

SEM REVISÃO

O mandado de segurança e o Direito Administrativo

Wallace Paiva Martins Junior^(*)

Promotor de Justiça – SP

Introdução

O mandado de segurança é um dos mais notáveis e potentes meios de tutela dos direitos individuais e coletivos, ao lado de outros instrumentos de acesso e recurso ao controle jurisdicional instituídos no ordenamento jurídico de um Estado Democrático de Direito (ação popular, *habeas corpus*, *habeas data*, ação civil pública etc.). Regulamentado no patamar normativo infraconstitucional pela Lei nº 1.533/51, é proposital ao ensejo de seu cinquentenário avaliar a função institucional desempenhada pelo mandado de segurança nas relações inerentes ao Direito Administrativo, proporcionando a revista da própria missão do instituto e o exame de algumas questões localizadas e sensíveis que exigem maior reflexão: a impetração contra atos administrativos complexos e em face da omissão administrativa, a sua promoção em face de decisão administrativa sujeita a recurso administrativo, a possibilidade de seu emprego em face de atividades delegadas aos particulares pelo poder público.

O mandado de segurança como meio de controle da Administração Pública. A estrutura simplificada e especial adorna o mandado de segurança como mecanismo expedito e eficiente de salvaguarda de direitos individuais ou coletivos ameaçados ou lesados por ato de autoridade pública. Este último aspecto denota com maior vigor o instituto do mandado de segurança como meio de controle judiciário da Administração Pública e não simplesmente um processo constitucional vocacionado à defesa de direitos individuais e coletivos.

O mandado de segurança notabiliza-se como meio específico de controle judiciário da Administração Pública⁽¹⁾ em face da violação ou ameaça a direito (líquido e certo) individual ou coletivo provocada por ilegalidade ou abuso de poder, servindo para preservação do princípio da legalidade administrativa em sua mais ampla concepção. O conceito de ilegalidade não é restrito à violação da lei em sentido formal, mas da lei, normas regulamentares, princípios jurídicos, normas constitucionais etc., enfim, de um sentido mais amplo

(*) Mestre e Doutorando em Direito Administrativo (Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo) e Professor de Direito Administrativo (Faculdade de Direito da Universidade Santa Cecília – Santos).

Obs.: Notas explicativas no final do artigo.

designado por múltiplas expressões (juridicidade, legalidade em sentido amplo etc.). Também o conceito de abuso de poder congrega em seu bojo não só a violação das normas de competência administrativa, senão a própria figura do desvio de poder sobre o qual várias teorias se formularam para o respectivo combate e deram margem, por exemplo, ao emprego do princípio da moralidade e da impessoalidade como fatores restritivos do arbítrio.

Por essas razões, o mandado de segurança é, ao mesmo tempo, garantia instituída em favor dos administrados e instrumento de contenção, restrição ou limitação da autoridade estatal como processo de reação a um comportamento (comissivo ou omissivo) antijurídico da Administração Pública, visando à preservação da juridicização nas relações entre a Administração Pública e os administrados. Manifesta a intervenção jurisdicional na atuação administrativa que repercute sobre a esfera de direitos dos administrados e prestigia a cláusula democrática de submissão da Administração Pública à Constituição, aos princípios jurídicos, à lei e aos atos normativos subalternos.

A contribuição do mandado de segurança ao controle judiciário da Administração Pública, mesmo diante de seus estreitos limites de admissibilidade, torna-se evidente na verificação dos resultados: neutralização do autoritarismo e ampliação da sindicância jurisdicional dos atos da Administração Pública, servindo a esse pretexto vários exemplos (combate ao desvio de finalidade, exigência do devido processo legal, de motivação e do dever de emissão de decisão, exame da proporcionalidade e da razoabilidade de medidas, contenção dos limites da discricionariedade administrativa, adimplemento de prestações positivas, acesso a cargos e empregos públicos) nas mais variadas formas de atuação ou de manifestação da vontade administrativa (ato administrativo, contrato administrativo, licitação, regime dos servidores públicos, desapropriação, intervenção estatal no domínio econômico, sanções de polícia e disciplinares etc.).

Isso se deve, em parte, a um aspecto processual do mandado de segurança, cuja repercussão no Direito Administrativo tonifica o grau de efetividade da medida como instrumento de controle judiciário da Administração Pública: a eficácia mandamental do provimento jurisdicional. Sua atuação incide exatamente no conflito entre autoridade estatal e liberdade humana, e se qualifica como fator de tensão de prerrogativas entre a Administração Pública e o Poder Judiciário. Além de provimentos desconstitutivos, permite a injunção de prestação de atividade devida ou cessação de atividade nociva por meio de ordem, de mandamento,⁽²⁾ cujo descumprimento tem implicações penais. Própria uma crítica, no ponto, ao cinquentenário instituto: a execução da sentença necessita de aperfeiçoamento em seus meios coativos, dado que a eventual infringência

do julgado não tem sanção proporcional à natureza do provimento jurisdicional. A desobediência – crime previsto no art. 330 do Código Penal – tem pena máxima inferior a um ano, sendo considerada infração penal de menor potencial ofensivo (art. 61, Lei nº 9.099/95), possibilitando a transação penal (art. 76, Lei nº 9.099/95) e, por essa razão, deveria ser desestimulada com outros meios, como as *astreintes* peculiares à ação civil pública (art. 12, Lei nº 7.347/85) ou a adoção de providências cujo resultado prático garantam o adimplemento da obrigação imposta (art. 461 § 5º, Código de Processo Civil; art. 83 § 5º, Lei 8.078/90), sem embargo da configuração de pressuposto para a intervenção (art. 34 VI, Constituição Federal) e da caracterização de improbidade administrativa (art. 11 II, Lei Federal nº 8.429/92).⁽³⁾

A eficácia do controle judiciário da Administração Pública reclama a disponibilização de mecanismos efetivos e eficientes, pois deles depende a eficácia do sistema de freios e contrapesos instituído em prol das liberdades públicas e do bom funcionamento do Estado Democrático de Direito. Esse perfil ostenta o mandado de segurança, ainda que sua atuação represente óbice inconveniente ao interesse público secundário (e, por isso, não sejam raras a adoção de medidas restritivas mormente sobre liminares, assim como acontece com a ação civil pública e a ação popular), levando à discussão judicial a implantação de reformas administrativas, planos econômicos etc., que, quase sempre, ofendem direitos subjetivos. É evidente, pois, que o mandado de segurança é meio de choque entre o Poder Executivo e o Poder Judiciário e não será surpresa que os controlados proponham ou adotem pautas de arrefecimento do instrumento de controle.

Nessa perspectiva, resta confiar no zelo dedicado pelo Poder Judiciário a qualquer tentame tendente de amesquinamento da separação dos poderes e os direitos e garantias individuais.⁽⁴⁾ Chama-se a atenção à restrição do acesso ao mandado de segurança coletivo operacionalizada pela criação de um requisito de procedibilidade impossível e desarrazoado: a Medida Provisória 1984 prevê (art. 5º) que “nas ações coletivas propostas contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas autarquias e fundações, a petição inicial deverá obrigatoriamente estar instruída com a ata da assembléia da entidade associativa que a autorizou, acompanhada da relação nominal dos seus associados e indicação dos respectivos endereços”, introduzindo o parágrafo único do art. 2º A da Lei nº 9.494/97, restrição e dificultação ao direito de ação pelos entes intermediários, colocando em risco a norma do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, de modo a inviabilizar a promoção de ação civil pública e mandando de segurança coletivo exatamente contra atos da Administração Pública centralizada e descentralizada, quando se tem em conta

que o art. 5º, LXX, *b*, da Constituição Federal não permite sequer intuir implícita permissão para a exigência reclamada. Ademais, a inovação tramita em sentido oposto à jurisprudência e a evolução do mandado de segurança.⁽⁵⁾

Atos administrativos complexos. O ato administrativo complexo é o resultante da conjugação ou integração de vontades unitárias e coincidentes de pessoas, entidades e órgãos diferentes para produção de um fim comum num único ato⁽⁶⁾ e após o seu aperfeiçoamento pode ser visto como única declaração de vontade da Administração, posto que é modalidade de ato administrativo unilateral,⁽⁷⁾ distinguindo-o do ato composto, cuja natureza é de uma causa de eficácia subordinando o ato principal ao complementar.⁽⁸⁾

Nele são admissíveis variações quanto à preponderância das vontades (complexidade igual ou desigual: a predominância de uma delas faz parecer que as demais são meros acessórios ou pressupostos da vontade dominante) e quanto à unidade ou pluralidade de entidades administrativas (complexidade interna: órgãos de uma mesma entidade; complexidade externa: diferentes pessoas jurídicas).⁽⁹⁾ A importância do requisito de unidade de conteúdo e fim, é essencial para distingui-lo de outras formas de concurso de vontades (atos coletivos, contrato entre entes públicos, controle estatal sobre as deliberações dos entes autárquicos, convenções, atos compostos, acordo, ato-união e etc.),⁽¹⁰⁾ embora possa revelar caráter negocial⁽¹¹⁾ e, por essa razão, é único e indiviso: resultante de vontades distintas e homogêneas, nenhuma das quais idôneas a constituição de um ato administrativo à parte, seus atos específicos não produzem nenhum efeito isolado, senão quando simultaneamente se completam, integrados.⁽¹²⁾

A doutrina tradicionalmente considera que a autoridade coatora é a última autoridade que intervém para aperfeiçoamento do ato complexo, anotando que a jurisprudência tem exigido a notificação de todos os que participaram do ato e que, nos atos compostos, ela é a autoridade que pratica o ato principal.⁽¹³⁾ O entendimento de Celso Agrícola Barbi é o mais coerente com o ato administrativo complexo: todos os órgãos participantes são considerados autoridades coatoras,⁽¹⁴⁾ porque ao eleger a autoridade coatora aquela que por último integrou sua vontade ao ato administrativo complexo, se dispensa tratamento incompatível sua estrutura. Sendo o ato administrativo complexo resultante da convergência de vontades de mais de um órgão, agente ou entidade, a violação ou ameaça de lesão a direito resulta do ato como produto da reunião de vontades autônomas ou de alguma das vontades conjugadas.

Enfocando o assunto da maneira tradicional, dá-se ao ato administrativo complexo uma característica de processo administrativo ou de soma de atos simples sem vontade unitária ou de deliberação preponderante da última von-

tade, olvidando que a existência, validade e eficácia do ato dependem da conjugação dessas vontades. Certo é, entretanto, que somente com a adesão da última vontade (quando é possível diagnosticar o momento respectivo) tem relevância diversa ligada à decadência para impetração do mandado de segurança e à exequibilidade do ato. Porém, se viciado em uma das vontades, o todo se contamina, impondo-se a participação de todos no mandado de segurança, até porque o desfazimento do ato administrativo complexo obriga o concurso de todos os órgãos responsáveis por sua formação em homenagem ao paralelismo das formas.

Recurso administrativo

O direito brasileiro filiou-se ao sistema de controle anglo-americano da Administração Pública (unidade de jurisdição), não contemplando a via do contencioso administrativo (dualidade de jurisdição), impossibilitando exceção ou supressão do controle judiciário dos atos da Administração Pública (inafastabilidade da jurisdição). Embora integrante do devido processo legal o recurso administrativo (art. 5º LV, Constituição Federal) – prestigiado no ordenamento jurídico que devota o princípio da recorribilidade das decisões administrativas (transformado em regra no art. 56 da Lei 9.784/99), mesmo na ausência de regra a respeito⁽¹⁵⁾ –, a cláusula constante do art. 5º XXXV da Constituição Federal é histórica (salvo a previsão não implementada de contencioso administrativo na Emenda nº 07/77 à Constituição de 1967). Não é possível exigir o prévio exaurimento na via administrativa, como potencialmente decorria do art. 5º I da Lei nº 1.533/51 (exclusão da apreciação judicial pelo mandado de segurança de ato de que caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, independente de caução), cujo trato na jurisprudência foi temperado pela Súmula 429 do Supremo Tribunal Federal,⁽¹⁶⁾ e que vai além do extrato contido na súmula (omissão da autoridade). No entanto, dois pontos merecem reflexão: a revalorização do recurso administrativo com a edição da Lei nº 9.784/99 e a oscilação da jurisprudência em torno da constitucionalidade da exigência de caução no recurso administrativo.

O art. 56 da Lei nº 9.784/99 consagra o princípio da recorribilidade das decisões administrativas (com extensão mais dilatada que o controle judiciário, porque abrange também razões de mérito), reforçado pelo art. 57 ao instituir a garantia da instância recursal (impugnação por três instâncias administrativas, no máximo, sem prejuízo da revisão *ex officio* ou mediante provocação – arts. 64 e 65, Lei nº 9.784/99), demonstrando a tendência de revalorização do recurso administrativo, na medida em que confia ao processo administrativo a edição de soluções orientadas pela juridicização e participação na atividade administrativa (legalidade, moralidade, impessoalidade, imparcialidade

etc.).⁽¹⁷⁾ Apesar do art. 5º I da Lei nº 1.533/51, não é válida a obrigação de interposição de recurso administrativo como requisito para ulterior exercício do direito de ação. A conformidade da regra legal com a cláusula da inexigibilidade de exaustão da via administrativa foi balizada pela franquia de opção ao administrado: ou ele impetra o mandado de segurança ou interpõe o recurso administrativo dotado de efeito suspensivo sem exigência de caução;⁽¹⁸⁾ mas o emprego do mandado de segurança se credencia diante da exequibilidade do ato administrativo, condição que possibilita a ocorrência de lesão a direito. Tanto o mandado de segurança quanto o recurso administrativo sem exigência de caução e dotado de efeito suspensivo inibem a exequibilidade do ato administrativo.⁽¹⁹⁾

Falece interesse de agir: a) se a exequibilidade da decisão administrativa foi obstada pelo uso do recurso administrativo dotado de efeito suspensivo; b) em face da impetração simultânea do *mandamus* e do recurso administrativo dotado de efeito suspensivo sem caução. Inversamente, cabível a impetração do remédio heróico quando: a) o recurso administrativo não possua efeito suspensivo;⁽²⁰⁾ b) se possuindo tal efeito, exige caução; c) há omissão administrativa. Nos dois primeiros casos, em tais situações o ato administrativo é exequível; no último caso, não existe manifestação de vontade concretizada em ato.⁽²¹⁾

Em função da auto-executoriedade do ato administrativo, a Lei nº 9.784/99 inscreve como regra a dotação de efeito devolutivo ao recurso,⁽²²⁾ mas abre a perspectiva de lei em sentido contrário e de concessão do efeito suspensivo mediante juízo da autoridade na presença de prejuízo de difícil ou incerta reparação decorrente da execução do ato (art. 60 e parágrafo único). A Súmula 430 do Supremo Tribunal Federal⁽²³⁾ tem a finalidade de corroborar que somente o recurso com efeito suspensivo impede a exequibilidade do ato administrativo. O efeito suspensivo do recurso administrativo também não permite o curso do prazo decadencial para impetração do mandado de segurança⁽²⁴⁾ (ao contrário do recurso sem efeito suspensivo), que se inicia a partir da decisão proferida sobre o último recurso interposto ou quando se esgotar o prazo para sua interposição.⁽²⁵⁾

Possibilitando a Lei nº 9.784/99 a atribuição excepcional de efeito suspensivo ao recurso administrativo pela autoridade administrativa, de ofício ou mediante provocação, na presença dos requisitos do art. 60 parágrafo único, o prazo decadencial para impetração do mandado de segurança só inicia quando negado o efeito suspensivo pela autoridade. Ora, se a lei faculta à autoridade administrativa a atribuição de tal efeito, somente com sua explícita manifestação se credencia a exequibilidade ou não do ato administrativo re-

corrido e, por essa razão, o prazo decadencial tem seu termo *a quo* na exteriorização desse juízo. Esta assertiva tem o mérito de evitar o emprego concomitante do recurso administrativo e do mandado de segurança.

O Supremo Tribunal Federal tem decidido que a exigência de caução (depósito prévio da multa, fiança e outros meios de garantias de instância etc.) como requisito de admissibilidade do recurso administrativo para suspensão da exequibilidade do ato não viola o art. 5º, LV, da Constituição Federal e que as normas infraconstitucionais contemplando a exigência foram recepcionadas pela Constituição de 1988.⁽²⁶⁾ A orientação majoritária no Supremo Tribunal Federal não dá a questão interpretação conforme o art. 5º, LV, da Constituição Federal, explícito na inclusão do recurso como expediente da ampla defesa, concernente ao princípio do devido processo legal.⁽²⁷⁾

O melhor sistema é o que não exige caução como requisito de admissibilidade do recurso; a sua dispensa é mais consentânea com o contraditório e a ampla defesa; mas se lei específica pode exigi-la, à falta de previsão legal o acesso à instância recursal é irrestrito.⁽²⁸⁾ A prévia exigência de caução fomenta o acesso ao crivo jurisdicional,⁽²⁹⁾ enquanto que sua dispensa proporcionaria a tentativa de solução na esfera administrativa, desafogando o acesso ao controle judiciário.

Mesmo em face da regra da independência de caução para interposição do recurso administrativo, salvo disposição legal contrária (art. 56 § 2º da Lei nº 9.784/99), é carente de critério científico a exigibilidade de caução como condicionante do recurso administrativo, prevista na exceção legal. A exigência transita na contramão de direção do ordenamento jurídico: o recurso administrativo é elemento prestigiado pela ampla defesa e, por conseguinte, pelo devido processo legal (art. 5º LV, Constituição). O duplo grau do processo administrativo, concretizado nos arts. 56 e 57 da Lei nº 9.784/99, decorre do art. 5º, LIV e LV da Constituição como garantia fundamental.⁽³⁰⁾ A exigência de caução, via de regra, inibe o duplo grau e frustra o devido processo legal, desvaloriza o recurso administrativo e reforça a desconfiança dos administrados na Administração Pública em cumprir a missão de preservação da legalidade e garantia de direitos.

A questão trafega pela gratuidade do processo administrativo. Celso Antonio Bandeira de Mello oferece um critério para balizar a incidência do princípio da gratuidade no processo administrativo (art. 2º XI, Lei nº 9.784/99), reduzindo sua obrigatoriedade nos processos restritivos ou ablativos de direitos, ressalvando que nos ampliativos de iniciativa do interessado deve-se, no entanto, preservar a modicidade,⁽³¹⁾ para não ocorrer prejuízo à ampla defesa. Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari admitem, em tese, a plausibilidade

do estabelecimento de custos retributivos dos ônus impostos ao Estado pelo exercício da via recursal, orientado pela razoabilidade e proporcionalidade, advertindo a inconstitucionalidade da imposição do depósito do *quantum* (total ou parcial) envolvido na discussão, seja por onerosidade excessiva, seja por inexistir qualquer liame entre o peso da tarefa recursal estatal e o valor pecuniário subjacente ao litígio, o que poderia configurar um meio coercitivo de cobrança dos créditos pela Administração Pública.⁽³²⁾ Mas, para além destas concepções, corroborado pelo princípio da gratuidade (art. 2º XI, Lei nº 9.784/99) e por uma visão sistemática do ordenamento jurídico (notadamente, os direitos de informação e petição previstos no art. 5º XXXIV e LXXVII, Constituição Federal e nas Leis nºs 9.051/95 e 9.265/96; e o recurso administrativo decorre do direito de petição), razoável a dispensa da exigência de caução sempre quando o processo administrativo manifestar algum poder sancionatório estatal ou envolver questão ou prerrogativa ligada à cidadania (em sua mais ampla acepção).

Omissão lesiva e silêncio administrativo

Salvo raras e textuais exceções, a teoria do silêncio eloquente não prevalece no direito administrativo brasileiro. O silêncio e a omissão não significam aceitação, anuência ou aprovação tácita da Administração Pública, diferentemente de outros sistemas (atos tácitos, *décision implicite d'acceptation* etc.) registrando a tendência de diminuição dos atos sujeitos à autorização prévia e do silêncio configurar aceitação tácita, expedientes utilizados para obrigar a Administração Pública a decidir. A Lei nº 9.784/99 optou por oposta linha de atuação: inscreveu o dever de decisão como regra do processo administrativo (aí incluídas reclamações e solicitações), a ser exercido no prazo de trinta dias (com prorrogação em igual período, motivada), a partir da conclusão da instrução (art. 49 parágrafo único), opção harmonizada com a extensão do direito de petição (art. 5º XXXIV, Constituição Federal). Decorrido esse prazo, nasce o direito à impetração do mandado de segurança,⁽³³⁾ sem embargo de outras conseqüências (responsabilidade civil do Estado, responsabilidade administrativa do agente relapso e sua improbidade administrativa). A opção de solução do problema, no direito brasileiro (iluminada pela indisponibilidade do interesse público e pela garantia do direito dos administrados), foi pela via da juridicização da atuação administrativa, em que desponta o direito do administrado obter uma decisão. Serve o mandado de segurança como instrumento de garantia do direito a obter uma decisão.

Dependendo da natureza do ato administrativo cuja produção foi requerida à Administração Pública, a solução se desdobra, devendo averiguar a presença da competência vinculada ou discricionária, o efeito (concessivo

ou denegatório) do silêncio e a existência de prazo para decisão administrativa, afetando a decadência da impetração do remédio heróico. Diante da omissão para a prática de ato ou emissão de decisão, cujo efeito do silêncio for denegatório ou na hipótese da lei não atribuir nenhum efeito ao silêncio, tem-se como corolários: a) se o ato era de conteúdo vinculado, provando preencher os requisitos legais, o provimento judicial suprirá a omissão administrativa deferindo o requerido; b) se, no entanto, integrava alguma prerrogativa discricionária, o provimento judicial deverá impor à Administração Pública a obrigação de pronunciamento (o administrado tem direito a uma decisão motivada), fixando prazo razoável (quando a lei não atribui prazo).⁽³⁴⁾ Como, agora, é regra o dever de decidir no prazo de trinta dias, esse prazo razoável deverá ser fixado na conformidade dos arts. 49 e 50, Lei nº 9.784/99.

Hely Lopes Meirelles esclarece que se a lei atribuiu efeito denegatório ao silêncio, a decadência (art. 18, Lei nº 1.533/51) para impetração do mandado de segurança não flui.⁽³⁵⁾ Tendo sido fixado em lei prazo para decidir, a decadência é computada a partir do seu encerramento.⁽³⁶⁾ A opinião de Hely Lopes Meirelles deve ser revisitada, porque à luz da Lei nº 9.784/99, cujo art. 49 institui a regra de prazo (trinta dias) genérica para emissão de decisão, é mais acertado afirmar que a decadência é contada a partir de seu término.

Atividades delegadas e autorizadas

A doutrina manifesta a admissibilidade do mandado de segurança contra atos de dirigentes de estabelecimentos particulares autorizados e fiscalizados pelo poder público, bem como de entidades paraestatais que realizam atividades delegadas do poder público, desde que decorrentes da delegação, de modo que excluídos do seu âmbito os atos realizados no interesse interno e particular.⁽³⁷⁾ Neste sentido, a Súmula 510 do Supremo Tribunal Federal⁽³⁸⁾ e, mais recentemente, a redação dada ao art. 1º § 1º da Lei nº 1.533/51 pela Lei nº 9.259/96,⁽³⁹⁾ conforme o art. 5º LXIX da Constituição Federal que estende o mandado de segurança a atos de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público. O entendimento doutrinário e o tratamento pretoriano devem, no entanto, ser questionados à luz da reforma do Estado.

Pela privatização em sentido estrito (ou desestatização), orientada pelo princípio da subsidiariedade, o Estado deixou de executar, direta ou indiretamente, certas atividades de interesse público ou de conveniência administrativa (serviços sociais, industriais ou comerciais e exploração de atividade econômica). Corolário é que tais atividades são regidas pelo direito privado, não se confundindo com a delegação de serviço público,⁽⁴⁰⁾ em que o Estado continua titular de um serviço público e transfere a sua execução ao particular me-

diante os institutos da concessão e da permissão (art. 175, Constituição Federal; Leis n^os 8.987/95 e 9.074/95) e é regida, total ou parcial, pelo direito público. Nos casos de delegação, dúvida não há sobre a admissibilidade do remédio heróico contra atos das entidades privadas no que respeita à delegação de função pública, em razão da transferência à entidade privada de certas prerrogativas inerentes ao poder público.

Patente está na Constituição Federal que algumas atividades quando exercidas pelo poder público direta ou indiretamente (delegação), constituem serviços públicos não exclusivos e próprios em regime de competição com atividades privadas de interesse público exercidas por particulares (saúde, educação, previdência social, assistência social – arts. 199, 201 § 8^o, 204 e 209) sob regime jurídico privado ou sob especial regime jurídico (instituições financeiras, seguro, previdência privada – art. 192 I e II). Estas últimas não contemplam outorga de qualquer prerrogativa pública, sendo controladas pelo Estado mediante autorização e controle com base no poder de polícia.⁽⁴¹⁾ São inadequadamente denominados serviços públicos impróprios, pois não constituem serviços públicos: seja porque a Constituição (art. 175) somente admite ao particular a transferência da execução do serviço público (industrial ou comercial) por concessão ou permissão; seja porque ausente a gestão estatal, a terceirização ou o contrato administrativo de prestação de serviços (sem implicar a delegação) sob regime jurídico de direito público (serviços sociais); seja porque, enfim, são exercidos sob o pálio da liberdade de iniciativa (art. 170).

Na hipótese de atividades privadas de interesse público, prestadas por particulares em competição ou não com o Estado (serviços públicos impróprios), não sujeitos ao fomento e autorizadas com fulcro no poder de polícia, não parece admissível o emprego do *mandamus* em face da violação de direito individual, salvo se a autorização importou a transmissão de algumas prerrogativas de autoridade pública e a imposição de regime de direito público. Limitada a intervenção estatal ao exercício do poder de polícia, o fundamento jurídico é insuficiente para estender o cabimento do mandado de segurança: as funções não são públicas e nem há delegação de poderes de autoridade pública, mas autorização,⁽⁴²⁾ fugindo do alcance da Lei n^o 9.259/96. Maria Sylvia Zanella Di Pietro explica que “com relação às entidades particulares, cabe mandado de segurança quando atuem por delegação e nos limites da delegação”, mas “se exercerem atividades autorizadas, com base no poder de polícia do Estado, que não se inserem entre as atividades próprias do Poder Público, também não cabe essa medida. É o que ocorre com os serviços de táxi, hospitais, estabelecimentos bancários, companhias de seguro”, registrando que a jurisprudência admite o mandado de segurança contra atos de estabelecimen-

tos particulares de ensino, “embora exerçam funções apenas autorizadas e não delegadas pelo Poder Público”.⁽⁴³⁾

Ainda em razão do princípio da subsidiariedade, algumas atividades privadas de utilidade pública (meio ambiente, saúde, cultura, ensino etc.) foram alvo de incentivo governamental ou, anteriormente executadas pelo Estado (serviços sociais), objeto absorção (ou devolução) pelo denominado terceiro setor (setor público não estatal),⁽⁴⁴⁾ mediante contrato de gestão ou termos de parceria celebrados com entidades privadas sem fins lucrativos (associações, fundações, organizações não governamentais etc.), qualificadas como organização social ou organização da sociedade civil de interesse público nos termos das Leis n^os 9.637/98 e 9.790/99, respectivamente.

Tais entidades são incentivadas pelo poder público mediante fomento (operacional, patrimonial ou financeiro), assim como outras detentoras de diverso título jurídico (serviços sociais autônomos, convênios com entidades de utilidade pública, organizações não governamentais, fundações privadas, associações etc.). Não se tratando de delegação de serviço público, mas atividade administrativa de fomento⁽⁴⁵⁾ desvenda-se, notadamente nas Leis n^os 9.637/98 e 9.790/99, que, no concernente à execução da atividade privada de interesse público (não obstante organizada sob a forma do direito privado), a entidade qualificada deve obediência a uma série de disposições normativas de direito público relacionadas estreitamente à própria estrutura do fomento (parceria, gestão associada), de tal maneira que admissível o reconhecimento da submissão a um regime jurídico híbrido, combinando normas de direito público e privado: sujeição a controles públicos (contábeis, formais, de resultados), suas ações podem ser gratuitas e universais e seus dirigentes são considerados, no que tange aos recursos públicos injetados, agentes públicos inclusive para fins de responsabilidade civil por improbidade administrativa. Nesse contexto, e no que respeita às atividades fomentadas pelo poder público e à incidência de normas de direito público respectivas, cabível o emprego do mandado de segurança.

NOTAS EXPLICATIVAS

- (1) LUCIANO FERREIRA LEITE (“Discricionariedade administrativa e controle judicial”, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, pág. 41), ODETE MEDAUAR (“Controle da Administração Pública”, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, págs. 159-180), JOSÉ DA SILVA PACHECO (“O Mandado de Segurança e outras Ações Constitucionais Típicas”, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, pág. 87, n^o 16), MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO (“Direito Administrativo”, São Paulo: Atlas, 2001, págs. 612-613).
- (2) LUCIANO FERREIRA LEITE aponta que na omissão administrativa manifesta a pretensão positiva (obrigação de fazer) ou negativa (obrigação de não fazer), revelando a natureza mandamental do *writ*, enquanto tem natureza constitutiva quando objetive a anulação de ato administrativo (“Discricionariedade administrativa e controle judicial”, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, págs. 41-42).
- (3) Vide o nosso “Proibidade Administrativa”, São Paulo: Saraiva, 2001, págs. 224-231, 234-235.

- (4) Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal decidiu que cabe tutela antecipada contra o poder público, à exceção quando tenha como objeto pagamento ou incorporação de vencimentos ou vantagens a servidor público (Reclamação 1096, Rel. Min. Celso de Mello, 20.9.2000, RDA 222/244), nos termos das Leis nºs 5.021/66 e 4.384/64.
- (5) O Supremo Tribunal Federal vem entendendo dispensável a exigência de autorização expressa dos filiados de entidade de classe (RTJ 134/666, 142/446, 146/131, 150/104).
- (6) EDMIR NETTO DE ARAÚJO (“Do Negócio Jurídico Administrativo”, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992, págs. 155-168), SANDRA JULIEN MIRANDA (“Do Ato Administrativo Complexo”, São Paulo: Malheiros Editores, 1998, pág. 60), salvo a opinião de DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, para quem o que se tradicionalmente denomina ato complexo é, em realidade, ato conjunto (“Curso de Direito Administrativo”, Rio de Janeiro: Forense, 1999, nº 32, pág. 107).
- (7) ELIVAL DA SILVA RAMOS (“Do ato administrativo complexo no direito brasileiro e italiano”, in Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo nº 32, São Paulo: dez. 1989, págs. 175-177).
- (8) No ato composto, o fim e a atuação da vontade dos agentes dos vários atos têm relação de dependência e não de unidade (VICENTE RÁO, “Ato jurídico”, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, págs. 58-60), existindo uma única manifestação de vontade de um único órgão dependente da verificação ou qualquer providência por outro para o tornar exequível. Nesse caso, “o ato já existe, mas só será posto em execução após tal providência” (EDMIR NETTO DE ARAÚJO, “Do Negócio Jurídico Administrativo”, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992, pág. 157). Para MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO “os atos, em geral, que dependem de autorização, aprovação, proposta, parecer, laudo técnico, homologação, visto, etc., são atos compostos” (MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, “Direito Administrativo”, São Paulo: Editora Atlas, 1999, pág. 185).
- (9) ELIVAL DA SILVA RAMOS (“Do ato administrativo complexo no direito brasileiro e italiano”, in Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo nº 32, São Paulo: dez. 1989, págs. 175-177), EDMIR NETTO DE ARAÚJO (“Do Negócio Jurídico Administrativo”, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992, págs. 155-168), SANDRA JULIEN MIRANDA (“Do Ato Administrativo Complexo”, São Paulo: Malheiros Editores, 1998, pág. 60).
- (10) SANDRA JULIEN MIRANDA, “Do Ato Administrativo Complexo”, São Paulo: Malheiros Editores, 1998, págs. 116-117.
- (11) EDMIR NETTO DE ARAÚJO, “Do Negócio Jurídico Administrativo”, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992, págs. 155-168.
- (12) LAFAYETTE PONDÉ, “Controle dos Atos da Administração Pública” in Revista de Direito Administrativo nº 212, Rio de Janeiro: Editora Renovar, abr./jun. 1998, pág. 43.
- (13) HELY LOPES MEIRELLES (“Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, Habeas Data”, São Paulo: Malheiros Editores, 1995, pág. 47).
- (14) “Do Mandado de Segurança”, Rio de Janeiro: Forense, 1993, pág. 102, nº 109.
- (15) HELY LOPES MEIRELLES. “Direito Administrativo Brasileiro”, São Paulo: Malheiros Editores, 1995, pág. 577. O direito ao recurso é, ademais, direito humano fundamental reconhecido no art. 8º, nº 2, h, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), ratificado pelo Decreto nº 678/92.
- (16) “A existência de recurso administrativo com efeito suspensivo não impede o uso do mandado de segurança contra omissão da autoridade”.
- (17) Além disso, e como demonstra JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, a garantia de instância recursal não exclui o exercício do poder de revisão, cuja extensão pode ultrapassar o limite de instâncias em razão da autotutela (“Processo Administrativo Federal”, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, pág. 277).
- (18) SÉRGIO FERRAZ e ADILSON ABREU DALLARI, “Processo Administrativo”, São Paulo: Malheiros, 2001, pág. 178.
- (19) MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, “Direito Administrativo”, São Paulo: Atlas, 2001, pág. 630.

- (20) SÉRGIO FERRAZ e ADILSON ABREU DALLARI entendem, todavia, que não tendo efeito suspensivo, cabe ao administrado optar entre o recurso administrativo e o mandado de segurança. Nessa linha, professam que a executividade da decisão administrativa fica obstada até a denegação do recurso administrativo, a partir da qual se conta o prazo para o mandado de segurança (invocando decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Pleno, MS 240, Rel. Des. Maurílio Daiello, RF 181/253), de maneira a não tornar inútil o recurso administrativo e não frustrar um dos seus fundamentos habituais: prevenção de litígios judiciais (“Processo Administrativo”, São Paulo: Malheiros Editores, 2001, págs. 179/182).
- (21) ODETE MEDAUAR (“Controle da Administração Pública”, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, págs. 168-170), HELY LOPES MEIRELLES (“Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, *Habeas Data*”, São Paulo: Malheiros Editores, 1995, págs. 34-35).
- (22) JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, “Processo Administrativo Federal”, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, pág. 284.
- (23) “Pedido de reconsideração na via administrativa não interrompe o prazo para o mandado de segurança”. Sob a ótica da Lei 9.784/99, a reconsideração é prerrogativa da autoridade (art. 56 § 1º) ao ensejo da interposição do recurso administrativo.
- (24) ANTÔNIO RAPHAEL SILVA SALVADOR e OSNI DE SOUZA, “Mandado de Segurança”, São Paulo: Atlas, 1998, págs. 51-53.
- (25) MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, “Direito Administrativo”, São Paulo: Atlas, 2001, pág. 637.
- (26) RE 275.503-6-SP, 1ª Turma, Rel. Min. Ilmar Galvão, v.u., 5.9.2000, DJU 2.2.2001; RE 210.244-0-GO, 2ª Turma, Rel. Min. Néri da Silveira, m.v., 26.10.1998, DJU 19.3.1988. Não obstante, o entendimento prevalecente no Supremo Tribunal Federal não é unânime: o Ministro Marco Aurélio verifica que na “exigência do depósito da integralidade da multa para recorrer-se administrativamente passa a consubstanciar uma coerção política visando à satisfação do débito e transgride, a meu ver, o devido processo, tomado em sua concepção maior, já que implica dar-se com uma das mãos, prevendo-se o recurso administrativo, e retirar-se com a outra” (Cf. declaração de voto no RE 210.244-0-GO, 2ª Turma, Rel. Min. Néri da Silveira, m.v., 26.10.1998, DJU 19.3.1988), , acompanhado pelo Ministro Carlos Velloso ao salientar que o “devido processo legal, com as suas implicações – e a maior delas é o princípio da ampla defesa – aplica-se também ao processo administrativo: CF, art. 5º, LV. Ora, condicionar o seguimento do recurso administrativo ao depósito do *quantum* discutido, atualizado monetariamente, é estabelecer óbice ao direito de defesa, o que é repellido pelo *due process of law* consagrado na Constituição, assegurador do direito de defesa com os meios e recursos a ela inerentes” . (Cf. declaração de voto na ADIN-MC 1049-2-DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Carlos Velloso, m.v., 18.5.1995, DJU 25.8.1995), e pelo Ministro Ilmar Galvão ao ponderar que “contrariamente ao que ocorre na esfera judicial, onde o depósito prévio, como pressuposto do recurso ordinário, se justifica como garantia prévia da execução, em caso de insucesso -, no âmbito administrativo, não sobra motivo para que constitua ele condicionante do exercício do direito de recorrer e, conseqüentemente, de defender-se, posto serem os débitos da espécie insuscetíveis de execução por via de ato da Administração” (Cf. declarações de voto no RE 210.234-2-GO, Tribunal Pleno, 12.11.1997) ; em sentido contrário, o Ministro Octavio Gallotti entende que não há direito constitucional ao duplo grau de jurisdição seja na via administrativa seja na judicial, ficando a ampla defesa assegurada quanto à decisão de primeira instância, acompanhado pelo Ministro Sepúlveda Pertence ao destacar que a expressão “recursos a ela inerentes” constante do art. 5º, LV, da Constituição Federal, não significa a suscetibilidade da decisão administrativa a sucessivos recursos (Cf. declarações de voto no RE 210.234-2-GO, Tribunal Pleno, 12.11.1997) , manifestando ser a hipótese diferente da exigência de depósito para a garantia da defesa prévia à decisão administrativa, pois já proferida a decisão administrativa a exigência do depósito para o recurso administrativo não fere o devido processo legal, tendo em vista que este não impõe sequer o direito à existência do recurso administrativo (Cf. declaração de voto na ADIN-MC 1049-2-DF, Tribunal Pleno, m.v., 18.5.1995, DJU 25.8.1995).
- (27) Neste sentido, se decidiu que “a exigência de depósito prévio, a título de caução, para exercício do direito de recorrer de multa aplicada pela fiscalização da Receita Federal, como *conditio*

- sine qua non* para interposição de recurso em sêmita administrativa, afronta o princípio constitucional da garantia do amplo direito de defesa assegurado no art. 5º, LV, da Carta Magna” (TRF – 2ª Região, Apelação nº 99.02.16771-3-ES, 1ª Turma, Rel. Des. Ney Fonseca, v.u., 13.10.1999, DJU 2.12.1999, RT 777/340).
- (28) JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO (“Processo Administrativo Federal”, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, págs. 275-276).
- (29) É nesse sentido que opera o art. 5º I da Lei nº 1.533/51, ainda que por via oblíqua.
- (30) SÉRGIO FERRAZ e ADILSON ABREU DALLARI, “Processo Administrativo”, São Paulo: Malheiros Editores, 2001, págs. 168-171.
- (31) “Curso de Direito Administrativo”, São Paulo: Malheiros Editores, 2000, pág. 435.
- (32) “Processo Administrativo”, São Paulo: Malheiros Editores, 2001, págs. 169, 171.
- (33) LUCIANO FERREIRA LEITE expõe que o mandado de segurança ataca a ilegalidade positiva e negativa, entendida esta como a resultante da omissão (Discricionariedade administrativa e controle judicial, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, pág. 42).
- (34) CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, “Curso de Direito Administrativo”, São Paulo: Malheiros Editores, 2000, págs. 355-356.
- (35) HELY LOPES MEIRELLES, “Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, Habeas Data”, São Paulo: Malheiros Editores, 1995, pág. 26.
- (36) ANTÔNIO RAPHAEL SILVA SALVADOR e OSNI DE SOUZA (“Mandado de Segurança”, São Paulo: Atlas, 1998, pág. 52), MARIA SYLVIA DI PIETRO (“Direito Administrativo”, São Paulo: Atlas, 2001, pág. 637).
- (37) HELY LOPES MEIRELLES (“Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, Habeas Data”, São Paulo: Malheiros Editores, 1995, pág. 38), ANTÔNIO RAPHAEL SILVA SALVADOR e OSNI DE SOUZA (“Mandado de Segurança”, São Paulo: Atlas, 1998, págs. 33-34).
- (38) “Praticado o ato por autoridade, no exercício de competência delegada, contra ela cabe o mandado de segurança ou a medida judicial”.
- (39) Referida disposição legal considera autoridade, para efeito de mandado de segurança, representantes ou administradores das autarquias e das pessoas naturais ou jurídicas com funções delegadas do poder público, somente no que entender com essas funções.
- (40) DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, “Mutações do Direito Administrativo”, Rio de Janeiro: Renovar, 2000, págs. 119-142.
- (41) MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, “Direito Administrativo”, São Paulo: Atlas, 2001, págs. 100-102, 105-106.
- (42) A Constituição prevê, não obstante, que alguns serviços públicos (telecomunicações, energia elétrica, transporte interno ferroviário e aquaviário, rodoviário de passageiros interestadual e internacional, portos marítimos, fluviais e lacustres) admitindo a autorização, ao lado da concessão e da permissão (art. 21 XI e XII). Entretanto, aí se trata de serviço de interesse restrito do particular, organizado sob regime privado.
- (43) “Direito Administrativo”, São Paulo: Atlas, 2001, págs. 624-625.
- (44) DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO explica que a atuação administrativa consiste no estabelecimento de relação colaboração entre entidades e órgãos públicos e entes privados para alcance do interesse público (“Mutações do Direito Administrativo”, Rio de Janeiro: Renovar, 2000, págs. 7-48).
- (45) MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, “Direito Administrativo”, São Paulo: Atlas, 2001, págs. 407, 409-415. No entanto, ressalva que, de acordo com a própria Lei nº 9.637/98, a absorção de atividade de entidade federal extinta no âmbito da área da saúde deverá observar os princípios do art. 198 da Constituição Federal e da Lei nº 8.080/90, caracterizará prestação de serviço público (*op. cit.*, pág. 411).