de ambos aos princípios que lhe servem de suporte.

9. É também fundamental que a aplicação da regra ao caso concreto não viole outros princípios contidos no sistema e que também tenham implicação nas regras examinadas. Depois, resta ainda a possibilidade de, na avaliação da situação, entre em choque dois ou mais princípios. Esse exercício do fenômeno da interpretação é auxiliado pelos postulados.

10. O postulado da razoabilidade possui três subespécies: razoabilidade como equidade; razoabilidade como congruência e razoabilidade como equivalência.

11. O postulado da razoabilidade como equidade impõe, na aplicação do direito, a consideração daquilo que normalmente acontece, auxiliando, com isso, a harmonização da norma geral com o caso individual.

12. O postulado da razoabilidade como eqüidade indica que uma regra não é aplicável somente porque as condições previstas hipoteticamente no seu texto são satisfeitas. Uma regra é aplicável a um caso se, e somente se, os fatos se compatibilizam com a situação hipotética contida no enunciado e se sua aplicação não é excluída pela razão motivadora da própria regra ou pela existência de um princípio que institua uma razão contrária. A razão motivadora consiste justamente na finalidade da regra. Em grande parte das situações, a razão motivadora consiste em efetivar um princípio constitucional (explícito ou implícito).

13. A razoabilidade como congruência exige uma correlação entre o critério distintivo utilizado pela norma e a medida por ela adotada.

14. A razoabilidade como equivalência também exige uma relação de equivalência (perdão pela tautologia) entre a medida adotada e o critério que a dimensiona.

15. O postulado da proporcionalidade possui três elementos. O primeiro deles é a adequação, que constitui na compatibilidade entre meio e fim. Desta feita, com o desígnio de adequar o meio ao fim que se intenta alcançar, faz-se mister que a medida seja suscetível de atingir o objetivo escolhido.

16. O segundo elemento do postulado da proporcionalidade diz respeito à necessidade. Em razão desse elemento, a medida não há de exceder os limites indispensáveis à conservação do fim legítimo que almeja, ou uma medida para ser admissível deve ser necessária.

17. O terceiro elemento consiste no da proporcionalidade em sentido estrito, que enseja que a escolha do meio deve recair sobre aquele ou aqueles que, no caso específico, levarem mais em conta os interesses em jogo.

18. Há uma diferença entre norma existente e norma válida. Para examinar-se a validade é necessário ser a norma existente. Sendo a norma existente, passa-se ao exame da sua compatibilidade com o seu fundamento de validade, contido numa norma de superior hierarquia, verificando-se tanto o seu aspecto formal – procedimento e autoridade competente – como material – compatibilidade de conteúdo.

19. A implantação da ação de mandado de segurança no direito brasileiro foi resultado de demorada maturação na consciência dos juristas do final do século XIX e início do século XX sobre a idéia de controle dos atos violadores de direitos individuais.

20. Nas obras que retratam esse percurso anterior à criação da ação de segurança no direito brasileiro, aparece, com frequência, a citação à Lei n. 221, de 1894 como um gene desta modalidade de ação mandamental, tendo em vista que previa esta norma jurídica uma ação especial cujo objeto era justamente a anulação de atos da administração pública.

21. Todavia, apesar da recorrente referência a esta lei como sendo um germe do mandado de segurança, é uníssona a conclusão de que tal norma não obteve a eficácia desejável, o que se deve a vários motivos, dentre eles a incompreensão dos Juízes, a inércia dos interessados e a imperfeição do sistema.

22. O fracasso, segundo se diz, da Lei n. 221, levou os Advogados de então ao uso das ações possessórias para proteção dos direitos individuais que estivessem ameaçados e que requeriam a utilização de um meio processual célere e eficaz.

23. O rigorismo dos juristas da época no estudo das instituições romanas e na sua aplicação subsidiária para fundamentar as construções doutrinárias é apontado como um dos grandes empecilhos à doutrina brasileira na rejeição do uso dos interditos possessórios para a defesa de direitos pessoais, tendo em vista ter o Direito Romano concebido as ações possessórias apenas para a proteção dos chamados direitos reais.

24. À tentativa de utilização das ações possessórias, seguiu-se o uso do *habeas corpus*, como meio de proteção a direitos que não dissessem respeito diretamente à liberdade de locomoção.

25. A doutrina encapada por Pedro Lessa (1915: 279), consistia na possibilidade de aplicar-se o *habeas corpus* sempre que a liberdade física fosse necessária para o exercício do direito que estava sendo restringido, mesmo que não houvesse existido prisão ilegal.

26. Com a entrada em vigor de Brasil da Constituição de 1891, o instituto do *habeas corpus* passou a ser previsto na Carta Magna como autêntica garantia constitucional e com feição bem mais ampla da que se vinha observando nas leis anteriores.

27. Em face dessa dicção mais ampla, passou-se a intentar a ação de *habeas corpus* para proteção de direitos individuais que não diziam respeito à liberdade de locomoção em si.

28. A reforma constitucional de 1926 alterou a disposição constitucional que disciplinava o uso do *habeas corpus*, limitando-o apenas para uso a favor do direito a locomoção, o que fomentou as discussões acerca da necessidade de se criar instrumento específico para proteção de direitos individuais não amparados pela ação de *habeas corpus*.

29. Melchiades Picanço (1937: 36), retratando a angústia em que se encontravam os juristas, diante da reforma constitucional de 1926 afirmou que: “o Governo deve procurar preencher, com urgência, o claro aberto na legislação e na jurisprudência do Brasil, com a grande restrição feita ao instituto do *habeas corpus*”.

30. A doutrina aponta ser a tese apresentada pelo Ministro Muniz Barreto, no Congresso Jurídico de 1922, a pioneira, no Brasil, no que respeita a uma proposta tendente à criação de um instituto com algumas das características dos *writs* anglo-saxões e do *juicio* de amparo existente no México e que supriria a lacuna legislativa existente à época no que concerne à previsão de uma ação específica para proteção dos direitos individuais

31. Após o Congresso, o primeiro projeto n. 148, que consubstanciou a tese ali apresentada pelo Ministro Muniz Barreto deveu-se ao deputado Gustedeu Pires que elaborou o projeto que ficou conhecido pelo nome de seu autor, o qual será analisado adiante, e que suscitou na Câmara dos Deputados discussões bastante acirradas sobre a criação desse novo instituto, as quais tinham como núcleo central qual corrente jurídica iria se adotar na criação deste novo remédio jurídico: a inspirada no *habeas corpus* e a aplicação liberal que a esse instituto deu a nossa jurisprudência durante muitos anos ou a que pretendia aplicar o uso dos interditos para garantir a posse dos direitos pessoais e individuais.

32. Na sessão de 27 de janeiro de 1933, Themistocles Cavalcanti, apresentou emenda ao projeto, propondo redação mais simples e sugerindo a troca da expressão direito pessoal por direito individual que, ao seu ver, era mais adequada, porque exprimia melhor a finalidade do instituto e mantinha a tradição do uso da nomenclatura na doutrina e na jurisprudência.

33. O art. 113, n. 33, da Constituição Federal de 1934 passou, portanto, a prever o instituto do mandado de segurança, concebido apenas contra atos de autoridade, apesar da tentativa inicial de prevê-lo contra atos de particulares, consistindo em verdadeiro fato histórico a previsão de garantia constitucional contra violação dos direitos individuais.

34. A Constituição Federal de 1946, no art. 141, parágrafo 24, elevou novamente o mandado de segurança ao *status* de garantia constitucional e, em seguida, a Lei n. 1.533/1951 regulamentou inteiramente a matéria, revogando todas as disposições legais existentes.

35. A Constituição Federal de 1967, no parágrafo 21 do art. 153, previu o mandado de segurança para proteger direito individual líquido e certo.

36. O Ato Institucional nº. 6, de 1º. de fevereiro de 1969, suprimiu o recurso ordinário para o STF, em matéria de mandado de segurança, o qual era anteriormente cabível quando denegatória a decisão de tribunais locais, ou federais, em única ou última instância.

37. O CPC de 1973 não previu qualquer regra a respeito do procedimento do mandado de segurança, estando ainda vigentes as normas anteriores que regulavam esta matéria, com as adaptações posteriores procedidas pelas Leis n. 6.014, de 27 de dezembro de 1973 e n. 6.071, de 3 de julho de 1974.

38. A Constituição Federal de 1988, inovou no que respeita ao mandado de segurança, mantendo a previsão desta ação para proteger direito líquido e certo individual, acrescentando a possibilidade de impetração coletiva para proteger-se também direito trans-individual.

39. A alteração promovida pelo texto constitucional que mais de perto interessa a esse trabalho diz respeito à legitimação passiva da ação de segurança.

O enunciado constitucional que trata do tema previu o cabimento do mencionado *writ* quando se tratar de autoridade ou de particular que exerça atribuições públicas.

40. Verifica-se, no texto da constituição, uma ampliação do raio de abrangência do cabimento do *mandamus*, ao admitir a ação mandamental quando o particular exerce atribuição pública. Ampliou-se, porque a Lei n. 1.533/51 previa a possibilidade de impetração do mandado de segurança contra ato de particulares que estivessem no exercício de atividade delegada do poder público.

41. No entanto, o texto constitucional passou a prever, também, que entidades particulares que se submetessem a regime privado, pudessem ter os atos de seus dirigentes controlados pela ação mandamental, desde que a função que exercessem possuísse relevante função pública. Exemplo de situação desse jaez os estabelecimentos particulares de ensino superior.

42. O exercício do serviço público pode ser feito sob o regime de exclusividade, como, por exemplo (ou monopólio), o serviço de exploração do correio aéreo nacional, o qual é previsto no art. 21, X da Constituição Federal, onde se observa que o Constituinte originário não previu, para esse serviço, a possibilidade de delegação.

43. No entanto, outros serviços públicos, que poderiam ser explorados pelo próprio poder público, admitem a delegação de sua execução, como ocorre com o serviço de radiodifusão sonora de sons e imagens (art. 21, XII, a da CF/88) e com os serviços de instalação de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água (art. 21, XII, b, da CF/88).

44. Esses dois serviços são privativos do Estado, sendo que o primeiro, exemplificado pelo serviço de exploração do correio aéreo nacional, não

admite delegação (concessão ou permissão) e o segundo admite, estes exemplificados nas hipóteses do art. 21, XII da CF/88.

45. O fato da exploração do serviço público não estar sendo feita diretamente pelo Estado não lhe retira a titularidade do serviço que não deixa de ser público, pois o fato de o Estado ser titular de serviços públicos não significa que deva obrigatoriamente prestá-los por si.

46. A delegação do serviço público é feita sob o regime de concessão ou permissão, como se lê no art. 175 da Constituição Federal, a qual é sempre precedida de licitação. A disciplina das delegações do serviço público é feita pela Lei n. 8.987/95.

47. Há, ainda, casos de serviços sobre os quais o Estado não possui titularidade exclusiva. É o exemplo dos serviços de saúde, educação, previdência social e assistência social. Embora haja, na Constituição Federal, menção expressa no sentido de ser tais serviços dever o Estado, afirma também que são livres à iniciativa privada ou expressamente contempla a presença de particulares no setor, independentemente de concessão ou permissão ou pressupõe uma atuação complementar da iniciativa privada.

48. O art. 3º. do Código de Processo Civil brasileiro prevê que para propor ou contestar a ação é necessário ter legitimidade ou interesse.

49. Pode-se conceituar legitimidade como uma qualidade de que a parte se reveste, em decorrência de uma situação, e que a habilita como titular de um dos pólos da ação.

50. Do teor da disposição constitucional que prevê a ação de mandado de segurança (art. 5º., LXIX), verifica-se que resta cabível contra ato advindo de

autoridade pública propriamente dita, bem como contra ato de particular que exerce atribuição do poder público.

51. O mandado de segurança é cabível contra a prática de atos ilegais e abusivos praticados por agentes do Estado nos seus diversos níveis (federal, estadual, municipal ou distrital) e por quem lhe faça as vezes, isto é, por outras pessoas estatais que não componham a administração indireta, tais como as autarquias (aí incluídas as agências reguladoras), fundações estatais, empresas públicas e sociedades de economia mista, prestadoras de serviço público ou exploradoras de atividades econômicas.

52. Também particulares, quando exercentes de função pública, o que é possível pelo instrumento jurídico da delegação (concessão, permissão, autorização ou outra forma de trespasse da atividade pública ao particular), sujeitam-se à impetração mandamental.

53. Por último, admite-se, após a promulgação da Constituição de 1988, a impetração de mandado de segurança contra ato de particulares que não são delegados do poder público, na acepção técnica do termo, mas que se sujeitam ao controle mandamental, em razão da importância social da atividade que exploram, conferindo ao indivíduo a possibilidade de controlar os atos dos seus agentes pela via do mandado de segurança.

54. A autoridade, ou a ela equiparada, participa, portanto, da relação processual instaurada na ação de mandado de segurança como representante da pessoa jurídica a que é vinculada, sendo esta, na verdade, a parte ré e, uma vez sendo a segurança concedida, é a pessoa jurídica que restará sucumbente, sendo sua a faculdade de interpor o recurso cabível.

55. O enunciado contido na Lei n. 1.533/55 contém o termo pessoas jurídicas delegadas do poder público. No enunciado constitucional, consta expressão mais aberta, admitindo a impetração contra ato de agente de pessoa jurídica privada no exercício de atribuições do Poder Público.

56. Visa a norma constitucional ampliar mais ainda o rol dos legitimados passivos da ação mandamental, a fim de que se passe a admitir também pessoas jurídicas de direito privado que não são delegadas do poder público, mas que podem, eventualmente, exercer atribuições do poder público.

57. A ampliação da legitimidade passiva da ação de mandado de segurança foi para além do sentido técnico de delegação, previsto na regra da Lei n. 1.533/51. A partir da edição do texto constitucional de 1988, passa-se a admitir a impetração de mandado de segurança contra ato de dirigentes de pessoa privada que, apesar de não ser delegada, exerce atribuições do Poder Público.

58. A regra que ampliou a legitimação passiva da ação de mandado de segurança tem como princípio subjacente o de maximizar essa garantia, estendendo a possibilidade de impetração do *writ* para situações equiparáveis às que originalmente estavam previstas para a ação mandamental.

59. Em verdade, nessas situações, a autoridade apontada como coatora é representante de ente eminentemente privado. Não é autoridade e não possui qualquer prerrogativa inerente às autoridades. Apenas há, nesse caso, uma equiparação para que possa sofrer incidência da regra de cabimento da ação de mandado de segurança, com a finalidade de aumentar o rol de proteção dos direitos individuais.

60. A justificação histórica do aparecimento da remessa obrigatória se encontra nos amplos poderes que tinha o magistrado no direito intermédio, quando

da vigência do processo inquisitório, tendo o direito lusitano criado a apelação *ex officio*, para atuar como sistema de freio àqueles poderes quase onipotentes do juiz inquisitorial.

61. No Brasil, o instituto perdeu a sua característica portuguesa de atuar nas lides criminais, fazendo-se presente, no nosso ordenamento jurídico, nas leis civis, tendo como dentre uma de suas finalidades a proteção do erário.

62. José Alcides Mendonça Lima (1976: 190), comentando o enunciado que prevê a regra do duplo grau obrigatório, observou que a exigência do reexame pelo órgão superior é imposta pelo interesse do poder público, fundando-se a formalidade no fato de ser instituição oficial vencida na sentença, ainda que autarquia ou entidade paraestatal.

63. O princípio de proteção ao interesse público é o que está subjacente à regra do cabimento do duplo grau obrigatório, sob o fundamento de que os processos em que figure como qualquer das partes pessoas jurídicas de direito público, suas autarquias e fundações, deve ser examinado por, pelo menos, dois órgãos jurisdicionais diferentes.

64. A remessa obrigatória consiste, em verdade, numa condição de validade da sentença, sem a qual o pronunciamento jurisdicional não se torna exeqüível.

65. A peculiaridade fundamental da regra da remessa obrigatória no mandado de segurança é a previsão de que a sentença pode ser executada provisoriamente, enquanto pende a análise do processo pelo Tribunal.

66. Aponta-se como finalidade da regra que prevê a remessa necessária a proteção ao interesse público. No entanto, com o modelo posto no enunciado do art. 475 do Código de Processo Civil e com o modelo incorporado pela

Lei n. 1.533/51 há um flagrante desvio de finalidade, porque o reexame necessário apenas é aplicado a depender do resultado da lide, ou seja, vai depender do fato da sentença contrariar os interesses do poder público.

67. Essa dependência do resultado desvia do foco, ou seja, desvia da finalidade a que visa, em tese, a previsão do instituto da remessa obrigatória no ordenamento positivo. O interesse público não é apenas protegido na hipótese da sentença for contrária aos interesses do Estado.

69. Essa dependência do resultado desvia do foco, ou seja, desvia da finalidade a que visa, em tese, a previsão do instituto da remessa obrigatória no ordenamento positivo. O interesse público não é apenas protegido na hipótese da sentença for contrária aos interesses do Estado.

68. O modelo do duplo grau obrigatório posto nos enunciados do art. 475 do Código de Processo Civil e no art. 12 da Lei n. 1.533/51 não guardam compatibilidade com o princípio de proteção ao interesse público primário, que lhe serve de fundamento e com o qual devem manter intensa relação de harmonia.

69. O modelo sofre mais um abalo quando se relaciona com o princípio sobrejacente à regra de cabimento do mandado de segurança contra atos de particulares no exercício de atribuição pública.

70. A finalidade de extensão da legitimidade passiva da ação mandamental foi garantir uma maior proteção aos direitos individuais arbitrariamente violados por ato de representante de entes privados que exerciam funções equiparáveis às de autoridade pública.

71. A aplicação do duplo grau obrigatório põe à prova o princípio sobrejacente a essa outra regra, que consiste na máxima e eficaz proteção aos direitos individuais líquidos e certos indevidamente violados ou ameaçados de lesão.

72. A extensão da legitimidade passiva da ação de mandado de segurança tem como firme finalidade ampliar a proteção aos direitos individuais. Em função disso, toda interpretação que se vá conferir a texto normativo que se relacione com o da legitimidade passiva da ação de segurança deve fixar essa premissa, sob pena de desvio de finalidade.

73. Há, assim, no modelo posto no ordenamento brasileiro, um claro descompasso entre as regras e os princípios que lhes servem de suporte, no que respeita ao duplo grau obrigatório previsto para a ação de mandado de segurança impetrado contra ato de dirigente de entidade privada no exercício de atribuição pública.

74. Verifica-se também uma desconformidade hipotética, mesmo quando se imagina um modelo de duplo grau obrigatório que, em tese, não colidisse com o princípio que lhe é sobrejacente, mas, quando posto à prova no procedimento mandamental impetrado contra ato de dirigente de entidade privada, constata-se um ruído no sistema.

75. Foi a Constituição Federal que ampliou mais ainda o raio de abrangência da legitimidade passiva, passando o enunciado contido no art. 5º., LXIX da Constituição Federal a prever a possibilidade de impetração do mandado de segurança também contra atos de dirigentes de pessoas privadas que, apesar de não serem delegadas do poder público, exerciam atribuições confinantes com essas.

76. A conclusão do trabalho passa, necessariamente, pela análise do princípio da segurança jurídica. Não se duvida de que traz certa tranquilidade às partes a fiel observância dos enunciados que contém regras processuais e procedimentais.

77. A questão crucial da interpretação do direito consiste em saber quais os casos em que o aplicador pode recorrer à razão justificativa da regra, de modo a entender os elementos constantes da hipótese como meros indicadores para a decisão a ser tomada. E quais os casos em que ele deve manter-se fiel aos elementos descritos na hipótese normativa, de maneira a compreendê-los como sendo a própria razão para a tomada de decisão, independentemente da existência de razões contrárias. (ÁVILA, 2005: 49).

78. Essa decisão, portanto, será fruto de ponderação entre as razões que justificam a aplicação incondicional da regra (segurança jurídica, certeza do direito) e as razões que justificam o seu abandono em favor de fundamentos ligados à própria regra.

79. O embate que se coloca no exame desse trabalho consiste, pois, em escolher qual princípio irá ser observado. Percebeu-se que a regra do duplo grau obrigatório não guarda compatibilidade com o princípio de proteção ao interesse público primário, especialmente com o modelo que está posto nos enunciados do art. 475 do Código de Processo Civil brasileiro e no art. 12 da lei n. 1.533/51 e, em face disso, a regra não se amolda com o princípio que lhe sustenta.

80. O teste feito dos enunciados estudados nesse trabalho com os princípios que lhe são sobrejacentes revelou que há um descompasso entre eles. É, portanto, a verificação da intensidade desse descompasso que vai orientar o caminho a ser seguido, determinando a prevalência das regras ou dos princípios.

81. Na hipótese que ora se analisa, conclui-se que em função do postulado da razoabilidade, a incompatibilidade encontrada entre a regra que prevê o duplo grau obrigatório no procedimento do mandado de segurança contra ato de dirigente de pessoa jurídica privada no exercício de atribuição pública e os seus

fundamentos de validade, ou seja, e os seus princípios subjacentes, pode afastar a aplicação da mencionada regra jurídica.

82. Como consequência da análise da regra focada no postulado da razoabilidade, também se conclui que não há harmonia entre meio (regra) e fim (princípio), especialmente quando se verificou que a regra do duplo grau obrigatório não guarda sintonia com o princípio de proteção ao interesse público primário.

83. Em face, portanto, dessas constatações, pode-se afirmar que a regra estudada – que prevê a remessa necessária no mandado de segurança contra ato de dirigente pessoa jurídica privada no exercício de atribuição pública – não é válida (validade como qualidade da norma) e que, portanto, pode não se aplicar.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Tradução de Ernesto Garzón Valdez. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

ARMELIN, Donaldo. **Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro**. São Paulo: RT, 1979.

ATALIBA, Geraldo. **Limites à revisão constitucional de 1993**. Separata da Revista Trimestral de Direito público, no. 3, 1993.

ÁVILA, Humberto. 3. ed. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2005.

BAPTISTA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de Processo Civil**. São Paulo: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991, v. 1.

BARBI, Celso Agrícola. **Do mandado de segurança**. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

BARBOSA, Ruy. Posse dos direitos pessoais: In: TOMASETTI JÚNIOR, Alcides. (Coord.). **Clássicos do direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 1/60.

BARROSO, Luis Roberto. **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro**: (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Interpretação e aplicação da constituição**. São Paulo: Saraiva, 1996.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Teoria geral do direito civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1976.

BONAVIDES, Paulo. 8.ed. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1999.

BUENO, Cássio Scarpinella et al. **Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança**. São Paulo: RT, 2002.

BUZAID, Alfredo. **Do mandado de segurança**. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. **Da apelação ex-officio no sistema do código de processo civil**. São Paulo, 1951.

_____. **Do agravo de petição no sistema do código de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1956, p. 89.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. Coimbra: Almedina, 1991.

CAPELLETTI, Mauro. **Proceso, ideologia, sociedad**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América, 1974.

CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do processo civil**. Campinas: Servanda, 1999, v. 1.

_____. **Teoria Geral do Direito**. São Paulo: Lejus, 1999.

CARVALHO, Paulo de Barros. 17. ed. **Curso de Direito Tributário**. São Paulo: Saraiva, 2005.

CARVALHO, Paulo de Barros. 3. ed. **Direito Tributário: fundamentos jurídicos da incidência**. São Paulo: Saraiva, 2004.

CAVALCANTI, Themístocles. **Do mandado de segurança**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1936.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1969. v. 1.

COELHO, Carlos Souza. Princípios fundamentais dos recursos e efetividade do processo. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Elementos para uma nova teoria geral do processo**. (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

DANTAS, Ivo. **Instituições de direito constitucional brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2005.

_____. **Interpretação Constitucional: Das Normas Constitucionais Inconstitucionais Uma Visão Pessoal**. No prelo.

DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. **Mandado de segurança coletivo**: legitimação ativa. São Paulo: Saraiva, 2000.

DWORKIN, Ronald. **Los derechos en serio**. Tradução de Marta Gustavino. Barcelona: Ariel, 2002.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**. 2. ed. São Paulo: RT, 2002

FERRAZ, Sérgio. **Mandado de segurança (individual e coletivo) – aspectos polêmicos**. São Paulo: Malheiros, 1996.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: (técnica, decisão, dominação). 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **A autoridade coatora e o sujeito passivo do mandado de segurança**. São Paulo: RT, 1991.

_____. **Mandado de segurança**. São Paulo: Malheiros, 2004.

FIÚZA, Ricardo Arnaldo. **Mandado de segurança**: notícia histórica, em mandados de segurança e de injunção. São Paulo: Saraiva, 1990.

FLAKS, Milton. **Mandado de segurança**. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

GRAU, Eros. **A ordem econômica na constituição de 1988 – interpretação e crítica**. São Paulo: 1990.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Hermenêutica constitucional, direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. In (Org) BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu. **Hermenêutica plural. Possibilidades jusfilosóficas em contextos imperfeitos**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

HESSE, Konrad. **La interpretación constitucional**. In: **Escritos de derecho constitucional**. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1983.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6^a. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. **Teoria geral do direito e do estado**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LARENZ, Karl. **Metodologia de la ciencia del derecho**. Lisboa: Fundação Calouste Gilbekian, 1997.

LESSA, Pedro. **Do poder judiciário**. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1915.

LIMA, José Alcides Mendonça. **Introdução aos recursos cíveis**. São Paulo: RT, 1976.

MAIA FILHO, Napoleão Nunes. **As normas escritas e os princípios jurídicos: o dilema da justiça nas decisões judiciais**. Fortaleza: UFC, 2005.

_____. **Estudos processuais sobre o mandado de segurança**. Fortaleza: UFC, 2002.

MACIEL, Adhemar Ferreira. **Observações sobre a autoridade coatora no mandado de segurança**. In TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Org). **Mandado de segurança e mandado de injunção**. São Paulo: Saraiva, 1990.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Efetividade do processo e tutela de urgência**. Porto Alegre: Fabris, 1994.

MARQUES, José Frederico. **Manual de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1977, v. 2.

MARQUES, José Frederico. **Manual de direito processual civil**. Campinas: Millennium, 1998, v. 3.

MARTINS, Pedro Batista. **Recursos e processo de competência originária dos Tribunais**. Rio de Janeiro: Forense, 1957.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança**. São Paulo: Malheiros, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. 17.ed. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2004.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O novo processo civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1976, v. 1.

MIRANDA, Pontes. **Tratado de direito privado. Tomo IV**. Campinas: Bookseller, 2000.

NERY JÚNIOR, Nelson Nery. 4.ed. **Princípios do processo civil na constituição federal**. São Paulo: RT, 1997.

_____. 5.ed. **Princípios fundamentais – teoria geral dos recursos**. São Paulo: RT, 2000.

NUNES, Castro. **Do mandado de segurança**. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

_____. **Do Mandado de Segurança e de outros meios de defesa contra tos do poder público**. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

PICANÇO, Melchiades. **Mandado de segurança**. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, 1937.

PORTANOVA, Rui. 4.ed. **Princípios do processo civil**. Porto Alegre: Editoria Livraria do Advogado, 2001.

PORTO, Sérgio Gilberto. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo, RT, 2000, v. 1.

QUINTANA, Linares. **Reglas para la interpretación constitucional**. Buenos Aires: Ed. Plus Ultra, 1987.

SANTI, Eurico Marcos Diniz de. 3. ed. **Decadência e prescrição no direito tributário**. São Paulo: Max Limonad.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1998, v. 1.

SALDANHA, Nelson. **Formação da teoria constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

_____. **Ordem e hermenêutica**. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SIDOU, J.M. Othon. **Habeas Corpus, mandado de segurança, mandado de injunção, hábeas data, ação popular: as garantias ativas dos direitos coletivos**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

SIDOU, J. M. Othon. **Do mandado de segurança**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA, Oliveira. **O Código de Processo Civil na jurisprudência**. Rio de Janeiro. Editora Nacional de Direito, 1957.

STERN, Klaus. **Derecho del Estado de la República Federal Alemana**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionais, 1987.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo**. São Paulo: RT, 1977.

WARAT, Luis Alberto. **O direito e sua linguagem**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1995.