ISSN: 2594-6153

O mandado de segurança no Brasil e o *writ of mandamus* nos Estados Unidos da América: uma análise comparada

Gabriel Ribeiro Perlingeiro Mendes

Universidade Santa Cecília (UNISANTA), Santos-SP, Brasil

E-mail: grperlingeiro@gmail.com

Resumo: Este estudo tem como objetivo delimitar as figuras do mandado de segurança, do Direito brasileiro, e do *writ of mandamus*, do Direito estadunidense, apresentando as suas principais diferenças e semelhanças. Verificou-se que, embora possuam intercessões, as figuras não se confundem. A principal diferença está na excepcionalidade que a jurisprudência dos EUA atribui à via do *writ.*

Palavras-chave: direito comparado; direito processual; mandado de segurança; *writ of mandamus*.

The *mandado de segurança* in Brazil and the writ of mandamus in the United States of America: a comparative analysis

Abstract: This study aims to delimit the figures of the *mandado de segurança*, of Brazilian law, and of the writ of mandamus, of American law, presenting their major differences and similarities. It was found that, although they have intercessions, the figures are not confused. The main difference is in the exceptionality that US jurisprudence attributes to the writ.

Keywords: comparative law; procedural law; *mandado de segurança*; writ of mandamus.

Introdução

As normas de direito processual civil foram concebidas tradicionalmente para instrumentalizarem conflitos de natureza privada. Ao revés, elas nunca se ajustaram às lides de direito público, seja em razão da imposição de maior proteção ao interesse público seja em virtude da disparidade ocasionada pela presença do Poder Público no processo. Assim, fez-se necessário criar regras processuais próprias para o contencioso administrativo.

É esse contexto que motiva, no Brasil, a criação do instrumento do mandado de segurança como via adequada para a provocação do controle jurisdicional da Administração Pública, com o fito de se afastar eventuais ilegalidades cometidas pelas autoridades.

Talvez pela semelhança entre os nomes, é comum dizer ser o mandado de segurança equivalente ao *writ of mandamus* norte-americano. Trata-se, contudo, de institutos diferentes, como se demonstra a seguir.

Objetivos

O presente trabalho tem como objetivo delimitar as figuras do mandado de segurança, do Direito brasileiro, e do *writ of mandamus,* do Direito estadunidense, apresentando as suas principais diferenças e semelhanças.

Material e Métodos

O autor emprega o método da diferenciação para analisar os referidos instrumentos processuais, utilizando como substrato de pesquisa as obras de autores brasileiros e estadunidenses sobre a matéria.

Resultados e Discussão

Observada a história do mandado de segurança, nota-se que, desde a sua origem, com a Carta Constitucional de 1934, passando pela Lei nº 191, de 16 de janeiro de 1936, pela Constituição de 1946, pela Lei nº 15.33, de 31 de dezembro de 1951, pela Constituição de 1988 e, atualmente, pela Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009, a sua previsão não exclui o uso da ação ordinária [1, 2]. São, assim, instrumentos processuais absolutamente fungíveis, pois todas as pretensões veiculadas pelo mandado de segurança podem ser propostas pela ação ordinária, cabendo meramente ao lesado a opção entre ambos.

Nesse sentido, o mandado de segurança brasileiro pode ser definido como um mero direito a procedimento especial, de utilização voluntária pelo particular, condicionada apenas à existência de direito líquido e certo, isto é, que o pedido seja instruído por prova pré-constituída (art. 1º da Lei nº 12.016/2009).

Os *writs* norte-americanos, por sua vez, são figuras provenientes do *common law* inglês. Trata-se, igualmente, de instrumentos de controle da Administração Pública, porém de uso subsidiário, de caráter essencialmente excepcional. Nas lides contra o Estado, desdobram-se em *writ of certiorari, writ of mandamus* e *writ of prohibition,* cada qual com objetos diferentes de controle: o *writ of certiorari* visa a combater ato comisso ilegal das autoridades; o *writ of mandamus*, por sua vez, tem como finalidade enfrentar os atos omissivos; e o *writ of prohibition* antecipa-se ao ilícito, possuindo caráter preventivo [3].

Isso exposto, observa-se a primeira diferença: o *mandamus* cumpre apenas uma das funções do mandado de segurança, que, no Brasil, faz as vezes de todas as espécies de *writ.*

Mais significativo, contudo, é que, diferentemente do mandado de segurança, que, como se viu, é instrumento fungível com a ação ordinária, o *mandamus* consiste em ordem de cunho subsidiário, de que o particular só pode se valer quando não possuir nenhum outro

remedy à sua disposição. De acordo com o Departamento de Justiça dos Estados Unidos da América: "*mandamus* é um remédio extraordinário que deve ser usado apenas em circunstâncias excepcionais de emergência peculiar ou importância pública. *LaBuy v. Howes Leather Co., 352 U.S. 249 (1957); United States v. McGarr, 461 F.2d 1 (7th Cir. 1972).* Cortes não possuem a autoridade para conceder *mandamus* se o demandante possui à sua disposição remédio legal adequado paralelamente ao *mandamus,* como uma ação ressarcitória ou a oportunidade de suscitar incidentalmente questões legais em uma ação proposta pelo governo. *United States ex rel. Girard Trust Co. v. Helvering, 301 U.S. 540, 544 (1937); Spielman Motor Co. v. Dodge, 295 U.S. 89 (1935); Whittier v. Emmet, 281 F.2d 24, 28-29 (D.C. Cir. 1960); Nixon v. Sirica, 487 F.2d 700 (D.C. Cir. 1973); Lovallo v. Froehlke, 468 F.2d 340 (2d Cir. 1972), cert. denied, 411 U.S. 918 (1973). Mandamus* não está disponível se for autorizada a revisão legal*. Wellens v. Dillon, 302 F.2d 442 (9th Cir.), app. dism., 371 U.S. 90 (1962). Mandamus* não substitui outros remédios; só se revela viável na falta de tais remédios. Ver *Carter v. Seamans, 411 F.2d 767 (5th Cir. 1969), cert. denied, 397 U.S. 941 (1970)"* (tradução nossa) [4].

Por outro lado, tal como no Brasil, a clareza do direito violado é da essência do instrumento norte-americano [4]. Com efeito, o uso do *mandamus* é restringido de acordo com a natureza do ato atacado. Atos discricionários, via de regra, não se submetem a ele, salvo quando o seu exercício se dá de forma inquestionavelmente ilegal: "o *writ of mandamus* é concedido para ordenar o cumprimento de função pública preexistente. O peticionário deve demonstrar um claro direito legal de ver cumprido o dever em questão. Uma violação deve ser demonstrada antes do *writ* ser concedido*;* ameaças de violação futura não são suficientes. Porém, quando a autoridade possui a discricionariedade para agir, o *mandamus* servirá para garantir que tal discricionariedade seja exercida de maneira legal*"* (tradução nossa) [5].

É patente, nesse ponto, a identidade com a exigência de certeza e liquidez do direito tutelado pelo mandado de segurança.

Conclusão

Embora possua intercessões com o *writ of mandamus,* o mandado de segurança não se confunde com ele. A principal diferença está na excepcionalidade que a jurisprudência norte-americana atribui à via do *writ.* Enquanto o mandado de segurança, em última análise, consiste em mero procedimento especial, cujo uso depende apenas da vontade do particular, nos EUA, só se pode recorrer ao *mandamus* quando não houver alternativa processual à parte.

Referências

1. Barbi Agrícola C. Do mandado de segurança, 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 58.
2. Buzaid, Alfredo. Do mandado de segurança. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 44, p. 26-40, jul. 1956, p. 35.
3. Barnett H. Contitutional & Administrative Law. 20ª ed. Nova Iorque: Routledge, 2017, p. 643-644.
4. Estados Unidos da América. The United States Department of Justice. Civil Resource Manual – Mandamus. Disponível em https://www.justice.gov/jm/civil-resource-manual-215-mandamus. Acesso em 30/09/2020.
5. Bremmer H, Morris P, Rosen A. Extraordinary Writs: A Powerful Tool for the Florida Practitioner, 33 U. Miami L. Ver. 1045 (1979). Disponível em: http://repository.law.miami.edu/umlr/vol33/iss4/9. Acesso em 30/09/2020.