

Recurso Administrativo e Mandado de Segurança

35.072.23

MARIO CESAR DE MORAES PITÃO

O ponto de vista da necessidade de serem esgotados os recursos administrativos a fim de que se possa recorrer ao Judiciário, através do mandado de segurança, tem sido alvo de grandes debates em nossa jurisprudência, haja vista o número de acórdãos que existem sobre o problema.

Não pretendemos, aqui, demonstrar qual a tese que deve ser defendida, qual a orientação que se deve tomar, mas, simplesmente, focalizar como tem a jurisprudência brasileira procurado interpretar a matéria. Cumpre, porém, explicar que, antes, na vigência da Constituição de 1934, regulava o assunto a Lei n.º 191, de 16 de janeiro de 1936, que estabelecia não se aplicar o recurso processual de ato do qual coubesse recurso administrativo com efeito suspensivo, independente de caução, fiança ou depósito.

Promulgado o Código de Processo Civil, de 1939, ficou claramente especificado no art. 320, II, o não cabimento do mandado de segurança, o que foi repetido pela Lei n.º 1.533, de 31 de dezembro de 1951 (art. 5, I). Entretanto, em vigor a Constituição de 1946 e antes da Lei n.º 1.533, um grande debate começou a ser travado, visando-se a esclarecer se o art. 320 do Código de Processo Civil cerceava o estabelecido no art. 141, § 24 da Lei Magna, devendo estar, por este motivo, revogado.

Pronunciou-se, então, pelo não cerceamento o *Supremo Tribunal Federal*, em várias decisões, defendendo a tese de que um funcionário só poderia recorrer quando o ato administrativo estivesse perfeito e isto só ocorreria, encerrada a instância administrativa. (MS 1.094 de 9-8-1950, Rel. HAHNEMANN GUIMARÃES "Arch. Jud." 96:356). Julgava também indispensável o esgotamento das vias administrativas, se assim dispusesse o Estatuto estadual ou municipal de conformidade com a lei federal (RE 20.567 de 4-9-1952, Rel. MÁRIO GUIMARÃES, "Rev. Dir. Adm." 42:188). Em 8 de abril de 1954 o mesmo ponto de vista continua a ser defendido no Rec. de MS n.º 2.226, sendo relator HAHNEMANN GUIMARÃES ("Arch. Jud." 112:63).

Também o *Tribunal Federal de Recursos* compartilhava da mesma tese, especificando no MS n.º 69, de 31 de março de 1948 e no Rec. do MS n.º 175 de 8 de outubro de 1948, sendo relatores, respectivamente, os Ministros SAMPAIO COSTA e CUNHA MELO, que continuava em vigor o

art. 320, II do Código de Processo Civil, devendo-se, do mesmo modo, conhecer o mandado quando do ato atacado não coubesse recurso administrativo com efeito suspensivo ("Rev. Dir. Adm." 16:74 e Arch. Jud. 93:456).

O *Tribunal de Justiça de São Paulo* duas vezes manifestou-se nesse sentido nos mandados de segurança n.º 44.349 e 67.404 dos anos de 1949 e 1954, sendo relator de ambos o desembargador VICENTE SABINO JÚNIOR ("Rev. dos Trib." 182:918 e 225:171).

Finalmente, temos, ainda, decisões do *Tribunal de Justiça do Distrito Federal*: "enquanto há recurso normal do ato administrativo não está consumada a ilegalidade ou o abuso de poder, pressupostos constitucionais do mandado de segurança" (Ag. MS n.º 562, de 11-11-49), Rel. SERPA LOPES, "Arch. Jud." 98:172); do *Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro* e do *Tribunal de Justiça de Minas Gerais* (Pleno, MS n.º 22, de 30-4-47, Rel. FERREIRA PINTO, "Rev. For." 118:512, e 1.ª Câm., Apel. 5.215, de 10-2-49, Rel. LOPES DA COSTA, "Rev. For." 131:165).

O problema estaria facilmente solucionado, e tudo estaria calmo se, por outro lado, não encontrássemos julgados, muitas vezes do mesmo Tribunal, em sentido exatamente oposto como os do Tribunal Federal de Recursos, de Justiça de São Paulo, de Minas Gerais, do Rio de Janeiro e do Rio Grande do Sul.

Analisemos os casos. O *Tribunal Federal de Recursos* só admitiu a necessidade de esgotamento dos recursos administrativos no ano de 1948. Mesmo assim, nesse mesmo ano, julgou em sentido oposto o MS n.º 177, no qual foi relator o Ministro CUNHA VASCONCELLOS ("Arch. Jud." 93:456). Da mesma forma, em duas decisões do ano de 1949 defendeu a tese de que o art. 320 do Cód. de Processo era incompatível com o § 24 do art. 141 da Constituição, sendo de salientar que o Ministro SAMPAIO COSTA, coerente com o seu ponto de vista, foi voto vencido (MS 264, "Rev. Dir. Adm." 25:64 e MS n.º 109, Trib. Pleno, Arch. Jud. 93:460).

Quanto ao *Tribunal de Justiça de São Paulo*, parece que lá a jurisprudência não está muito firme. Conforme vimos anteriormente esse Tribunal, em 1949, exigia o esgotamento dos recursos administrativos. Todavia, desde essa data até 1954, em quatro pronunciamentos sobre a questão, julgou de maneira completamente diferente. Senão vejamos. Por duas vezes, em que foi relator, o desembargador JUAREZ BEZERRA fez predominar seu pensamento da incompatibilidade entre os dois artigos 320 e 141 — na Apelação 46.512 de fev. de 1950 ("Rev. dos Trib. 186:162") e no Ag. 65.077, 1.ª Câmara, de dezembro de 1953 ("Rev. dos Trib." 221:259), sendo neste último o acórdão trazia a seguinte ementa: "E pacífica a jurisprudência no sentido da admissão do mandado de segurança, independentemente de se esgotarem os recursos administrativos" (os grifos são nossos).

Igual opinião encontramos nos acórdãos publicados pela Revista dos Tribunais, 185:780 e 201:110, que se referem à Apelação n.º 46.004 de 28-2-50, sendo relator PAULO COLOMBO e ao MS n.º 57.354, de 5-3-52, sendo relator PINHEIRO FRANCO. Agora, formulamos a seguinte pergunta:

se a jurisprudência era *pacífica*, como se explica tet o Tribunal voltado atrás e julgado diferentemente da jurisprudência pacífica no MS 67.404 a que já nos referimos? O que acontece, na verdade, é que a 1.^a Câmara julga de uma maneira, e a 6.^a de outra (exige o esgotamento dos recursos) e, somente com o pronunciamento do Tribunal Pleno se poderá ver qual a corrente que, finalmente predominará.

O *Tribunal de Justiça de Minas Gerais*, em fevereiro de 1949, não admitia o mandado antes de esgotadas as vias administrativas. Mas, no mesmo ano, em novembro (Ag. 3.065, 2.^a Câm., Rel. COSTA E SILVA, "Rev. For." 132:170) e também em abril de 1950 (Apel. 5.921, 1.^a Câm., Rel. EDUARDO MENESES FILHO, "Rev. For." 142:279) votou em sentido contrário. Assim, em 1949, a 1.^a Câmara dizia uma coisa (Apel. 5.215) e, em 1950 dizia outra (Apel. 5.921). Como se poderá compreender a mudança? Seria, por acaso, influência do Tribunal Federal de Recursos?

Já no Tribunal de Justiça do Distrito Federal, em 5 de junho de 1953, a 4.^a Câmara Cível, no MS 616, sendo relator BULHÕES DE CARVALHO (Arch. Jud." 107:625) contrariou o pronunciamento do Tribunal Pleno, no Agravo 562, quando foi relator SERPA LOPES admitindo o mandado sem o prévio esgotamento dos recursos na esfera administrativa.

O *Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro* também modificou sua opinião anteriormente expressa no mandado de segurança n.º 22, ao julgar os embargos opostos ao mandado de segurança n.º 1.238. As Câmaras Reunidas assim decidiram, seguindo o voto do relator desembargador AGENOR REBELO, em 1951 (Rev. For." 138:196).

O *Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul* também admite o *writ* mesmo que caiba recurso administrativo (Apel. 6.906, 1.^a Câm. em 3-7-51, sendo relator NEY WIEDMAN, "Rev. For." 141:343). Nesse Estado, favoravelmente ao esgotamento dos recursos administrativos, temos apenas uma sentença do Juízo da 9.^a Vara Cível de Pôrto Alegre, de 3 de maio de 1949, em mandado de segurança impetrado por ERNESTO CORREIA DA SILVA e outros contra o Delegado Regional do Impôsto de Renda. ("Rev. For." 134:213).

Pelo exposto se conclui que, atualmente, parece haver uma inclinação forte de nossa jurisprudência no sentido de afirmar ser incompatível o estipulado no art. 5, I da Lei n.º 1.533, que repete o art. 320, II do Cód. de Processo Civil, com o art. 141, § 24, da Constituição vigente, muito embora o Supremo Tribunal Federal persista em tese oposta.

Assim, se bem que nossa mais Alta Côrte de Justiça procure unificar a jurisprudência em sentido, na verdade, não parece ela corresponder ao ponto de vista defendido pela maioria de nossos Tribunais, uma vez que, conforme vimos, a maior parte dos acórdãos admite o mandado sem o prévio esgotamento dos recursos administrativos.