P
R D Pub
n. 100/ex. 2
1991

SUPERIOR TRIBUNAL
DE
JUSTIÇA
BIBLIOTECA

RDP

Revista de Direito Público

ISSN 0034-8015

Repositório de Jurisprudência autorizado
pelo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, sob n. 005/85 e pelo
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, sob n. 14 (Portaria n. 8/90).

GENTILEZA DOS
EDITORES

Nº 100 — OUTUBRO-DEZEMBRO DE 1991 — ANO 25

CONFERÊNCIAS E DEBATES

MANDADO DE SEGURANÇA

ADHEMAR FERREIRA MACIEL

Juiz do Tribunal Regional Federal da 1.ª Região (Brasília) e Professor da Universidade de Brasília, no "III Seminário de Estudos Jurídicos" da 45.ª Subseção da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de Minas Gerais, em Patos de Minas, em 23.8.91

O tema que me foi proposto pela 45.ª Subseção da Ordem dos Advogados de Minas Gerais, em seu já festejado e esperado "III Seminário de Estudos Jurídicos", foi "Mandado de Segurança na Constituição de 1988". Mesmo em se tratando de "Constituição nova", não vou, seguramente, falar nada de novo, nada que os senhores não conheçam. Apenas, com experiência já longa de magistrado e de professor, talvez possa trazer um ou outro enfoque diferente a este instituto genuinamente brasileiro, que já começa a ser seriamente estudado por autores estrangeiros. Por tais razões, vou procurar ser didático e me abstrair de que me acho falando para uma platéia seleta de advogados, membros do Ministério Público, delegados de política e de juízes afeitos ao dia-a-dia forense.

Antes de pegar a nossa Constituição e ler os dois incs. do art. 5.º, que tratam do mandado de segurança, vamos recordar, juntos, alguns tópicos básicos que avivarão, creio, matéria conhecida.

Poucas constituições no mundo se preocuparam em inserir no rol das garantias individuais ações específicas. De memória, lembro-me da Constituição Política dos Estados Unidos Mexicanos que, assim mesmo fora do capítulo das garantias individuais, fala ligeiramente no **juicio de amparo**. As Constituições de Portugal e da Espanha falam em **Habeas corpus**. E assim por diante. Mas, nenhuma delas se preocupou em **conceituar** os institutos processuais de garantia.

Pois bem, o constituinte brasileiro — sobretudo o da Constituição de 5.10.88 — sempre foi rico em nomear e conceituar instrumentos processuais capazes de garantir a efetivação dos **direitos subjetivos** e mesmo **interesses** de seu cidadãos. Dessarte, temos o **Habeas corpus**, o **Habeas-data**, o **Mandado de injunção**, a **Ação popular** e o **Mandado de segurança**. Colocar o instituto processual na Constituição não deixa, no fundo, de ser positivo: evita que o legislador ordinário, mais suscetível de influências políticas momentâneas, possa suprimi-lo ou mesmo apequená-lo. Os então alemães ocidentais tiveram essa preocupação quando da EC 19/69, à Lei Fundamental para a República Federal da Alemanha. Introduziu-se na própria Lei Fundamental o instituto processual da **Verfassungsbeschwerde** para garantir os direitos fundamentais ou assemelhados ameaçados ou violados pelo poder público. A conveniência de tal inserção constitucional foi muito debatida no **Bundestag**. Naquela época ainda se achavam frescas nas mentes dos constituintes as atrocidades do regime nazista, que muito pressionou os juízes com a doutrina do **Führerprinzip**.

Já se acha pacificado na doutrina e na jurisprudência que o **Mandado de segurança** é uma **ação**, embora uma **ação** com sede constitucional. Pois bem, se é uma "ação", deve submeter-se ao regime das ações judiciais. Assim, seu autor, vale dizer, o **impetrante**, para poder defender em juízo seu direito subjetivo ameaçado ou lesado, tem que ser o titular de tal direito. Isso é o que comumente se dá: o legitimado **Ad processum** deve ser o mesmo legitimado **Ad causam**. Ainda em outras palavras: quem pede formalmente o auxílio do juiz só pode ser a própria pessoa que se tem por lesada ou ameaçada de prejuízo. Há muito, porém, o Direito permite que, em casos excepcionais, todos previstos taxativamente em lei, possa, ela mesma, em seu nome, pleitear direito alheio. Um exemplo de todos nós conhecido: o marido pode ajuizar ação para proteger bem dotal de sua mulher. Quem é o titular do direito material não é o marido. É sua mulher. O bem é dela, não dele. No entanto, a lei (CC art. 289, III) permite possa o marido, além da mulher, defender o bem em juízo. Tal exceção é uma opção política do legislador. O que se quer, no fundo é a proteção de instituição maior, a família. Na substituição processual deve haver um **ne-**

xum de interesses, que o legislador politicamente julga importante, entre o **substituto** e o **substituído.** Muitos e muitos exemplos poderíamos citar, todos conhecidos dos senhores. Esse fenômeno processual é denominado "legitimação anômala" ou "legitimação extraordinária" Também é conhecido como "substituição processual" (Kohler/Chiovenda).

O O art. 6.º do CPC cristaliza tudo o que eu disse: "Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei".

Feitas essas ligeiras recordações, penso que já podemos ler os dispositivos constitucionais sobre **Mandado de segurança.**

Diz o artigo da Constituição vigente:

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

LXX — o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:

a) partido político com representação no Congresso Nacional;

b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados".

A Constituição como acabamos de ouvir, fala em "direito líquido e certo". Por "direito líquido e certo" deve-se entender a **prova** já produzida (comumente) com a petição inicial. Não se trata daquele "direito translúcido", "indiscutível", "reconhecido de plano" dos primórdios da nossa primeira lei de mandado de segurança (Lei 191/36). Todo direito pode ser passível de dúvida, de discussão. O **fato** é que tem de ser certo, demonstrado documentalmente. O "direito líquido e certo", dessarte, é uma "condição especial" da ação de mandado de segurança. O processo da ação mandado de segurança faz lembrar o **Urkundenprozess** (processo documental) do direito alemão, que só admite tal via para quem já tenha o documento probatório. Quem não prova com a inicial aquilo que deduz em juízo, não tem como resolver seu conflito de interesse por meio de mandado de segurança (Existe o caso excepcional de a documentação estar em poder de terceiro ou da própria autoridade coatora). Será dado como "carecedor da ação". Terá que se utilizar de outra ação. Não da ação de mandado de segurança.

A Constituição por outro lado, exclui da via do mandado de segurança conflitos que possam ser resolvidos pelas ações específicas do **Habeas corpus** e do **Habeas data.** Às vezes o direito a ser protegido se acha em zona fronteiriça, que pode levar a dúvidas se o caso é de Mandado de segurança de **Habeas corpus** ou de **Habeas data.**

Trago para os senhores um caso recente, julgado pelo Tribunal Regional Federal da 1.ª Região. Fui o relator. Um advogado e um procurador da Fazenda Nacional se rebelaram contra uma portaria que obrigava todo mundo, inclusive os advogados, a colocar um crachá no peito para poder circular, ainda que profissionalmente, no prédio do Ministério da Fazenda em Salvador, na Bahia. No lugar de ajuizar um mandado de segurança, os dois advogados entraram com o pedido de **habeas corpus.** Como não se tratava de "direito de ir e vir", do **status libertatis,** o juiz federal não conheceu do **habeas corpus.** Em decorrência disso, eles interpuseram um recurso criminal no sentido estrito. O Tribunal, então, através de sua 3.ª Turma, à unanimidade, negou provimento ao recurso. Entendeu que o caso não era de **habeas corpus** e sim de **mandado de segurança** (RHC 91.01.049763-BA, julgado em 3.6.91).

O impetrante deve ajuizar sua ação no juízo onde está sediada a autoridade coatora, ou seja, o impetrado. Trata-se, em meu entender, de **competência absoluta.** Na sessão plenária do dia 15.8.91, no Conflito de Competência 90.01.145.299-PA, em que também fui relator, assim ficou solucionada a divergência entre juízes federais das Seções Judiciárias do Acre e do Pará:

Ementa: Processual Civil — Conflito positivo de competências — Precatória — Não cumprimento ao fundamento de que ao deprecado é que compete processar e julgar Mandado de Segurança contra ato de autoridade coatora sediada em sua jurisdição — Procedência do conflito.

I — O juízo federal do Acre deprecou o juízo federal do Pará para que ele notificasse autoridade coatora sediada em sua jurisdição. O juízo deprecado, todavia, entendeu que o mandado de segurança só pode ser processado e julgado por ele: o impetrado é órgão sediado na Seção Judiciária sob sua jurisdição (Pará).

II — Por se tratar de incompetência absoluta, cabe ao deprecado defender sua competência e recusar o cumprimento de precatória, suscitando o conflito.

III — Competência do juízo suscitante (deprecado).

A autoridade coatora, isto é, o impetrado, é quem pratica ou ameaça praticar o ato lesivo, ou, ainda, quem deixa de praticar o ato que fere ou possa ferir direito subje-

tivo do impetrante. O meio prático de se saber quem é a autoridade coatora é verificar se é ela que pode desfazer o ato. Se for, deve figurar na relação jurídico-processual como impetrado. À evidência, se a autoridade superior encampa o ato praticado por autoridade inferior, ela se torna automaticamente coatora. Tal fato não é incomum. O impetrante, vez por outra, aponta autoridade que não praticou o ato. Ao prestar as informações, todavia, ela acaba por defender e encampar o ato praticado pelo verdadeiro coator, que hierarquicamente lhe é subordinado. Torna-se, por isso, autoridade coatora. Se, todavia, insistir que não pode figurar como impetrado, por não ter praticado o ato impugnado, cabe ao juiz extinguir o processo por falta de legitimação passiva.

Pela constituição, o impetrado é "autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público". Desse modo, quem estiver agindo em nome do Poder Público pode ter seu ato corrigido judicialmente por meio de mandado de segurança. Recentemente, no MS 91.01.007416-GO, o TRF da 1.ª Região entendeu que o liquidante de entidade financeira, em liquidação extrajudicial decretada pelo Banco Central do Brasil, é agente público. Logo, pôde figurar como autoridade coatora em mandado de segurança. Pela mesma forma, um diretor de estabelecimento particular de ensino, um mesário de mesa receptora de votos nas eleições etc., podem ser impetrados em mandado de segurança. Muito embora quando se fez a Lei de Mandado de Segurança se tenha pensado no órgão público da Administração, hoje, diante da largueza do CPC e da matriz constitucional, admite-se mandado de segurança contra ato de qualquer órgão público, de particular com delegação pública, e até mesmo contra ato do próprio juiz.

Também é importante lembrar que a ré na ação de mandado de segurança não é, como alguns autores acham, a **autoridade coatora**. A ré é a **pessoa jurídica** da qual a autoridade coatora é órgão. Ré é quem sofre as conseqüências da condenação, é quem paga ou reembolsa as custas etc. O impetrado é o órgão, singular ou colegiado, que pratica o ato impugnado.

A Constituição fala em "ilegalidade ou abuso de poder". Na prática as duas expressões — ilegalidade e abuso de poder — se equivalem. Mas, na doutrina, são inteiramente diferentes. Daí a inserção no texto constitucional. Os atos administrativos — principal preocupação do mandado de segurança — são, como sabemos, "vinculados" e "discricionários" (com licença de Maurice Hauriou, que só fala em "poder" discricionário ou vinculado!). A **ilegalidade** está ligada a **ato vinculado** e o **abuso de poder** a **ato discricionário**. O impetrado que afronta o que se acha prescrito pela lei, comete ilegalidade; ao contrário, se, sem afronta direta à norma, abusa de seu poder discricionário, onde prevalecem as tônicas da conveniência e da oportunidade, age abusivamente. Um exemplo talvez esclareça melhor a diferença entre "ato vinculado" e "ato discricionário". De acordo com a Constituição, art. 94, parágrafo único, depois que o Executivo recebe a lista tríplice para escolha do advogado ou membro do Ministério Público para compor o TRF ou o Tribunal de Justiça ou ainda o Tribunal de Alçada, em suma, o "quinto constitucional", ele tem 20 dias para fazer a nomeação. Se passar além de dois decêndios, está agindo **ilegalmente**. A Carta política de 1969 não continha tal norma imperativa. Se o governador, digamos, demorasse um ano para prover o cargo de desembargador do Tribunal de Justiça ele estaria agindo **abusivamente**, não legalmente. Nos primórdios de nossa República tivemos casos semelhantes, todos já antológicos. O Presidente Floriano Peixoto, por turras com o Senado Federal, que se recusou a aprovar o nome do médico Barata Ribeiro e de dois generais para o Supremo, ficou sem indicar e prover sete vagas de ministro do Supremo... Seu ato não feriu qualquer norma expressa. Não foi, no sentido que estou falando, "ilegal". Mais foi "abusivo".

A grande novidade da Constituição de 1988, em sede de mandado de segurança, é o **mandado de segurança coletivo**. O **juício de amparo** mexicano já permitia, há muito, que entidade classista (agrária, por exemplo) defendesse direito ou mesmo interesses de seus associados. O fenômeno é também velho no Direito americano: as denominadas **class** ou **representative actions** ou, ainda, **class suits**. Pois bem, a própria Constituição dá legitimidade — legitimidade anômala — para que partido político com representatividade no Congresso, organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, ajuize mandado de segurança para defender **direito** ou **mesmo** interesse de seus associados. Em outras palavras, o sindicato, o partido político, a associação de classe ou a associação agirão em nome próprio, defendendo, porém, direitos subjetivos comuns de seus membros. À evidência, tais entidades não necessitam de procuração de cada um de seus filiados. Na petição inicial não se tem de relacionar os nomes dos associados. A propositura da ação independente até mes-

mo da vontade dos membros. Trata-se da denominada "legitimação extraordinária autônoma". Nada impede, é certo, se habilite o filiado mais preocupado como **assistente simples** ou **assistente litisconsorcial**, dependendo se a entidade classista defende **interesses** ou **direitos** comuns. Podemos, então, dizer, mais tecnicamente que o último caso é de "legitimação extraordinária autônoma concorrente". As entidades classistas é que darão procurações a seus advogados e estes irão postular em nome delas direito ou interesses específicos dos associados. Como se percebe, é a própria Constituição que agasalha a legitimação extraordinária, a substituição processual.

A Constituição, na alínea "b" do inc. LXX, fala em **interesses**. Como sabemos, o interesse é um **minus** em relação ao **direito subjetivo**. O direito subjetivo pertence a uma pessoa ou a um grupo de pessoas. Já o interesse, denominado **interesse coletivo, interesse legitimado** ou ainda **interesse difuso**, pertence a todos e a ninguém especificamente ao mesmo tempo. Tenho **interesse** na pureza do ar da minha cidade. Todos temos. Mas ninguém, especificamente, pode dizer que tem **direito** ao ar puro.

As entidades arroladas no inc. LXX têm, através de mandado de segurança coletivo, legitimidade para defender tais interesses de seus associados. Não só direito subjetivo, mas também interesses.

O mandado de segurança coletivo nasceu ontem. Tem menos de três anos. Muitas dúvidas existem ainda, como, por exemplo, o alcance de mandado de segurança coletivo impetrado por partido político. Os beneficiados serão só aqueles com fichas partidárias na Justiça Eleitoral? Será toda a sociedade? Se a questão for privativa de uma entidade de classe, poderá o partido político impetrar segurança diretamente ou só subsidiariamente? O STJ, no MSC 197-DF, que teve como relator designado o Min. Garcia Vieira, entendeu que partido político só pode agir, em mandado de segurança coletivo, em questões políticas, assim mesmo se autorizado por lei ou por estatuto. Por outro lado, o conceito de **autoridade coatora** em **mandado de segurança coletivo** não pode ter a mesma rigidez da autoridade coatora do **mandado de segurança individual**. Como estamos percebendo, muitas indagações surgem. Só o tempo, por meio de laboriosa doutrina e jurisprudência, é que irá dando o perfil do mandado de segurança coletivo.

Por último, ainda dentro do tema que me foi proposto, quero falar, mesmo que rapidamente, sobre o recurso ordinário. A Constituição de 1988 também trouxe novidade em matéria de recurso contra decisão de tribunais em mandado de segurança. Se se tratar de **decisão denegatória** em única instância, proferida pelos Tribunais Superiores, cabe recurso ordinário para o STF. Pela mesma forma, cabe recurso ordinário para o STJ quando a decisão, em única instância, de TRF ou de Tribunal de Justiça, for denegatório. Resta-nos, agora, saber, o que se deve entender por "decisão denegatória".

Se consultarmos as decisões de nossos tribunais, verificaremos que não é incomum falar-se "o Tribunal... denegou a segurança", mesmo quando não se apreciou o mérito do pedido do impetrante. Dever-se-ia utilizar "denegação" só quando se entra no mérito. Nesse sentido decidiu o STJ no ROMS 82-MG (Rel. Min. Gueiros Leite **DJU** de 19.2.90). Há decisões contrárias, entendendo que "denegar" não se refere só a mérito (ROMS 224-PB, rel. Min. Vicente Cernicchiaro, **DJU** de 6.8.90, e 480-SP, rel. Min. Cláudio Santos, **DJU** de 18.3.91). Das decisões concessivas de segurança não cabe recurso ordinário. Pode caber recurso especial e/ou recurso extraordinário. Nunca recurso ordinário. Como se percebe, o objetivo do constituinte foi alargar ainda mais as instâncias em favor do sucumbente. Em decorrência, haverá acúmulo maior no STF e no STJ, pois muitas são as fontes alimentadoras do recurso.

São essas as abordagens que queria fazer. Coloco-me, agora, à disposição dos senhores para as perguntas. Muito obrigado.