

Do Mandado de Segurança

CARLOS MARIO DA SILVA VELLOSO

Ministro do Tribunal Federal de Recursos, Professor Universitário (UFMG e UCMG), Belo Horizonte, Un B. (Brasília)

SUMÁRIO: 1. Objeto do mandado de segurança; 1.1. Mandado de segurança contra lei em tese; 1.2. Mandado de segurança contra coisa julgada; 1.3. Mandado de Segurança contra atos «interna corporis» de órgãos colegiados — 2. Conceito de direito líquido e certo — 3. A prova no mandado de segurança — 4. Conceito de autoridade para os efeitos do mandado de segurança; 4.1. Legitimação passiva; 4.2. Autoridade executora da ordem — 5. Atos de delegação — 6. Mandado de segurança contra ato disciplinar — 7. Mandado de segurança contra ato judicial; 7.1. Ato judicial de que caiba recurso com efeito suspensivo; 7.2. Ato judicial de que caiba recurso sem efeito suspensivo — 8. Decadência do direito à ação mandamental.

1. OBJETO DO MANDADO DE SEGURANÇA

Garantia constitucional de direitos individuais,¹ remédio constitucional, que “visa a proteger categoria especial de direitos públicos subjetivos,² garantia constitucional civil,³

1. DALMO DE ABREU DALLARI, «O Mandado de Segurança na Constituição Brasileira». RT 418/11.

2. ALFREDO BUZAID, «Juicio de amparo e mandado de segurança», em «Estudos de Direito Processual *in memoriam* do Ministro Costa Manso». RT, São Paulo, 1965, p. 115.

3. PAULINO JACQUES, «Curso de Direito Constitucional». Forense, 7ª ed., p. 359.

remédio de Direito Constitucional “para os males da prepotência”,⁴ tem o mandado de segurança por objeto “a correção de ato ou omissão de autoridade, desde que ilegal e ofensivo de direito individual, líquido e certo”.⁵

Qualquer ato ou omissão de autoridade, pois, ilegal ou abusivo de poder, violador de direito líquido e certo não amparado por *habeas-corpus*, sujeita-se à censura judicial através do mandado de segurança (C.F., art. 153, § 21; Lei nº 1.533/51, art. 1º).

1.1. *Lei em tese*

Se o *writ of mandamus* visa corrigir ato de autoridade, vale dizer, medida concreta de autoridade, não há que se falar em mandado de segurança contra lei em tese, ou ato puramente normativo.⁶ Porque, segundo o magistério de Francisco Campos, “a norma em tese é aquela que não produz desde logo, ou pelo simples fato de haver sido editada, as consequências a que ela se destina. Ela somente passa a incidir sobre os indivíduos cuja conduta pretende regular, através de atos administrativos que especifiquem ou qualifiquem o destinatário do mandamento, até então concebido em termos abstratos, e genéricos”.⁷ Victor Nunes Leal não tem opinião diferente. Após mencionar que o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL tem decidido que não cabe a medida contra lei em tese, assim justifica a sua posição doutrinária: “... parece-nos que o não cabimento de mandado de segurança contra a lei em tese não se funda na maior ou menor extensão dessa medida excepcional. Tanto assim que também não se pode pleitear a invalidade, em tese de uma lei por ação ordinária. Essa limitação, operante em relação a qualquer processo ju-

4. MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, «Curso de Direito Constitucional». Saraiva, 6ª ed., p. 291.

5. HELY LOPES MEIRELLES, «Mandado de Segurança e Ação Popular». RT, 5ª ed., São Paulo, p. 17.

6. TFR, CC nº 2 922-DF, Rev. TFR, 55/220.

7. FRANCISCO CAMPOS, Parecer, RF, 155/77.

dicial não importa de que rito, resulta de própria natureza da função jurisdicional”, já que “os órgãos judiciários, na sua atribuição peculiar, julgam *in specie*, e só excepcionalmente desempenham funções de caráter normativo”.⁸ O incabimento da segurança contra lei em tese conta com o apoio quase unânime da doutrina⁹ e a jurisprudência predominante da CORTE SUPREMA é nesse sentido (Súmula 266).

Em certos casos, todavia, lembra Roberto Rosas, pode a lei ofender, desde logo, direito subjetivo, líquido e certo, caso em que caberá “o mandado de segurança contra essa lei em tese”.¹⁰ É que certas leis, puramente formais, por não apresentarem características de leis materiais, não passam, na sua feição ontológica, de autêntico ato administrativo.¹¹ Assim, a partir do seu nascimento, já podem violar direitos individuais. Por isso, sujeitam-se ao mandado de segurança.¹² O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, no MS nº 18.883-DF, Relator o Ministro Adalício Nogueira, em sessão plenária, proclamou esse entendimento.¹³ No MS nº 18.428-DF, Relator o Ministro Barros Monteiro, a Corte Suprema decidiu:¹⁴

“

1)

2) *Embora não caiba o remédio heróico contra a lei em*

8. VICTOR NUNES LEAL, «Problemas de Dir. Público». Forense, 1960, ps. 447/448.

9. CELSO BARBI, «Do Mandado de Segurança». Forense, 1976, p. 144.

10. ROBERTO ROSAS, «Direito Sumular — Comentários às Súmulas do STF». RT, 1978, p. 105.

11. CELSO BARBI, ob. cit., p. 145.

12. SEABRA FAGUNDES, «O Controle dos Atos Admin. p/Poder Judiciário». 2ª ed., págs. 313/316; T. BRANDÃO CAVALCANTI, «Do Mandado de Segurança», 5ª ed., págs. 94/95; ARNOLD WALD, «Do Mandado de Segurança na Prática Judiciária». 3ª ed., págs. 139/140; SÉRGIO FADEL, «Teoria e Prática do Mandado de Segurança». pág. 62; CELSO BARBI, ob. cit., págs. 145/146; HELY LOPES MEIRELLES, ob. cit., págs. 18/19.

13. RTJ, 47/654.

14. RTJ, 54/71.

tese, tem o Supremo Tribunal Federal entendido ser o mesmo admissível quando o ato, por si só, pode produzir ato lesivo do direito do impetrante;

3)

4)

5)”

1.2. *Coisa julgada*

A coisa julgada também não está sujeita ao mandado de segurança, submetendo-se, sim, à ação rescisória. Admiti-lo, leciona Roberto Rosas, “seria burlar a coisa julgada material, que não admite recurso ordinário ou extraordinário. Se a parte não usa dos recursos cabíveis, não é lícito dar-lhe sucedâneo através do mandado de segurança”.¹⁵ A Súmula 268, do STF, não enseja considerações em sentido contrário, ao enunciar: “não cabe mandado de segurança contra decisão judicial com trânsito em julgado”.

Cuidaremos, oportunamente, do mandado de segurança contra ato judicial (*infra*, nº 7).

1.3. *Atos “interna corporis” de órgãos colegiados*

Na sua preciosa obra, “Mandado de Segurança e Ação Popular”, Hely Lopes Meirelles deixa expresso o seu entendimento no sentido de que também não cabe mandado de segurança contra atos *interna corporis* de órgãos colegiados, por isso que não se sujeitam eles à correção judicial.¹⁶ Todavia, esclarece o festejado mestre, ditos atos não se submetem ao controle judicial enquanto se comportarem nos limites do exato conceito de atos *interna corporis*, vale dizer, enquanto se “entendem direta e imediatamente com a economia interna” dos órgãos colegiados, corporações legislativas e tribunais ju-

15. ROBERTO ROSAS, ob. cit., pág. 107.

16. HELY LOPES MEIRELLES, ob. cit., pág. 18.

diciários,¹⁷ como, por exemplo, eleição de seus dirigentes (eleições internas), modo de funcionamento do órgão, elaboração de Regimento. Adverte o publicista, entretanto:

“Daí não se conclua que tais assuntos afastam, por si sós, a revisão judicial. Não é assim. O que a Justiça não pode é substituir a deliberação da Câmara por um pronunciamento judicial sobre o que é da exclusiva competência discricionária do Plenário, da Mesa ou da Presidência. Mas pode confrontar sempre o ato praticado com as prescrições constitucionais, legais ou regimentais, que estabeleçam condições, forma ou rito para o seu cometimento.

.....

“Nesta ordem de idéias, conclui-se que é lícito ao Judiciário perquirir da competência das Câmaras e verificar se há inconstitucionalidades, ilegalidades e infringências regimentais nos seus interna corporis, detendo-se, entretanto, no vestibulo das formalidades, sem adentrar o conteúdo de tais atos, em relação aos quais a corporação legislativa é ao mesmo tempo destinatária e juiz supremo de sua prática”.¹⁸

A nossa opinião é no sentido de que não poderia o Judiciário examinar o conteúdo ideológico de um ato *interna corporis* de órgão colegiado, a conveniência ou a oportunidade dele. Todavia, se é ele violador de direito subjetivo individual, não escaparia à censura judicial, tendo em vista o princípio do juiz natural que a Constituição consagra (C. F., art. 153, § 4º). Cumpre, no particular, portanto, distinguir a *questão política*, cujo exame é vedado à justiça, da *questão jurídica*, passível de apreciação judicial, nada mais.

17. HELY LOPES MEIRELLES, «Direito Administrativo Brasileiro». RT, 3ª edição, 1975, págs. 648/651.

18. HELY LOPES MEIRELLES, «Direito Administrativo Brasileiro», RT, 3ª ed., 1975, págs. 649/650.

2. DIREITO LÍQUIDO E CERTO: CONCEITO

Nos primórdios do mandado de segurança chegou-se a entender que direito líquido e certo fosse aquele que não demandasse maiores considerações, ou que não ensejasse dúvida, sob o ponto-de-vista jurídico, o que não oferecesse complexidade, de fácil interpretação,¹⁹ o “direito translúcido, evidente, acima de toda dúvida razoável, apurável de plano sem detido exame, nem laboriosas cogitações”,²⁰ o que levou Castro Nunes a afirmar que, “entendidas desse modo as palavras do texto constitucional, só as questões muito simples estariam ao alcance do mandado de segurança”, critério simplista e subjetivo, pois “a questão que parecesse simples a um juiz, difícil e complicada poderia ser para outro, menos enfrochado no assunto”.²¹

A partir, todavia, da Constituição de 1946, evoluiu a doutrina e a jurisprudência, fixando-se, então, critério objetivo para a determinação de direito líquido e certo.²²

Condição constitucional da ação sumaríssima do *mandamus*, o conceito de direito líquido e certo “é a pedra de toque, a chave de abóbada de todo o edifício”, motivo por que se torna de todo em todo necessário caracterizá-lo com nitidez.²³

Segundo Celso Barbi, quem, por primeiro, “conseguiu fazer impecável construção, e a demonstrou com inexcedível

19. STF, MS nº 88, de 5-1-35, Rel. Min. O. Kelly, «Arq. Jud.», 39/263; MS nº 13, Córte de Apel. de Minas, RF 66/292; RMS 1 156, de 12-6-39, do TJSP, RT 120/79. Ap. ARNOLD WALD, «Do Mandado de Segurança na Prática Judiciária». 3ª ed., Forense, pág. 118.

20. CARLOS MAXIMILIANO, «Parecer». Jornal do Comércio de 28-8-34, ap. CASTRO NUNES, «Do Mandado de Segurança». 6ª ed., Forense, pág. 90.

21. CASTRO NUNES, «Do Mandado de Segurança». 6ª ed., Forense, pág. 90.

22. ARNOLD WALD, ob. cit., págs. 119/120.

23. CELSO BARBI, ob. cit., págs. 77/78; «Natureza do processo de mandado de segurança», RF 204/403; «Perspectiva do mandado de segurança», RDA 75/429, e «Rev. da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais», outubro/1962, pág. 131.

clareza, foi o ministro Costa Manso, que afirmou os princípios que são hoje os correntes nos tribunais.²⁴

No voto que proferiu no MS 333, de 9-12-36, disse o ministro Costa Manso que, “se é certo o fato, certo será o direito porque certa é sempre a lei”, com o que não concordou, em parte, Castro Nunes, ao dizer que mudava “os termos da questão”, pois lhe parecia correto que “certo será o direito se for certo o fato e certo o fundamento legal”, situando-se a crítica, é bem de ver, no segundo elemento, ou no fundamento legal, na apreciação da ilegalidade do ato impugnado. Para Castro Nunes, sendo obscura a lei, ou ensejando mais de um entendimento razoável, não seria possível “compelir a autoridade a praticar ou abster-se de praticar ato da sua função”.²⁵

Presente o texto da Constituição de 1934, que mencionava, expressamente, “ato manifestamente inconstitucional ou ilegal” (art. 113, 33), talvez tivesse fundamento a crítica de Castro Nunes. A partir da Constituição de 1946, todavia, que suprimiu a palavra “manifestamente”, limitando-se a mencionar “ilegalidade ou abuso de poder”, não teria mais procedência a crítica. Vale, pois, a lição do ministro Costa Manso, que merece ser transcrita:

“Entendo que o art. 113, nº 33, da Constituição empregou o vocábulo direito como sinônimo de poder ou faculdade, decorrente da lei ou norma jurídica (direito-subjetivo). Não aludiu à própria lei ou norma (direito objetivo). O remédio judiciário não foi criado para a defesa da lei em tese. Quem requer o mandado defende o seu direito, isto é, o direito subjetivo, reconhecido ou protegido pela lei. O direito subjetivo, o direito da parte, é constituído por uma relação entre a lei e o fato. A lei, porém, é sempre certa e incontestável. A ninguém é lícito ignorá-la, e com o silêncio, a obscuridade, a indecisão

24. CELSO BARBI, «Do Mandado de Segurança». Cit., pág. 80.

25. CASTRO NUNES, ob. cit., págs. 92/93.

dela não se exime o juiz de sentenciar ou despachar (Código Civil, art. 5º da Introdução). Só se exige prova do direito estrangeiro ou de outra localidade, e isso mesmo se não for notoriamente conhecido. O fato é que o petionário deve tornar certo e incontestável, para obter o mandado de segurança. O direito será declarado e aplicado pelo juiz, que lançará mão dos processos de interpretação estabelecidos pela ciência, para esclarecer os textos obscuros ou harmonizar os contraditórios. Seria absurdo admitir se declare o juiz incapaz de resolver de plano um litígio, sob o pretexto de haver preceitos legais esparsos, complexos ou de inteligência difícil ou duvidosa. Desde, pois, que o fato seja certo e incontestável, resolverá o juiz a questão de direito, por mais intrincada e difícil que se apresente, para conceder ou denegar o mandado de segurança".²⁶

Assim, direito líquido e certo é o que se apóia em fatos incontroversos, fatos incontestáveis. Incontroversos os fatos, ao juiz caberá resolver a questão de direito; "se concluir que a regra jurídica, incidindo sobre aqueles fatos, configura um direito da parte, haverá direito líquido e certo".²⁷ É neste sentido, em realidade, a melhor doutrina.²⁸

26. MS nº 333, de 09-12-1936, *ap.* CASTRO NUNES, *ob. cit.*, págs. 92/93.

27. CELSO BARBI, *ob. cit.*, pág. 85.

28. LOPES DA COSTA, «Dir. Proc. Civ. Bras.». IV, págs. 145 e segs.; LUIZ EULALIO BUENO VIDIGAL, «Mandado de Segurança». S. Paulo, 1953, 143; SEBASTIÃO DE SOUZA, «Dos processos especiais». 1957, pág. 48; PONTES DE MIRANDA, «Comentários ao CPC de 1973». V/161; SEABRA FAGUNDES, «O Controle dos atos administ. pelo Poder Judic.». Pág. 308; ARNOLD WALD, *ob. cit.*, pág. 125; JORGE SALOMÃO, «Execução de sentença em mandado de segurança». Págs. 41/42; HELY LOPES MEIRELLES, *ob. cit.*, pág. 16; VICTOR NUNES LEAL, *ob. cit.*, págs. 463/468; CAIO TÁCITO, «O abuso do poder administrativo no Brasil», RDA 56/23; ALCINO PINTO FALCAO, «Constituição Anotada». II/190-191; HAMILTON DE MORAIS E BARROS, «As liminares do mandado de segurança». págs. 33, 45/46; OROSIMBO NONATO, «Arq. Jud.». 78/148, RDA 8/85, RF 141/130.

O TRIBUNAL FEDERAL DE RECURSOS, em acórdão de 20-07-1953, assentou, de forma a não deixar dúvida, o conceito de direito líquido e certo, ao decidir:

*“A liquidez e certeza do direito não decorrem de situações de fato ajustadas com habilidade, mas de sua apresentação, estreme de dúvidas, permitindo ao julgador não só apurá-lo, como verificar a violência praticada”.*²⁹

3. A PROVA NO MANDADO DE SEGURANÇA

A questão é relevante, por isso que, conforme já falamos, o direito líquido e certo é condição da ação e direito líquido e certo é o que resulta de fatos incontroversos. Por isso, leciona Castro Nunes, “o pedido deve vir desde logo acompanhado dos documentos necessários à prova do alegado. Não se pode admitir que o impetrante ingresse em Juízo para fazer, no curso sumaríssimo do mandado de segurança, em que não há dilação, a prova das suas alegações, prova preconstituída e sempre documental”.³⁰ A prova há de ser documental e os documentos comprobatórios do fato não podem padecer de dúvida. Se forem impugnados de falsos, não seria possível a instauração do incidente de falsidade. Nesse caso, não se poderia falar, mais, em direito líquido e certo.³¹

De regra, os documentos devem acompanhar a inicial (CPC, art. 396). Excepcionalmente, em obséquio ao princípio de que à Justiça interessa tão-só a verdade e presente a teoria publicística do processo (teoria objetiva), que entende ser sua finalidade fazer atuar o direito objetivo, no sentido de que a jurisdição tem por escopo a manutenção da ordem

29. M.S. nº 2.942, julgado em 20-07-1953, Relator Ministro Sampaio Costa, RF 152/169. Ap. ARNOLD WALD, ob. cit., pág. 131.

30. CASTRO NUNES, ob. cit., pág. 354; ARNOLD WALD, ob. cit., págs. 122/126. É deste tratadista; «É preciso que o fato alegado pela parte e em que baseia o seu direito seja certo, tenha sido provado documentalmente, de modo absoluto e evidente». (Pág. 123).

31. CELSO BARBI, ob. cit., pág. 236.

jurídica (Chiovenda, Carnelutti, Calamandrei, Zanzucchi, Liebman, Schonke, Rosenberg, Goldschmidt,³² tem-se permitido, observadas certas peculiaridades, e em caráter excepcional, a juntada de documentos até após as informações, novos documentos que reforçam a inicial ou que servem para elidir argumentos da autoridade coatora. Como juiz, já permiti que isso ocorresse, diante de informações tergiversatórias do coator, porque, em verdade, sustento que o processo, inobstante servir de instrumento de proteção do direito individual (corrente subjetivista, Wach, Weismann, Hellwig, Garsonnet, Clason, Manfredini, Mattiolo, Lessona, Ricci, Satta, João Monteiro, João Mendes Júnior, Aureliano de Gusmão, Fraga), por ser instrumento da jurisdição, tem a finalidade de atuar o direito objetivo ao caso concreto, assim se destinando a satisfazer o interesse público da paz jurídica, na composição de litígios (teoria eclética, Betti, Couture, Gabriel de Rezende Filho, Moacyr Amaral Santos.³³ Dentro dessas coordenadas, já ordenei, como juiz, a requisição do processo administrativo, a fim de inteirar-me de toda a verdade e fazer justiça. Isto, todavia, deve ser entendido como exceção, que se adota diante de certas peculiaridades, como ficou dito, porque a regra é que o pedido deve vir acompanhado da prova dos fatos alegados, vale dizer, a prova é preconstituída e sempre documental.

A lei do mandado de segurança, Lei nº 1.533, de 1951, art. 6º, parágrafo único, prevê a hipótese de se achar em estabelecimento público, ou em poder de autoridade que recuse a fornecê-lo por certidão, o documento necessário à prova do alegado. Em tal caso, o juiz ordenará, preliminarmente, por ofício, a exibição desse documento em original ou em cópia autêntica e marcará para o cumprimento da ordem o prazo de 10 (dez) dias. Se a autoridade que tiver procedido dessa maneira for a própria coatora, a ordem far-se-á no próprio ofício que requisita as informações (Lei nº 1.533/51, art. 6º,

32. MOACYR AMARAL SANTOS, «Primeiras Linhas de Dir. Proc. Civil». Saraiva, 5ª ed., 1977, I/19-20.

33. MOACYR AMARAL SANTOS, ob. e loc. cits.

parágrafo único, com a redação da Lei nº 4.166, de 4-12-62). A questão, no particular, encontraria solução no Código de Processo Civil, arts. 355 a 363, com conotação com a disposição inscrita no art. 153, § 35, da Constituição.

Segundo o magistério de Celso Barbi, “os princípios estabelecidos no art. 333 do CPC, para a distribuição do “ônus da prova”, aplicam-se em sua plenitude ao mandado de segurança”, mas “a falta de contestação ou sua intempestiva apresentação não implica em *ficta confessio* dos fatos alegados pelo autor”, já que a regra do art. 319 “não é passível de aplicação em procedimentos regidos por leis especiais e que, por suas características, não se coadunem com aquele princípio”, aplicação que somente seria possível mediante norma expressa.³⁴ Parece-nos correta a explanação do eminente professor mineiro, mesmo porque é condição da ação de segurança o direito líquido e certo. Direito líquido e certo, por outro lado, é o que deflui de fatos incontroversos. Assim, com a inicial devem os fatos serem provados, documentalmente.^{34-A}

4. CONCEITO DE AUTORIDADE PARA OS EFEITOS DO MANDADO DE SEGURANÇA

O objeto do mandado de segurança, já vimos de ver (susó, nº 1), é “a correção de ato ou omissão de autoridade, desde que ilegal e ofensivo de direito individual, líquido e certo.³⁵ Assim, somente o *ato de autoridade* é passível da censura judicial através do *writ of mandamus*. Autoridade, no caso, tem sentido amplo, vale dizer, é o ato de quem exercita “função havida pelo Estado como pertinente a si próprio”, ato, portanto, do agente público, correto que agente público, na magistral conceituação de Celso Antonio Bandeira de Mello é todo que presta “serviços ao Poder Público (União, Estados,

34. CELSO BARBI, ob. cit., págs. 239/240.

34-A. TFR, AMS 70 186-CE, Rel. Min. Aldir Passarinho, Rev. TFR, 53/147. STF, RE 71 658-PR, Rel. Min. Xavier de Albuquerque, RTJ 70/714.

35. HELY LOPES MEIRELLES, ob. cit., pág. 17.

Municípios e respectivas autarquias) ou realizam atividades da alçada deste".³⁶ O conceito, pois, de agente público é importante, no particular, porque é à noção de agente público "que se deve recorrer (e não ao conceito de funcionário) para determinar o alcance da expressão *autoridade*, como sujeito passivo do mandado de segurança," ensina o atilado mestre, que acrescenta: "com efeito, todo aquele que manifesta uma função pública, apresentando-se como titular de uma força jurídica de que só pode dispor em razão de deferimento estatal, há de submeter-se, por isso mesmo, aos eficazes e solertes processos de contraste a que se conforma o Estado."³⁷ Segundo a lição do jovem mestre, *agente público*, do que não discrepa, no fundamental, Hely Lopes Meirelles,³⁸ é gênero, do qual são espécies os agentes políticos (titulares dos cargos de cúpula da organização política), os servidores públicos, que apresentam, a seu turno, subespécies: a) funcionários públicos, que existem na organização central do Estado, na administração direta (Executiva) e nos Poderes Legislativo e Judiciário; b) servidores autárquicos, sob regime estatutário próprio ou equivalente do funcionalismo; c) contratados, ou celetistas, existentes na administração direta (Executivo), nos poderes Legislativo e Judiciário e nas autarquias; b) extra-numerários, classe extinta, mas que apresenta remanescentes. Finalmente, é espécie do gênero agente público, os particulares em colaboração com a administração, ou particulares que cumprem uma função pública: os que estão requisitados pelo Estado (serviço militar, serviço eleitoral, jurados), os gestores de negócios e os que desempenham, por conta própria, em nome do Estado, função pública, como os concessionários ou permissionários de serviço público, os delegados de função, ofício ou serviço público, os tabeliães, diretores de faculdades particulares etc. .

36. CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, «Apontamentos sobre os agentes e órgãos públicos». RT, 1975, pág. 1; RDP 13/45.

37. CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, ob. cit., pág. 5.

38. HELY LOPES MEIRELLES, «Dir. Administ. Brasileiro». RT, 3ª ed., 1975, págs. 54 e segs. e págs. 365 e segs.

Assente-se, então: todo aquele que exerce função estatal (agente público), sujeita-se ao mandado de segurança.

Esta é a regra.

Convém, todavia, esclarecer e distinguir: se, em linha de princípio, o ato de quem exerce função estatal, assim o ato do agente público, está sujeito à censura judicial através do *writ of mandamus*, não é menos verdadeiro, contudo, que somente o agente público em sentido estrito, o que detém *poder de decisão*, assim autoridade, ou que pratica ato administrativo decisório, é que seria legitimado passivamente para a ação de segurança.

Ouçamos a lição, no particular, de Hely Lopes Meirelles:

“Deve-se distinguir autoridade pública do simples agente público. Aquela detém, na ordem hierárquica, poder de decisão e é competente para praticar atos administrativos decisórios, as quais, se ilegais ou abusivos, são suscetíveis de impugnação por mandado de segurança quando ferem direito líquido e certo; este não pratica atos decisórios, mas simples atos executórios e, por isso, não responde a mandado de segurança, pois é apenas executor de ordem superior. Exemplificando: o porteiro é um agente público, mas não é autoridade; autoridade é o seu superior hierárquico, que decide naquela repartição pública. O simples executor não é coator em sentido legal; coator é sempre aquele que decide, embora muitas vezes também execute a sua própria decisão, que rende ensejo à segurança. Atos de autoridade, portanto, são os que trazem em si uma decisão e não apenas execução”.³⁹

4.1. Legitimação passiva

Isto estabelecido, fixemos o conceito de parte passiva na relação processual do mandado de segurança, ou, noutras palavras, contra quem deve ser impetrada a segurança, se

39. HELY LOPES MEIRELLES, «Mandado de Segurança e Ação Popular». 5ª ed., pág. 14.

contra a autoridade coatora, ou contra a pessoa jurídica de direito público, ou quem é réu na ação, se a autoridade, ou a pessoa pública.

O TRIBUNAL FEDERAL DE RECURSOS, em diversas oportunidades, decidiu, tendo como Relator o Ministro Paulo Távara, que o sujeito passivo na ação de segurança é a pessoa jurídica representada pela autoridade. Eu mesmo contribuí com voto para o acolhimento da tese.

Esta me parece a melhor posição.

É verdade que há divergências doutrinárias a respeito. Celso Barbi dá notícia de que Sebastião de Souza,⁴⁰ Lopes da Costa,⁴¹ Ari Florêncio Guimarães,⁴² Hely Lopes Meirelles e Hamilton Moraes e Barros⁴³ entendem que parte passiva na ação de segurança é a autoridade coatora e não a pessoa jurídica. Sebastião de Souza chega a sustentar “que a pessoa jurídica de direito público é litisconsorte necessário” e Lopes da Costa entende que, “se a decisão vai repercutir no patrimônio da pessoa de direito público, será caso de intervenção litisconsorcial, fundada no art. 93 do Código de Processo Civil de 1939”.⁴⁴ Luiz Eulálio Bueno Vidigal, lembra Celso Barbi, “adotando a técnica de Carnelutti, apresenta original formulação, em que distingue o sujeito da *lide* e o sujeito da *ação*: desta seria o coator; e daquela seria o Estado, na maioria dos casos, pois pode também haver processo sem lide. E, quando o Estado for sujeito passivo da lide, deverá ser citado, sob pena de ineficácia da sentença, porque o art. 19 da Lei nº 1.533 manda aplicar as regras do litisconsórcio, que aqui seria “necessário”.⁴⁵

40. CELSO BARBI, ob. cit., pág. 173; SEBASTIAO DE SOUZA, «Dos processos especiais». Págs. 48-49.

41. LOPES DA COSTA, «Manual». Págs. 319/320.

42. ARI FLORENCIO GUIMARAES, «O M.P. no M.S.». Págs. 167/168.

43. HAMILTON MORAIS E BARROS, «As liminares do MS». Pág. 69; HELY LOPES MEIRELLES, ob. cit., págs. 28/29.

44. CELSO BARBI, ob. cit., pág. 173.

45. LUIZ EULALIO DE BUENO VIDIGAL, «Do Mandado de Segurança». Págs. 99/103.

A posição que adotamos, de que o sujeito passivo na ação de segurança é a pessoa pública representada pela autoridade, já contava com o endosso do ministro Costa Manso⁴⁶ e é sustentada por Castro Nunes, como regra, apenas excepcionada com relação aos atos da administração indireta ou dos serviços públicos personificados, que não vinculariam a responsabilidade civil da entidade maior.⁴⁷ Também entendem que a parte passiva no mandado de segurança é a pessoa jurídica pública, a cujos quadros pertence a autoridade apontada coatora, Seabra Fagundes.⁴⁸ T. Brandão Cavalcanti⁴⁹ e Celso Barbi,⁵⁰ que sustenta que “o ato do funcionário é ato da entidade pública e que ele se subordina. Seus efeitos se operam em relação à pessoa jurídica de direito público. E, por lei, só esta tem “capacidade de ser parte” no nosso direito processual civil”.

Em suma: parte passiva no mandado de segurança é a pessoa pública, representada, todavia, pela autoridade coatora, ou que praticou o ato impugnado, que deverá ser individuada, na inicial, a fim de ser notificada, na forma estabelecida no art. 7º, I, da Lei nº 1.533/51.

4.1. *Autoridade executora da ordem*

Em termos metodológicos, deve a questão, no particular, ser dividida em duas partes: a) o ato baseou-se em decisão normativa, regulamentos, instruções, portarias, etc.; b) o ato é executório, assim consequência de ato decisório tomado por autoridade hierarquicamente superior.

Quanto à primeira parte — ato baseado em decisão normativa — a questão não oferece maiores dificuldades.

46. «Arquivo Judiciário», 40/102. *Ap.* CASTRO NUNES, ob. cit., pág. 321.

47. CASTRO NUNES, ob. cit., págs. 321, 325.

48. SEABRA FAGUNDES, ob. cit., pág. 338.

49. T. BRANDÃO CAVALCANTI, «Do Mandado de Segurança». 4ª ed., pág. 16.

50. CELSO BARBI, ob. cit., págs. 177/178.

Autoridade coatora, em tal caso, é a que praticou o ato concreto de aplicação dos atos normativos.⁵¹ No TRIBUNAL FEDERAL DE RECURSOS esta é a jurisprudência predominante, de que é exemplo, *interplures*, o decidido, pelo Tribunal Pleno, no CC nº 2.922-DF, *verbis*.⁵²

“Mandado de segurança. Autoridade coatora.

I. As regras gerais, normativas, só se sujeitam ao controle judicial, via do mandado de segurança, quando aplicadas no caso concreto. Assim, somente o ato concretizador da ordem normativa é que pode ser corrigido pelo writ of mandamus. Autoridade coatora, portanto, é aquela que praticou tal ato, não a que expediu a instrução normativa, de caráter geral. II. Conflito procedente. Competência do juiz suscitado”.

Já a segunda questão — ato executório de ato decisório tomado por autoridade hierarquicamente superior — oferece maior dificuldade.

Celso Barbi entende que, existindo ordem específica, seria coator a autoridade que determinou a prática do ato. Menciona, todavia, a opinião contrária de Pontes de Miranda, que sustenta “que tanto o mandante como o executor são legitimados passivamente”. E acrescenta: “Pensamos, todavia, que a adoção desse ponto de vista poderá implicar, em certos casos, na deslocação de competência regulada constitucionalmente, o que infirma suas conclusões. Será ele, porém, aceitável, nos casos em que a competência para o conhecimento do mandado de segurança não se alterar com a indicação da autoridade mandante ou do executor direto”.⁵³

51. CELSO BARBI, ob. cit., pág. 127; LOPES DA COSTA, «Dir. Proc. Civ. Bras.». IV/421; CASTRO NUNES, ob. cit., págs. 143/144 e 311; COSTA MANSO, MS nº 502, *ap.* CASTRO NUNES, ob. cit., pág. 312; LUIZ ANTÔNIO DE ANDRADE, «Comentários ao CPC». IV/341.

52. Rev. do TFR, 55/220.

53. CELSO BARBI, ob. cit., págs. 127/128.

O que sustento é que a questão deve ser examinada em concreto, não se olvidando os juízes que o mandado de segurança, inobstante ser uma ação, é, todavia, ação constitucional, garantia constitucional, ou remédio de direito constitucional, motivo por que, no seu processamento, não devem se perder em questões processuais de somenos, que, em última análise, viriam tirar do instituto toda a sua força: o que a Constituição deseja é que, violado um direito líquido e certo, seja cortada cerce e de forma imediata a ilegalidade. O indivíduo, geralmente, tem conhecimento de quem está praticando a ilegalidade e violando seu direito, nem sempre de quem ordenou o ato ilegal; urge impedir, de pronto, a violação; se a segurança pode ser impetrada até por telegrama, em caso de urgência (Lei nº 1.533/51, art. 4º), deve a questão ser encarada com temperamentos e com vistas a fazer cumprir o dispositivo constitucional consagrador da garantia.

Em princípio, sustento que a ordem pode ser impetrada contra funcionário executor do ato.

Certas ponderações, entretanto, devem ser feitas.

Em primeiro lugar, urge verificar, como bem lembra Hely Lopes Meirelles, se o funcionário indicado como coator é mero *executor material* do ato, “agente subordinado que cumpre a ordem por dever hierárquico, sem se responsabilizar por ela”,⁵⁴ como, por exemplo, o fiscal que comparece no domicílio do contribuinte para lhe dar ciência da imposição de uma multa. Em tal caso, esse mero executor material do ato não estaria legitimado passivamente para a ação de segurança.

Por outro lado, cumpre verificar se a autoridade executora participa, de qualquer forma, do fazimento do ato, assim oficiando, por exemplo, no procedimento administrativo, oferecendo parecer, etc.. Se isto ocorrer, estaria ela legitimada passivamente para a causa.

Os Tribunais vêm enfrentando a questão e comumente interpretam a lei, no particular, com liberalidade, o que é correto e consentâneo com o espírito da Constituição.

54. HELY LOPES MEIRELLES, ob. cit., pág. 29.

O TFR tem decidido, tratando-se de mandado de segurança impetrado contra Delegado da Receita Federal, que expedem notificações para pagamento de tributos, com base em decisões do Conselho de Contribuintes, que a autoridade legitimada passivamente para a causa é o Delegado da Receita Federal e não o Conselho.⁵⁵

Nesse caso, é indubitoso que o Delegado da Receita Federal não é *mero executor material*; ao contrário, participa ele do fazimento do ato administrativo do lançamento, convido ressaltar que o Conselho de Contribuintes apenas conheceu e julgou recurso contra ato daquele. Corretíssimo, ao que nos parece, o entendimento do Tribunal.

Tratando-se de atos complexos, em cuja elaboração participa mais de uma autoridade, sustentamos que a segurança pode ser impetrada contra o órgão que coube adotar a medida finalizadora, ou que completou o ato, aperfeiçoando-o.⁵⁶

Nosso entendimento não é divergente da Corte Suprema, que conheceu e julgou, nesses últimos dias, de mandado de segurança impetrado por auditores militares contra ato do Presidente da República, que nomeou Ministro do STM. Trata-se, no caso, de ato complexo, em cuja elaboração atuaram o Chefe do Executivo e o Senado Federal.^{56-A}

O TRIBUNAL FEDERAL DE RECURSOS, em sessão plenária, por expressiva maioria, conheceu e julgou mandado de segurança impetrado por servidor que teve a sua aposentadoria cassada por ato de Ministro de Estado, agindo este em cumprimento a decisão do Tribunal de Contas, que negara registro ao ato aposentatório.⁵⁶

Também neste caso — ato complexo — dele participaram tanto o órgão auxiliar do Poder Legislativo, o Tribunal de Contas, quanto o Executivo, representado pelo Ministro de

55. AMS 77 724-RS, Rel. Min. José Néri da Silveira, Rev. TFR 57/123; CC nº 2 873-DF, Rel. Min. C.M. Velloso, sessão plenária de 09-02-78; AMS 80 409-MG, Rel. Min. Moacir Catunda, «Ementário», 2/41.

56. MS nº 87 954-DF, Rel. Min. C.M. Velloso, julg. em 11-10-79.

56-A. STF, MS 20 209-DF, Rel. p/acórdão Min. Décio Miranda.

Estado, por delegação do Presidente da República, certo que, no caso, poderia o Executivo deixar de dar cumprimento à decisão do Tribunal de Contas, *ad referendum* do Congresso Nacional (C. F., art. 72, § 8º).

5. ATOS DE DELEGAÇÃO

A Lei nº 1.533, de 1951, § 1º do art. 1º, estabelece, expressamente, que os representantes das pessoas naturais ou jurídicas com funções delegadas do poder público, no que entende com tais funções, consideram-se autoridade para os efeitos do mandado de segurança.

A Súmula 510, da Corte Suprema, por outro lado, é expressa: “praticado o ato por autoridade, no exercício de competência delegada, contra ela cabe o mandado de segurança ou a medida judicial”.

Isto quer dizer que, feita a delegação de competência, de forma regular, fica o delegado responsável pela solução administrativa, não respondendo o delegante pelos atos que, em tal condição, praticar o delegado.⁵⁷

A competência para o processo e julgamento do mandado de segurança, quando se tratar de ato praticado por autoridade delegada, tendo sido a delegação efetivada no próprio âmbito das entidades políticas — União, Estados e Municípios — será do Juízo ou Tribunal competente para apreciar os atos da autoridade delegada. Assim, se o Ministro de Estado age com delegação de funções do Presidente da República, o Tribunal competente para apreciar mandado de segurança impetrado contra os atos pelo mesmo praticado, em tal situação, é o T.F.R..⁵⁸ O T.F.R., por sua vez, tem decidido que os atos praticados pelos Secretários Gerais de Ministérios, por delegação do Ministro de Estado, são examinados, via do mandado de segurança, pelo Juiz Federal.

57. STF, MS 18 555-DF, Rel. Min. T. BRANDÃO CAVALCANTI, RTJ 46/748.

58. STF, MS 18 555-DF, Rel. Min. T. Brandão Cavalcanti, RTJ 66/748.

Tratando-se de delegação entre entidades políticas diversas, ou destas para o particular, responderá a autoridade delegada, como coatora, perante o juízo privativo da respectiva entidade delegante.⁵⁹

É perfeitamente possível, do que não discrepa a jurisprudência, o mandado de segurança contra ato de particulares investidos de função pública, por delegação: concessionários de serviço público, sindicatos e diretores de estabelecimentos particulares de ensino.⁶⁰

Assim também nos CC n° 3.115-RJ, Relator Ministro José Dantas, "DJ" de 09-10-78; CC n° 3.296-RJ, Rel. Ministro Wilson Gonçalves, julgamento em 07-12-78; AMS n° 80.378-RJ, Rel. Ministro Carlos Madeira, "DJ" de 2-3-79; AMS n° 80.380-RJ, Rel. Ministro Carlos Madeira; AMS 82.511-RJ, Rel. Ministro Carlos Mário Velloso, julgado em 12-03-79.

59. HELY LOPES MEIRELLES, ob. cit., ps. 31/32; CELSO BARBI, ob. cit., p. 162; TFR, AMS n° 85 375-SP, Rel. Min. C. M. Velloso, julg. em 03-09-79.

60. TFR, AgMS 4 651, Rel. Min. João José de Queiroz, RDA, 62/169; STF, RMS 10 173, Rel. Min. Ary Franco, RDA 72/206; TFR, AMS 76516, Rel. Min. Aldir Passarinho, Rev. TFR, 53/197; TFR, RMS 872, Relator Artur Marinho, RF, 139/182; TFR, CC 2974-RJ, Rel. Min. José Néri da Silveira, julg. em 16-03-78; CC 3 007-RJ, Rel. Min. José Néri da Silveira, julg. em 16-03-74, «DJ» de 18-12-78; CC 3 090-RS, Rel. Min. Décio Miranda, «DJ» de 20-09-78; CC 3 108-RJ, Rel. Ministro Décio Miranda, «DJ» de 20-09-78; CC 3 110-RJ, Rel. Min. Jarbas Nobre, «DJ» de 08-08-79; CC 3 111-RJ, Rel. Min. José Néri da Silveira, julg. em 16-03-78; CC 3 113-RJ, Rel. Min. Márcio Ribeiro, «DJ» de 26-10-78; CC 3 132-RJ, Rel. Min. Márcio Ribeiro, «DJ» de 26-10-78; CC 3 135-RJ, Rel. Min. José Dantas, «DJ» de 03-11-78; CC 3 238-RJ, Rel. Min. Amarílio Benjamin, julg. em 30-XI-78; CC 3 139-RJ, Relator Min. Jarbas Nobre, «DJ» 08-03-79; AMS 73 562-SP, Rel. Min. José Néri da Silveira, em 04-03-74; RE 68 374-SP, Rel. Min. Antônio Neder, RTJ 66/422; RE 86 192-PR, Rel. Min. Moreira Alves, RTJ 81/960. No que tange ao ensino superior, a jurisprudência é no sentido de que a competência para conhecer e julgar o mandado de segurança impetrado contra ato de dirigente do estabelecimento de ensino universitário é da Justiça

6. MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO DISCIPLINAR

A Lei nº 1.533, de 1951, art. 5º, III, dispõe:

“Art. 5º — Não se dará mandado de segurança quando se tratar:

I —

II —

III — de ato disciplinar, salvo quando praticado por autoridade incompetente ou com inobservância de formalidade essencial”.

A doutrina e a jurisprudência, de modo geral, têm encarado a disposição legal suso transcrita sem maiores considerações. Assim, por exemplo, ensina Celso Barbi:

“Exclui-se, porém, expressamente, do âmbito do mandado de segurança o ato disciplinar, salvo quando praticado

Federal. Os acórdãos retro mencionados são em tal sentido. Tratando-se de ensino médio ou ensino supletivo, a competência seria da Justiça Estadual. Assim o decidido pelo TFR: CC 3 103-RJ, Rel. Min. Aldir G. Passarinho, «DJ» de 16-02-79, *verbis*:

«Ensino. Exames supletivos. Competência. Em se tratando de ato de autoridade de ensino estadual, no caso, o Diretor de ensino da Secretaria de Educação do Estado do Rio de Janeiro, relativamente a exames supletivos, a competência para processamento e julgamento do «writ» é da Justiça Estadual.»

Assim também nos CC nº 3 115-RJ, Relator Ministro José Dantas, «DJ» de 09-10-78; CC nº 3 296-RJ, Ministro Wilson Gonçalves, julgamento em 07-12-78; AMS nº 80 378-RJ, Rel. Ministro Carlos Madeira, «DJ» de 02-03-79; AMS nº 380-RJ, Relator Ministro Carlos Madeira; AMS 82 511-RJ, Rel. Ministro Carlos Mário Velloso, julgado em 12-03-79.

por autoridade incompetente ou com inobservância de formalidade essencial".⁶¹

De tal lição não destoa Hely Lopes Meirelles, ao dizer: "Finalmente, refoge do âmbito do mandado de segurança o *ato disciplinar*, isto é, aquele que definiu do poder hierárquico da Administração para a punição das faltas de seus servidores, desde que praticado nos limites da competência corretiva do superior e com atendimento das exigências formais para a imposição da penalidade cabível. Se a autoridade for incompetente para a punição, ou agir com preterição das formalidades legais necessárias ao processo disciplinar, ou negar defesa ao indiciado, enseja a segurança".⁶²

A jurisprudência, conforme falamos, tem endossado, sem maiores considerações, esse entendimento.⁶³

Todavia, a questão, *data venia*, não pode e não deve ser posta nesses termos, apenas.

É que a ressalva da Lei nº 1.533/51, art. 5º, III, não se agüenta diante do que dispõe a Constituição, art. 153, § 21, que instituiu o mandado de segurança para amparar todos os direitos líquidos e certos,⁶⁴ correto que a Constituição não quis estreitar os limites do cabimento de segurança em caso tal, tanto que, quando desejou, fê-lo de forma expressa, ao cuidar do *habeas-corpus*, ressaltando que, nas transgressões disciplinares o mesmo não caberá (C.F., art. 153, § 20).

Qualquer lesão de direito individual será apreciada pelo Poder Judiciário, não sendo possível ao legislador impedir tal

61. CELSO BARBI, ob. cit., p. 122.

62. HELY LOPES MEIRELLES, ob. cit., p. 24.

63. RMS 8 183-SP, Rel. Min. Gonçalves de Oliveira, aud. de pub. de 05-04-61; RMS nº 9 552-SP, Min. Ribeiro da Costa, aud. de pub. de 13-06-62; RMS nº 13 738-BA, Rel. Min. Hermes Lima, aud. de pub. 02-12-64; RMS nº 15 280-MG, Rel. Min. A. Baleeiro, aud. de publ. de 14-09-66; RE nº 69 401-PR, Rel. Min. Eloy da Rocha, aud. de pub. 13-08-75.

64. MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, «Comentários à Const. Bras.», Saraiva, 1975, III/113.

exame, dispõe a Lei Fundamental (C.F., art. 153, § 4º). Sendo assim, e se a Constituição estabelece que “o mandado de segurança é remédio específico contra a violação pelo Poder Público de direito líquido e certo, outro que o de locomoção”,⁶⁵ não seria possível ao legislador ordinário opor obstáculo ao cabimento do *writ*.

O TRIBUNAL FEDERAL DE RECURSOS, quando do julgamento do M.S. nº 85-850-DF, impetrado pelo General Hugo Abreu, em sessão plenária, acolheu, no particular, voto do Ministro Paulo Távara, que representa tomada de posição do maior alcance. Contribuí, na oportunidade, com o meu voto, para o acolhimento da tese sustentada pelo eminente Ministro, que colocou e resolveu o problema lapidarmente na forma seguinte:

“O EXMO. SR. MINISTRO PAULO TÁVORA: — A segunda preliminar suscita a carência da ação mandamental com base no artigo 5º, item III, da Lei nº 1.533:

“Descabe segurança contra ato disciplinar salvo quando praticado por autoridade incompetente ou com inobservância de formalidade essencial”.

Na espécie, não se argüi nem incompetência nem vício formal. Denuncia-se a ilegalidade pela inexistência de motivo e por resultado atentatório à norma legal.

A legitimidade do ato disciplinar como espécie do gênero ato administrativo, define-se em função de seus cinco elementos constituintes: a competência do sujeito ativo em face do sujeito passivo; o motivo; o objeto; a finalidade e a forma. A Lei nº 4.717, de 1965 ao regulamentar disposição constitucional sobre os atos administrativos patrimoniais, conceituou as nulidades em razão de cada elemento que pela sua generalidade, aplica-se a toda atividade administrativa, in-

65. MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, ob. e loc. citis.

clusive a disciplinar. De acordo com o artigo 2º, parágrafo único:

a) a incompetência fica caracterizada quando o ato não se incluir nas atribuições legais do agente que o praticou;

b) o vício de forma consiste na omissão ou na observância incompleta ou irregular de formalidades indispensáveis à existência ou seriedade do ato;

c) a ilegalidade do objeto ocorre quando o resultado do ato importa em violação de lei, regulamento ou outro ato normativo;

d) a inexistência dos motivos se verifica quando a matéria de fato ou de direito em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido;

e) o desvio de finalidade se verifica quando o agente pratica o ato visando o fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência”.

Basta, pois, a falta ou defeito indissociável em um dos cinco elementos para contaminar-se todo ato administrativo.

Dentro dessa visão orgânica da legalidade, verifica-se que o artigo 5º. item III, da Lei nº 1.533, de 1951 restringiu o cabimento da segurança apenas a dois elementos do ato disciplinar: a competência e a forma. A limitação da lei ordinária não encontra, porém, apoio no artigo 153, § 21 da Constituição que assegura, indiscriminadamente, a ação mandamental “para proteger direito líquido e certo não amparado por *habeas-corpus*, seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder”. As transgressões disciplinares somente são excluídas do âmbito do *habeas-corpus* pelo § 20 do mesmo artigo. Significa isso que, excetuado o direito de locomoção, constrangido pela prisão disciplinar, os demais direitos lesionados pelo ato correitivo são questionáveis em mandado de segurança se configurar-se a liquidez e certeza do direito. Esta cláusula constitucional requer, entretanto, a penetração no mérito do pedido. Pois é o exame de fundo que permitirá dizer se os fatos da causa são incontroversos e se o ato administrativo é legítimo.

Concluo, pois, que a restrição do artigo 5º, item III, da Lei de 1951 ficou superada pela norma constitucional superveniente. É o entendimento que a Suprema Corte sufragou ao apreciar em face de idêntico dispositivo da Constituição de 1946, a exclusão que o art. 320, item III, do Código de Processo de 1939 fazia ao cabimento do *mandamus* contra ato disciplinar. Em julgamento plenário no MS nº 770, decidiu a instância suprema:

“Não exclui, expressamente a Constituição Federal a possibilidade do mandado de segurança contra ato disciplinar. Poderá ser garantido por mandado de segurança todo direito que não for amparado por *habeas-corpus*, contanto que se trate do direito líquido e certo ferido por ilegalidade ou abuso de poder, emanado de qualquer autoridade, sem embargo de tratar-se de ato disciplinar”. (Revista Forense, vol. 114, p. 68).

Por essas razões, rejeito a segunda preliminar”.

O eminente Ministro Moreira Alves, da Corte Suprema, no voto que proferiu por ocasião do julgamento do *RE nº 84 217-SP*, escreveu:

“... embora o inciso III do art. 5º da Lei 1.533/51 declare que “não se dará mandado de segurança quando se tratar ... III — de ato disciplinar, salvo quando praticado por autoridade incompetente ou com inobservância de formalidade essencial”, esse dispositivo tem de ser interpretado em consonância com o disposto no § 21 do artigo 153 da Emenda Constitucional nº 1/69, que concede mandado de segurança para proteger direito líquido e certo não amparado por *habeas-corpus*, seja qual for a autoridade responsável *pela ilegalidade ou abuso de poder*”.

Depois de invocar e transcrever as “judiciosas ponderações de Costa Manso”, acolhidas pelo STF, “quando do julgamento do mandado de segurança nº 452, a respeito da inter-

pretação do artigo 4º, nº IV, da Lei nº 191/36, onde não havia sequer as exceções hoje previstas no inciso III do art. 5º da Lei 1.533/51”, concluiu S. Exa.:

“As exceções previstas no inciso III do art. 5º da Lei nº 1.533/51 demonstram que elas foram introduzidas para ajustar a proibição da legislação anterior ao âmbito estabelecido, constitucionalmente, para o mandado de segurança, e se um dos aspectos da ilegalidade deixou de ser contemplado expressamente — a ilegalidade que ocorre quando a lei não autoriza a imposição da pena aplicada —, pode ser a falha corrigida pela interpretação extensiva, já que se está diante de um dos casos em que a *lex dixit minus quam voluit*.”

O aresto do caso ficou assim redigido:

“Ementa: Ato disciplinar. É cabível mandado de segurança quando a lei não autoriza a imposição da pena aplicada. Interpretação do art. 5º, III, da Lei nº 1.533/51 em face do art. 153, § 21, da Emenda Constitucional nº 1/69. Igual orientação já era seguida por esta Corte, com relação à proibição contida no artigo 4º, nº IV, da Lei nº 191/36. Recurso extraordinário não conhecido”.⁶⁶

A jurisprudência, está-se a ver, caminha no sentido de alargar o cabimento do *mandamus* contra ato disciplinar, em obséquio ao mandamento constitucional.

7. MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO JUDICIAL

Estabelece a Lei nº 1.533, de 1951, art. 5º, II:

“Art. 5º — Não se dará mandado de segurança quando se tratar:

66. RE nº 84 217-SP, Rel. Min. Moreira Alves, audiência de publicação de 16-06-1976.

I —

II — de despacho ou decisão judicial, quando haja recurso previsto nas leis processuais ou possa ser modificado por via de correição”;

III —

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, por sua vez, compendiou em súmula a sua jurisprudência predominante, no particular, da seguinte forma:

Súmula 267 — Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição.

Súmula 268 — Não cabe mandado de segurança contra decisão judicial com trânsito em julgado.

Juristas há, do maior porte, que sustentam, radicalmente, o incabimento do mandado de segurança contra despacho judicial de que caiba recurso ou correição. Luiz Eulálio de Bueno Vidigal, por exemplo, entende só caber mandado de segurança “contra ato de autoridade judicial quando tipicamente administrativos”, lembra Celso Barbi.⁶⁷

O próprio Celso Barbi, o moderno doutrinador do mandado de segurança, perfilha opinião idêntica. Escreve:

“A nosso ver, a razão está com esta última corrente; entre os atos praticados por autoridade judiciária, somente aqueles tipicamente administrativos ensejam correição pelo mandado de segurança. Os argumentos enumerados por Bueno Vidigal provam à saciedade a procedência desse ponto de vista”.⁶⁸

Outros, tendo presente o dispositivo constitucional (C.F., art. 153, § 21), que erige o *writ of mandamus* à categoria de garantia de direito individual, ou remédio de direito consti-

67. CELSO BARBI, ob. cit., p. 134; LUÍS EULALIO DE BUENO VIDIGAL, «Mandado de Segurança», São Paulo, 1953, ps. 102/103.

68. CELSO BARBI, ob. cit., ps. 134/135.

tucional, e tendo em linha de conta que o texto da Lei Maior é expresso no conferir a garantia contra ato ilegal ou abusivo de poder praticado por qualquer autoridade, sem exceção, pugnam pelo cabimento do remédio heróico contra ato judicial.

J. J. Calmon de Passos, da Universidade da Bahia, sustenta o cabimento do mandado contra decisão judicial, mesmo existindo recurso próprio, com efeito suspensivo, desde que este não tenha sido interposto.⁶⁹

A tendência da jurisprudência, modernamente, é no sentido da admissibilidade da segurança contra decisões judiciais, em geral, observadas, todavia, certas condições.

Nesta posição nos incluímos, com temperamentos.

Coloquemos a questão, por itens.

7.1. *Ato judicial de que caiba recurso com efeito suspensivo.*

Não achamos possível o mandado de segurança contra ato judicial de que caiba recurso com efeito suspensivo, tenha este sido interposto, ou não. Admitir o mandado, em caso tal, seria subverter o processo. Os recursos devem ser apresentados em certo prazo. Não utilizados, a tempo e modo, tem-se, como conseqüência, coisa julgada, comumente. Caso é, portanto, de aplicação da Súmula 268, da Corte Suprema. O caminho a seguir, em caso assim, é o da ação rescisória (CPC, art. 485). Se não houver coisa julgada, ainda não seria possível falar-se no *mandamus*, porque estar-se-ia concedendo à parte um prazo maior para recorrer, pois o mandado de segurança pode ser ajuizado no prazo de 120 dias contados da ciência do ato. Ademais, conforme ensina Barbi, não se pode conceder “à parte a faculdade de escolher entre o recurso especificamente criado pela lei para o caso e o uso do mandado de segurança”, por isso que, “se o legislador ordinário

69. J.J. CALMON DE PASSOS, «Comunicação ao I Congresso Internacional de Dir. Proc. Civil», S. Paulo, 1962, in «Estudo sobre o mandado de segurança», 1963. Ap. CELSO BARBI, ob. cit., ps. 133/134.

criou recurso específico para determinada decisão, entendemos que, sem disposição legal expressa, não se pode abandonar esse remédio para utilizar outro”.⁷⁰

Destarte, fique claro: não é possível o mandado de segurança contra ato judicial de que caiba recurso com efeito suspensivo, mesmo se tal recurso não foi interposto; se o foi, então estariam suspensos os efeitos do ato, e não seria cabível a segurança, porque esta só é admissível contra ato operante e exequível.

7.2. *Ato judicial de que caiba recurso sem efeito suspensivo*

Todavia, se o recurso, interposto a tempo e modo, não tem efeito suspensivo, cumpre examinar a questão sob o ponto de vista da reparabilidade. Vale dizer: se o ato é de fato lesivo e insuportável até que o Tribunal *ad quem* se manifeste, na apreciação do recurso, deve ser admitido o *mandamus*, para que sejam tolhidas, de pronto, as conseqüências lesivas do ato ilegal ou abusivo de poder, ou para que, pelo menos, seja dado efeito suspensivo ao recurso interposto.

Em voto proferido no Tribunal Federal de Recursos, o Ministro Paulo Távara lucidamente colocou a questão:⁷¹

“.....

Sucedem, entretanto, que nem todas as impugnações suspendem a eficácia do ato judiciário. Até o Tribunal tomar conhecimento da questão, o sujeito fica exposto às conseqüências lesivas sem defesa pronta.

O “periculum in mora” da prestação jurisdicional pode ensejar “causa petendi” própria de outro direito de ação, distinto da relação processual em curso.

É, assim, em princípio, admissível o exercício do remédio constitucional contra decisão judicial recorrível sem

70. CELSO BARBI, ob. cit. ps. 135/136.

71. TFR, MS 80 484, Rel. Min. P. Távara, sessão plenária, em 31-03-77, tendo sido acolhido, por maioria, o voto mencionado.

suspensividade que viole direito líquido e certo do demandante. Não fora assim, a lei reguladora da ação mandamental teria desatendido a garantia fundamental de defesa contra procedimento lesivo de qualquer autoridade, inclusive a judiciária.

.....”

Acrescento: há que ser examinado cada caso. Porque, segundo penso, há requisitos outros que devem ser observados, a fim de ser possível a admissibilidade do *mandamus*, como, por exemplo: relevância do fundamento; lesão insuportável; possibilidade de irreparabilidade através dos meios normais de composição de danos, inclusive pela inidoneidade patrimonial do adversário a quem aproveita o ato impugnado.

A jurisprudência do TRIBUNAL FEDERAL DE RECURSOS tem sido nesse sentido. No M.S. nº 84.521-SP, decidiu o Tribunal Pleno, por maioria:

“MANDADO DE SEGURANÇA. ATO JUDICIAL. ADMISSIBILIDADE. LEI Nº 1.533/51, ARTIGO 5º, II.

I. — De regra, não é cabível mandado de segurança contra despacho ou decisão judicial, quando haja recurso previsto nas leis processuais ou correição (Lei nº 1.533/51, art. 5º, II). Todavia, se da decisão cabe tão-só recurso sem efeito suspensivo, demonstrando o impetrante que dito recurso foi interposto, a tempo e modo, e demonstrando, mais, que o ato judicial é lesivo e insuportável até que o Tribunal se manifeste na apreciação do recurso interposto, e existindo possibilidade de irreparabilidade através dos meios normais de composição de danos, inclusive pela inidoneidade patrimonial do adversário a quem aproveita o ato impugnado, deve ser admitido o “*mandamus*”, para que sejam tolhidas, de pronto, as consequências lesivas do ato.

II. — Incabível a segurança, se contra a decisão impugnada não foi tomado o recurso próprio, no prazo legal.

Admiti-la, seria conceder à parte um prazo maior para recorrer.

III. — Mandado de segurança não conhecido”.⁷²

Não foi outro o entendimento do TRIBUNAL FEDERAL DE RECURSOS, ao julgar os Mandados de Segurança n^{os} 82.564-SP e 83.574-SP.⁷³ Neste último, o acórdão ficou assim ementado:

“Mandado de Segurança contra Ato Judicial.

A jurisprudência tem admitido o remédio constitucional contra ato judicial, de que caiba recurso, em casos excepcionais, quando demonstrada a irreparabilidade do dano dele decorrente, ou, ainda, em casos de sua evidente ilegalidade.

Não demonstrados tais pressupostos, descabe o *writ*”.

A jurisprudência da Corte Suprema não é noutro sentido, construindo-se, ali, de forma salutar, a teoria de irreparabilidade, para o fim de tornar possível o *mandamus* contra ato judicial, admitindo-se o *writ*, pois, em hipótese excepcional. No RE n^o 69.974-RJ, decidiu o Supremo Tribunal, em sessão plenária:⁷⁴

“Mandado de segurança contra ato judicial. Sua admissibilidade em hipótese excepcional.

Recurso extraordinário conhecido, mas desprovido”.

72. TFR, MS 84 521-SP, Rel. Min. Carlos Mário Velloso, DJ de 16-02-79.

73. TFR, MS 82 564-SP, Rel. Min. Carlos Mário Velloso, Rev. TFR 61/200; TFR, MS 83 574-SP, Rel. Min. Carlos Madeira, Rev. TFR 60/153.

74. STF, RE 69 974-RJ, Rel. p/acórdão o Min. Eloy da Rocha, RTJ 72/743.

Também no RE nº 76.909-RS, decidiu a Corte Suprema: ⁷⁵
 “1. Ação de segurança formulada para impugnar ato judicial. É admissível no caso em que do ato impugnado advenha dano irreparável cabalmente demonstrado.

2. Votos vencidos.

3. Recurso extraordinário conhecido mas não provido”.

Em suma, deixo claro o meu pensamento: se da decisão judicial cabe, tão-só, recurso sem efeito suspensivo, demonstrando o impetrante que dito recurso foi interposto, a tempo e modo, e demonstrando, mais, que o ato judicial é lesivo e insuportável até que o Tribunal *ad quem* se manifeste na apreciação do recurso interposto, e existindo possibilidade de irreparabilidade do dano decorrente do ato, ou, ainda, em caso de evidente ilegalidade deste, ^{75-A} deve ser admitido o *mandamus*, para que sejam tolhidas, de pronto, as conseqüências lesivas do ato ilegal ou abusivo de poder, ou para que, pelo menos, seja dado efeito suspensivo ao recurso interposto.

8. DECADÊNCIA DO DIREITO À AÇÃO MANDAMENTAL

Estabelece a Lei nº 1.533, de 1951, art. 18, que “o direito de requerer mandado de segurança extinguir-se-á decorridos cento e vinte dias contados da ciência, pelo interessado, do ato impugnado”.

O prazo, no caso, é de decadência do direito à impetração, pelo que, iniciado, não se interrompe e nem se suspende.

75. STF, RE 76 909-RS, Tribunal Pleno, Rel. p/acórdão o Min. Antonio Neder, RTJ 70/504. Nesse julgamento, o Min. Xavier de Albuquerque, relator originário do caso, fez, conforme acentuou o Min. Neder, «minucioso e completo levantamento de tudo quanto, na doutrina e na jurisprudência, se escreveu sobre a matéria», pelo que merece ser lido, Mesmo sentido, ainda: RE 77 319-PR, Relator Min. R. Alckmin, em 17-09-74; RE 65 506-SP, Rel. Min. Thompson Flores, em 06-10-69; RE 78 745-SP, Rel. Min. Gallotti, RTJ 71/876; RE 83 904-SP, Rel. Min. Leitão de Abreu, RT Informa 224/28.

75-A. TFR, MS 82 784-SP, Rel. Min. C.M. Velloso, julg. 01-12-77.

Conta-se a partir da data em que o ato torna-se operante e exeqüível, isto é, a partir do momento em que é apto a produzir a lesão.⁷⁶ Na contagem do prazo, deve ser observada a regra geral do Código de Processo Civil, art. 184, §§ 1º e 2º, vale dizer, computar-se-á o prazo com exclusão do dia do começo e incluindo o do vencimento, considerando-se prorrogado o prazo até o primeiro dia útil se o vencimento cair em feriado ou em dia em que for determinado o fechamento do fórum ou o expediente for encerrado antes da hora normal, começando o prazo a correr a partir do primeiro dia útil após a ciência.^{76-A}

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL fez enunciar em súmula que o pedido de reconsideração na via administrativa não interrompe o prazo para o mandado de segurança (Súmula nº 430). É preciso distinguir, entretanto, tal como faz Celso Barbi: se a lei “admite essa modalidade de reexame do assunto, o prazo deve ser contado do despacho que negou a reconsideração”.⁷⁷ Porque, em tal caso, o pedido de reconsideração é autêntico recurso administrativo, posto à disposição do interessado. Se o pedido de reconsideração não está previsto em lei, então não tem este o condão de impedir a fluência do prazo, aplicando-se a Súmula 430.

Acrescente-se, por derradeiro, que tem inteira procedência, ao que pensamos, a crítica que Celso Barbi faz à existência do prazo de 120 dias para a impetração da segurança.⁷⁸ Em verdade, fixado, na doutrina e na jurisprudência, o conceito de direito líquido e certo, vale dizer, estabelecido que direito líquido e certo é o que se apóia em fatos incontroversos, fatos incontestáveis, ou, noutras palavras, certo que, se o ato administrativo apontado como ilegal e arbitrário não

76. HELY LOPES MEIRELLES, ob. cit., p. 25.

76-A. STF, 2ª T., RE 79 830-7-MG, Rel. Min. Leitão de Abreu, DJ de 11-12-78. RT-Infoma, 221/27. MS 87.954-DF, Rel. Min. C.M. Velloso, Julg. em 11-10-79.

77. CELSO BARBI, ob. cit., p. 195.

78. CELSO BARBI, ob. cit., p. 196.

demanda o fazimento de prova, em contraditório comum, é passível da censura judicial através do *writ of mandamus*,⁷⁹ não se justifica e torna-se até arbitrária a disposição inscrita no art. 18 da Lei 1.533/51. As leis processuais precisam instituir vias processuais expeditas e não impedir o uso delas, como no caso em exame, em que a parte não precisaria de fazer prova nenhuma no contraditório comum.

79. TFR, AMS 82 304-RN, Rel. Min. C.M. Veloso, Ementário 1/7.