

ANO XIII
Volume 154
Outubro de 1981

VOX LEGIS

*Repositório autorizado da Jurisprudência do
Supremo Tribunal Federal*

Registrado sob n.º 003/79

MANDADO DE SEGURANÇA

José Augusto Delgado

I

MANDADO DE SEGURANÇA. ASPECTOS CONCEITUAIS

O mandado de segurança vem merecendo estudo aprofundado dos doutrinadores na busca de aperfeiçoar cada vez mais todos os seus ângulos, tendo em vista o alto prestígio que o referido instituto tem no ordenamento jurídico do País, por ser remédio constitucional que “visa proteger categoria especial de direitos públicos subjetivos” (Alfredo Buzaid, “Juicio de Amparo e Mandado de Segurança”, em *Estudos de Direito Processual*, “in memoriam” do Ministro Costa Manso, RT, São Paulo, 1965, pág. 115).

O estudo do mandado de segurança exige que se tenha um sólido conhecimento dos seus princípios, a fim de que se legitime uma estrutura pragmática com soluções que contribuam para valorizar os pendores da Ciência Jurídica.

Assim, inicialmente, invocaremos a aceitação sem controvérsia dos princípios seguintes que regem o mandado de segurança:

- a) é uma ação, por tal colocado no quadro geral das ações;
- b) é uma ação com finalidade específica, a de ser concedida para proteger direito líquido e certo ameaçado de ser violado, por ilegalidade ou abuso de poder, seja qual for a autoridade;
- c) a característica do pronunciamento judicial que surge da ação de mandado de segurança é a obtenção de uma “execução específica, mais vigorosa do que todos os elementos de direito” (cf. Alfredo Buzaid, pág. 2, Palestra proferida no Curso de Alto Nível sobre “Instrumentos de Proteção aos Direitos Individuais”, promovido pela Associação dos Juizes Federais do Brasil e outras entidades, São Paulo, 29-10-1979);

d) a prestação que ele garante é “in natura”, com força de recompor o relacionamento jurídico que fora violado por ato ilegal da autoridade, ou por exercício do seu poder com abuso.

II

OBJETO DO MANDADO DE SEGURANÇA

Estabelecidos os pressupostos acima assinalados e passando ao largo sobre as teorias existentes sobre a natureza jurídica do mandado de segurança: a) a de Castro Nunes, de que o mandado de segurança não tem caráter declaratório; b) a de Pontes de Miranda, que defendeu ser o mandado de segurança a figura típica da ação mandamental; c) a do Juiz Eulálio de Bueno Vidigal, de que sustenta ser o mandado de segurança uma contramedida às assecuratórias cautelares e processórias, tendentes a anular ato emanado do poder público; d) a de Othon Sidou, que pensa ser o mandado de segurança caracterizado como um interdito; e e) a de Alfredo Buzaid, defendendo que o mandado de segurança pode ter, conforme a natureza do provimento jurisdicional requerido, ou um escopo meramente declaratório, ou um escopo constitutivo, ou um escopo condenatório), a nossa meditação deve pousar no artigo 153, § 21, e na Lei 1.533/51, artigo 1.º, onde vamos encontrar a conceituação do objeto do mandado de segurança, que foi sintetizada pelo Ministro Carlos Mário Velloso do modo seguinte: “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” (“in” Palestra proferida no dia 15-10-1979, na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, no curso sobre “Instrumentos de Proteção aos Direitos Individuais, o Mandado de Segurança e o Habeas Corpus”).

A expressão violador de direito líquido e certo merece, hierarquicamente, um registro acentuado e repetidor, com o intuito apenas de marcar cada vez mais a exata compreensão do seu sentido jurídico.

Direito líquido e certo é o que se apresenta incontestável (o adjetivo “incontestável” figurou na Constituição de 1934), isto é, que se apresenta de tal modo claro e evidente que, a um simples exame, se pode afirmar que ele é inatacável.

A conceituação da expressão direito líquido e certo no pensamento jurídico nacional passou por dois períodos: a) o primeiro que adotou um critério simples e subjetivo para a sua caracterização e que perdurou até a Constituição de 1946; b) o segundo que, a partir da Carta Magna de 1946, recebendo a influência da doutrina e da jurisprudência, fixou-se em um critério objetivo para a determinação do que deve-se entender por direito líquido e certo.

Na primeira fase, destaca o Ministro Carlos Mário Velloso, obra já citada, pág. 5, que chegou-se a entender ser direito líquido e certo 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”.

Após 1946, 2.^a fase (da adoção do critério objetivo), evoluirá a doutrina e a jurisprudência, fixando-se na atualidade, o entendimento de que “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” (Celso Barbi, *Do Mandado de Segurança*, pág. 85, “apud” *Do Mandado de Segurança*, Conferência do Ministro Carlos Mário Velloso, obra já citada).

Concluindo, resta citar, segundo a orientação dos mestres, acórdão do Tribunal Federal de Recursos, que estabeleceu de forma indubitosa o conceito de direito líquido e certo:

“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” (MS. n. 2.942, julgado em 20-7-1953, Rel. Min. Sampaio Costa, *RF*, 152/169, “apud” Arnold Wald, ob. cit., pág. 131).

III

CABIMENTO DO MANDADO DE SEGURANÇA. ALGUNS ASPECTOS

No estudo antecedente a este capítulo, procuramos fixar: a) os aspectos conceituais do “writ”; b) os princípios essenciais que o regem; e c) o conceito ao direito líquido e certo.

Na seqüência do sistema imposto do nosso trabalho, peculiarizado pela síntese, vamos tentar demonstrar a hipótese-de cabimento do mandado de segurança.

Mandado de Segurança contra Lei em Tese

De imediato, cuidaremos da interposição do mandado de segurança contra a lei em tese. Vamos começar com uma pergunta: O que devemos entender por lei em tese? A resposta é dada por Francisco Campos (Parecer na *RF*, 155/77): “A norma em tese é aquela que não produz desde logo, ou pelo simples fato de ser editada, às conseqüências 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 concebidos em termos abstratos e genéricos”.

Estabelecidos tais parâmetros de entendimento sobre a lei em tese, voltamos para o objeto do mandado de segurança, que é o de corrigir ato de autoridade, vale dizer, mais uma vez citando o Ministro Carlos Mário Velloso “medida concreta de autoridade”, pelo que “não há que se falar em mandado de segurança contra lei em tese, ou ato puramente normativo”.

A posição assinalada é acompanhada pela quase-totalidade da doutrina e estabilizada jurisprudencialmente, através da Súmula 266 do Colendo Supremo Tribunal Federal.

Devemos observar que o destaque acentuado foi o da existência de lei em tese, não da lei que, não obstante a sua feitura, representou verdadeiro ato administrativo, violando, logo a partir do seu nascimento, direitos individuais.

O Professor Roberto Rosas, Doutor em Direito, Universidade de Brasília, em sua obra *Direito Sumular — Comentários às Súmulas do STF, RT, 1978*, pág. 105, enfoca com precisão o assunto, mostrando a posição do STF, que aceita o mandado de segurança, quando o ato por si só, decorrente dos efeitos imediatos e diretos da lei, produz ato lesivo ao direito do impetrante.

Mandado de Segurança contra Ato Disciplinar

Na rota seguida, vamos examinar a possibilidade de ser interposto o mandado de segurança contra ato disciplinar. A Lei n. 1.533, de 1951, em seu artigo 5.º, III, dispõe de modo categórico que: “Não se dará mandado de segurança quando se tratar de ato disciplinar, salvo quando praticado por autoridade incompetente ou com inobservância de formalidade essencial”.

Esta é a regra. Entretanto, a questão não pode e não deve, de acordo com o nosso ordenamento jurídico, ser olhada por prisma rígido, haja vista o artigo 153, § 21, da CF, que instituiu o mandado de segurança para amparar todos os direitos líquidos e certos, conforme feliz observação de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Comentários à Constituição Brasileira*, 1975, vol. III, pág. 113. Por outro ângulo, fica vencida a proibição assinalada, também, diante do artigo 153, § 4.º, da nossa Carta Magna, ao dispor que qualquer lesão de direito individual será apreciada pelo Poder Judiciário, não sendo possível ao legislador impedir tal exame.

A justificar o alegado, há os ensinamentos proferidos pelo Exmo. Sr. Ministro Paulo Távorá, ao relatar o Mandado de Segurança impetrado pelo General Hugo Abreu, quando o problema foi colocado com absoluta e rara felicidade. Naquela oportunidade, e tendo em vista

as informações, o Governo argüiu a preliminar de carência da ação mandamental com base no artigo 5.º, III, da Lei 1.533.

O Egrégio Tribunal Federal de Recursos, por decisão plenária, rejeitou a preliminar, por entender que a restrição do art. 5.º, III, da Lei n. 1.591, ficou superada pela norma constitucional superveniente (MS 85.850-DF).

Por sinal, lembra o Ministro Carlos Mário Velloso, obra já citada, que o Colendo Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do RE. 84.217-SP recebeu voto do Ministro Moreira Alves, em igual sentido.

O Ato Judicial Atacado por Mandado de Segurança

Há duas Súmulas do STF interpretando o artigo 5.º, II, da Lei 1.533, de 1951, que afirma não caber mandado de segurança quando se tratar de despacho ou decisão judicial, quando haja recurso previsto nas leis processuais ou possa ser modificado por via de correição.

Uma é a Súmula 267, que diz: “Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição”. A outra é a Súmula 268: “Não cabe mandado de segurança contra decisão judicial com trânsito em julgado”.

É intransponível a proibição que se encontra no artigo 5.º, II, e nas Súmulas citadas?

De acordo com os mesmos fundamentos que serviram para ser afastada a vedação do mandado de segurança contra ato disciplinar, apega-se uma parte da doutrina e confirma a tendência jurisprudencial no sentido da admissibilidade de segurança contra decisões judiciais, desde que tenha sido violado direito líquido e certo e sejam observadas certas condições. Estas podem ser seguidas do modo seguinte, já que na presente palestra o tempo não permite indagações mais demoradas. Se o ato judicial permitir recurso com efeito suspensivo, quer seja ou não interposto, não cabe mandado de segurança, aplicando-se a Súmula 268 do STF. Situação contrária, porém ocorrerá se o ato judicial for do tipo de que caiba recurso sem efeito suspensivo. Interposto o recurso, desde que haja lesividade e insuportabilidade do ato, deve-se permitir o mandado de segurança, a fim de que cesse a violência praticada pela autoridade até o julgamento do recurso pela superior instância. O assunto é devidamente esclarecido com a doutrina pregada pelo Ministro Carlos Mário Velloso, já tantas vezes citada, o que mostra a extraordinária contribuição doutrinária que S. Exa. deu para o tema, com a elaboração do trabalho antes referido, quando afirma (pág. 28): “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".

Mandado de Segurança contra Coisa Julgada

A Súmula 268 do STF, menciona anteriormente, é muito clara. Sobre os seus efeitos, lembra a lição do Professor Roberto Rosas, ao comentá-la: "Seria burlar a coisa julgada material, que não admite recurso ordinário ou extraordinário" a admissão do mandado de segurança contra a coisa julgada.

Casos de Mandado de Segurança na Lei de Parcelamento de Solo

1. Introdução.

Em rápidas palavras, tentaremos justificar a sanção, pelo Poder Executivo, da Lei 6.766, de 19-12-1979, que regulamentou o parcelamento do solo urbano e que pune com prisão e multa os responsáveis por loteamentos clandestinos e irregulares.

Desde o ano de 1960, em face do desenvolvimento do solo urbano, toda a nação clamava por uma nova lei federal de loteamento, face à desatualização do DL 58, de 10-12-1937. Este estava distanciado da realidade social presente. Não continha previsão de procedimentos urbanísticos mínimos que trouxessem ordem aos loteamentos, bem como, não dispunha de normas que orientassem os Estados e os Municípios no tratamento da urbanização das suas cidades. Por outro lado, não impunha nenhuma responsabilidade ou função aos loteadores clandestinos, facilitando, assim, a ação dos inescrupulosos.

Na Lei 6.766, de 19-12-1979, podemos destacar as seguintes inovações:

- a) O parcelamento do solo urbano é um gênero de que são espécies o loteamento e o desmembramento;
- b) o estabelecimento de requisitos urbanísticos mínimos para loteamento e desmembramento;
- c) permissibilidade aos estados e aos municípios de legislar complementarmente, estabelecendo outras exigências para melhor adaptação às peculiaridades regionais e locais;
- d) regras que protegem os compradores de lotes e que tornam mais fácil a transferência dos mesmos;

e) imposição de sanções aos loteadores irregulares, tipificando os crimes cometidos;

f) determinação de que os contratos de compra e venda, das cessões e promessas de cessão são irrevogáveis, atribuem direito à adjudicação compulsória e, estando averbados, atribuem direito real opo-nível a terceiros.

Fugindo das inovações estabelecidas, vamos nos fixar na possibilidade de impetração de mandado de segurança como exposto na lei questionada.

No artigo 2.º da Lei 6.766, de 19-12-1979, há a disposição seguinte:

“O parcelamento do solo urbano poderá ser feito mediante loteamento ou desmembramento, observadas as disposições desta Lei e os das legislações estaduais e municipais pertinentes”.

A pergunta que se formula é: Prospera mandado de segurança interposto contra uma lei estadual ou municipal, que de modo complementar, exige, para aprovação de projeto de loteamento, que os lotes tenham no mínimo 600m², com a finalidade de garantir a horizontalidade da propriedade habitacional? A resposta é negativa. A lei estadual ou municipal que exigir tal requisito e se encontra amparada pelo parágrafo único do artigo 1.º e os seus efeitos são de natureza genérica, obrigando a todos da região estabelecida. Não fere, conseqüentemente, direito individual líquido e certo.

A mesma conclusão não seria afirmada com tanta positividade se a questão envolvesse uma lei que proibisse de modo determinado ao cidadão da parcelar a sua propriedade, extrapolando os limites do artigo 3.º, I, da Lei 6.766, de 19-12-1979.

No caso, haveria um ato concreto oriundo da lei, ferindo, em tese, direito líquido e certo de alguém.

Uma segunda questão:

A lei exige requisitos urbanísticos básicos mínimos imprescindíveis, que deverão ser atendidos pelos loteamentos. Os pontos extremos se encontram fixados no artigo 4.º da norma específica (Lei 6.766, de 19-12-1979).

A indagação que se faz é: Se, embora atendidos, rigorosamente, os requisitos mínimos para o loteamento for rejeitado o projeto de loteamento, qual a medida cabível?

Trata-se de se examinar a natureza da permissibilidade contida no artigo 2.º da Lei 6.766, de 19-12-1979, quando declara: “O parcelamento do solo urbano poderá ser feito mediante loteamento ou desmembramento, observadas as disposições desta Lei e as das legislações

estaduais e municipais pertinentes”. A meditação inicial repousa na expressão “o parcelamento do solo urbano *poderá* ser feito...”, com destaque para o verbo *poderá*, que significa ter a faculdade de fazer alguma coisa.

Foi com o sentido de faculdade que o legislador empregou o verbo, destacando que se refere ao direito de lotear o solo?

Uma pausa demorada no artigo 2.^o nos leva a caminhos outros que os refletidos pela letra da lei. Não há conteúdo de faculdade no “*poderá*” inserido pelo legislador no tocante ao parcelamento do solo. Este é um direito ao proprietário que se reveste de garantia constitucional positivada no § 22, artigo 153, da nossa Carta Magna: “É assegurado o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro, ressalvado o disposto no artigo 161, facultando-se ao expropriado aceitar o pagamento em título da dívida pública, com cláusula de exata correção monetária. Em caso de perigo público iminente, as autoridades competentes poderão usar da propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior”.

É direito do proprietário, também, em decorrência do artigo 524 do C. Civil, que dita: “A lei assegura ao proprietário direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua”.

É bem verdade que o direito assinalado é exercido sob o impulso do princípio contido no artigo 160, III, da Constituição Federal, que revela a função social da propriedade, o que em nada altera o instituto do parcelamento que a ela tem de se adequar.

O “*poderá*” existente no artigo 2.^o da Lei n. 6.766, de 19-12-1979, relaciona-se tão-somente com a forma de parcelamento. É uma faculdade, afirmamos agora, porém, a ser usada pelo proprietário que *poderá* parcelar sua propriedade mediante loteamento ou desmembramento, isto é, por dois modos.

Em face das pretensões lançadas, firma-se a conclusão de que constitui ato ilegal capaz de ferir direito líquido e certo do particular proprietário a rejeição de projeto de parcelamento do solo que contenha os requisitos mínimos estabelecidos pelo artigo 4.^o da Lei 6.766, de 19-12-1979, e os impostos por legislação estadual ou municipal. A concessão do mandado de segurança se impõe se o pedido for feito no prazo legal (120 dias).

Uma terceira questão se apresenta para debate. Decorre dos limites determinados pelo artigo 3.^o da Lei já tantas vezes citada. A regra é: “Somente será admitido o parcelamento do solo para fins urbanos

em zonas urbanas ou de expansão urbana, assim definidos por lei municipal". E se a lei municipal desvirtuar o princípio ali contido, considerando zona rural a que, por todas as suas características de estrutura, povoamento, limites, apresentação urbanística, etc., deva ser considerada zona urbana.

Não encontramos solução através da medida excepcional do mandado de segurança. Trata-se mais de um aspecto político da lei que, se não violar normas estabelecidas na Constituição Estadual e na Lei Orgânica dos Municípios, tende a ter a sua vigência reconhecida. A única exceção a ser admitida é se a lei municipal considerar, por exemplo, como zona rural, somente a propriedade de pessoa determinada que possua caracteres de zona urbana. O mandado de segurança é cabível, por solucionar o conflito. Trata-se de lei com determinações concretas e individuais.

A quarta e última questão que apresentamos para debate, tem sua origem no artigo 5.º da Lei 6.766, de 19-12-1979.

É ilimitada a competência que tem o Poder Público para exigir em cada loteamento, a reserva de faixa "non aedificandi" destinada a equipamentos urbanos? A resposta nos parece ser pela negativa, pois, se aceitássemos a ilimitação, nos depararíamos com a possibilidade de ser cometido ato de autoridade considerando vultosa faixa do loteamento como faixa "non aedificandi" de modo que o empreendimento privado se torna anti-econômico e inviável.

No caso de se positivar ato de tal natureza, o mandado de segurança poderá ser a via eleita para anular o ato respectivo, tendo como base o parágrafo único do art. 5.º da Lei mencionada, que só permite a fixação de faixa "non aedificandi" para a instalação dos equipamentos públicos de abastecimento de água, serviços de esgotos, energia elétrica, coleta de águas pluviais, rede telefônica e gás canalizado. A única dificuldade que se apresenta é a necessidade de todos os fatos serem provados, estreme de dúvidas através de documentos.