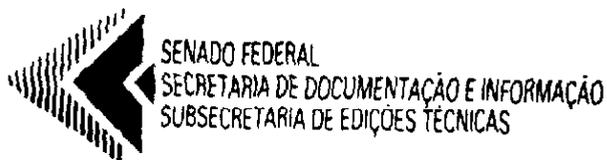


REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília • ano 32 • n.º 125
janeiro/março — 1995

Editor:
João Batista Soares de Sousa, Diretor



O artigo 4º da Lei nº 4.384/64: observações sobre sua aplicabilidade às pessoas de direito privado

RUBEM RODRIGUES NOGUEIRA JR.

O primeiro mandado de segurança de que dão notícia os arquivos do Setor Jurídico da Bahia data de janeiro de 1991. Posso dizer, portanto, que nos meus primeiros quinze anos como advogado da Petrobrás não acompanhei, nem tive conhecimento de que nenhum dos meus colegas acompanhasse um só caso desses. Até então nos parecia remota e improvável a possibilidade de alguém impetrar segurança contra ato de nossos gerentes e ainda mais remota e mais improvável a de ser concedida.

Assim pensávamos por inspiração da própria Lei n.º 1.533/51, de cujo art. 2.º consta que o ato ilegal passível de cassação pelo mandado de segurança deve provir de *autoridade*. Essa índole de remédio jurídico contra excessos de autoridade e desvios de poder foi realçada na Carta de 1988, segundo a qual o mandado de segurança objetiva a proteção de direito líquido e certo, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuição do poder público. Nossa convicção era portanto a de que não caberia mandado de segurança contra atos de dirigentes da Companhia, visto não serem eles autoridades, nem exercerem atribuições do poder público, como a Constituição e a lei expressamente mencionam.

Aliás, este segue sendo o nosso ponto de vista, porquanto não enxergamos na atuação dos dirigentes da Petrobrás senão atos de mera gestão, despidos de qualquer traço de autoridade ou império e sem isso não se pode falar em mandado de segurança. O ato ensejador do mandado de segurança é exclusivamente aquele praticado por agente ou representante do Estado, no desempenho de função pública. Cre-tella Jr. encampa a definição de ato de autoridade

Rubem Rodrigues Nogueira Jr. é advogado –
Membro do Instituto dos Advogados da Bahia.

Texto revisto de palestra proferida no 1.º Encontro de Advogados da Petrobrás, Bahia, 4 de janeiro de 1995.

de formulada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo:

“é toda manifestação do poder público ou de seus delegados, no desempenho de suas funções ou a pretexto de exercê-las”.

Portanto, o ato contra o qual em princípio se concederá mandado de segurança para a proteção de direito líquido e certo é *ato de poder*, seja do poder legalmente deferido a agente público, seja daquele decorrente de delegação para desempenho de funções ou prestação de serviços públicos.

Evidentemente não é possível abranger na categoria de *agentes do poder público* os administradores e gerentes da Petrobrás, que são meros empregados de pessoa jurídica de direito privado.

A partir de 1991, porém, tornou-se comum a impetração de mandado de segurança contra atos de dirigentes da Companhia: hoje, é frequente a suspensão de licitações, concursos, tomadas de preços, etc. por medidas liminares concedidas em mandado de segurança. Elas provêm tanto da justiça comum quanto da federal e é raro o magistrado, de uma ou de outra, não deferir de plano a tutela antecipada. Não obstante o elevado número de mandados de segurança impetrados e concedidos contra atos de nossos administradores, ainda não colhemos nenhum pronunciamento do Judiciário sobre o cabimento dessa medida contra atos praticados por gerentes da Petrobrás. Contam-se até aqui medidas liminares, que conduziram a acordos e transações, outras que foram suspensas por decisão da Presidência do Tribunal e ainda outras que se mostraram inócuas, levando o impetrante à desistência, mas em nenhum caso chegou-se a decidir a preliminar de inadmissibilidade do *writ*, que invariavelmente suscitamos. Valerá a pena insistir nessa tese, que até aqui a justiça não se dignou de analisar nem sequer para rejeitar fundamentadamente?

Entendo que sim, porque estou convencido de que prevalecerá perante os tribunais. Observem que a melhor doutrina indica esse caminho. J. M. Othon Sidou esclarece que quanto às pessoas jurídicas de direito privado “a garantia tem cabimento somente no que se relaciona com as funções atribuídas”. Assim, avança o acatado doutrinador, “se ao Estado é lícito transferir tanto a organismos autonomizados (autarquias, empresas públicas, fundações, sociedades de economia mista) como também a entidade privada, tarefas cuja execução lhe in-

cumbe, o ato que seria primitivamente reservado ao Estado e que foi objeto de delegação ou contrato, é vulnerável pelo remédio de garantia se produto de ilegalidade ou abuso de poder”.

Nessa ordem de idéias, visto que os únicos atos *primitivamente reservados ao Estado* praticados pela Petrobrás por delegação são as desapropriações e a imposição de servidões sobre a propriedade particular, apenas o que se vinculasse a estes ficaria sujeito à ação de mandado de segurança, porque somente nessas hipóteses agiria a Petrobrás com parcela do poder, do império estatal.

Quanto aos demais atos de seus órgãos ou administradores, situam-se no âmbito de incidência das regras do Direito Civil e do Direito Comercial, já que, no curso do seu funcionamento, os entes paraestatais não gozam de nenhum privilégio relativamente aos particulares, por força do que dispõe a Constituição no parágrafo 1.º do art. 173:

“A empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias.”

Esse preceito traduz *norma de equiparação*, de acordo com a interpretação do STF (cf. MS 21322-1-DF. Rel. Min. Paulo Brossard. in *Revista LTr.*, vol. 57, n.º 9, pp. 1092/1099), e veda a atribuição de prerrogativas exclusivas aos órgãos da administração descentralizada com personalidade jurídica de direito privado. É esclarecedora a lição de Celso Bastos em seus comentários à Constituição, aliás transcritos no voto do Min. Celso de Mello (ac. cit., p. 1097):

“...o que se procura é que a empresa pública, a sociedade de economia mista e outra entidade que explore atividade econômica submetam-se ao regime jurídico previsto para as empresas privadas. Com que finalidade? Na verdade, com o propósito de impedir que o Estado, exercendo atividade econômica, se valha de um regime jurídico privilegiado, que torne a sua competição com a empresa privada desastrosa para esta. Em outras palavras: o Estado quer abstrair-se da sua condição de poder público para atuar no meio dos particulares, com eles competindo em condições isonômicas”.

Embora a doutrina e a jurisprudência, como se vê, recusem às sociedades de economia mis-

ta a parcela de poder público que poderia legitimar a impetração de segurança contra atos de seus administradores, tal não se tem refletido nos pronunciamentos jurisdicionais do primeiro grau, instância que persevera na admissão de ações mandamentais para cassação de atos comuns da gestão dessas pessoas jurídicas.

Isso contribui para agitar o debate em torno da recorribilidade das decisões interlocutórias proferidas em mandado de segurança. Esse questionamento não é recente e suscita acesa controvérsia tanto em doutrina quanto na jurisprudência.

A vertente doutrinária mais enfática, embora ainda minoritária, é liderada por Calmon de Passos e Barbosa Moreira. Malgrado a enorme autoridade intelectual desses dois juristas e a incontestável coerência técnica das demonstrações racionais por eles desenvolvidas no sentido de evidenciar a recorribilidade dos proventos em foco, não reuniram em torno de si, ao que parece, a maioria das opiniões.

Segundo Calmon,

"a decisão sobre liminar em mandado de segurança é concessão ou denegação de medida cautelar, e medida cautelar que se traduz em antecipação da tutela, decisão que envolve, necessariamente, o exame da lide, em seus aspectos de fato e de direito, portanto decisão recorível. E hoje mais do que nunca recorível, por força de mandamento constitucional (art. 5.º, LV) que de uma vez por todas afasta o risco das decisões insuscetíveis de controle, mesmo do controle interno pelo próprio Poder Judiciário" (*Mandado de Segurança Coletivo Mandado de Injunção Habeas Data [Constituição e Processo]*, Forense, Rio, 1989, p. 52).

Não obstante Barbosa Moreira, por seu turno, demonstre, com rigor técnico implacável, o cabimento dos recursos disciplinados no CPC contra as decisões proferidas em mandado de segurança, não é esta a doutrina que vem prevalecendo nos tribunais superiores.

Ao argumento de preservar a celeridade, a presteza e a efetividade do *mandamus*, a tese vitoriosa no STF e no STJ é a da irrecorribilidade da decisão judicial sobre liminar em mandado de segurança. A esse respeito, Othon Sidou sustenta que da medida liminar não há recurso:

"Malgrado a imprecisão terminológica do Código de Processo Civil brasileiro, com respeito a 'despacho' e a 'sentença', os atos judiciais por ele disciplinados classificam-se em: a) despachos, os do mencionado art. 504 ('de mero expediente'); b) decisões interlocutórias", as tratadas nos arts. 162, parágrafo 2.º e 522, ao disciplinar o cabimento do agravo de instrumento, recurso típico das questões controversas relativas à marcha do processo; c) sentenças, as terminativas, quando extinguem o processo sem julgamento do mérito (...), e as definitivas, quando extinguem o processo com julgamento do mérito (...). Não há, em primeiro grau de jurisdição, outro ato do juiz, quanto à classificação.

Do exposto observa-se que se a medida liminar concessiva da segurança não é sentença, terminativa ou definitiva, cujo recurso seria a apelação, e se não é decisão interlocutória, porque não decide questão controversa relativa à regularidade ou à marcha do processo, e cujo recurso seria o agravo de instrumento, então, por princípio excludente, é 'despacho de mero expediente', a que se refere o art. 504, para inadmitir recurso". (in *As garantias Ativas dos Direitos Coletivos Segundo a Nova Constituição*, 4.ª ed., Forense, Rio, 1992, pp. 262/263).

Prevalece no STJ o entendimento de que "o CPC não é subsidiário ao procedimento do mandado de segurança", a este se aplicando apenas, "como proposições basilares e diretoras, os princípios gerais do Processo Civil". Sob tal fundamento, conclui ser "incabível agravo de instrumento, em processo de ação de segurança, interposto com base no artigo 522 do Código de Processo Civil, porquanto os recursos cabíveis, em primeira instância, são apenas aqueles previstos nos artigos 8.º e 12 da Lei n.º 1.533, de 1951" (Resp. n.º 9.206-0-AM, RSTJ-47/85). Nesse julgamento manifestou dissensão o Min. Milton Pereira, mas foi acompanhado apenas pelo Min. Cesar Rocha, vencendo aí ainda uma vez a tese da irrecorribilidade da decisão sobre liminar em mandado de segurança.

Não existiria então meio processual de reformar, antes da sentença, a decisão concessiva de liminar em mandado de segurança? A Lei n.º 4.384, de 26.6.64, abre no art. 4.º a possibili-

dade de o Presidente do Tribunal competente para conhecer do recurso cabível suspender a execução da liminar e da sentença, mediante decisão fundamentada, em atenção a requerimento "de pessoa jurídica de direito público interessada" diante do risco de lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

Hely Lopes Meirelles (*Mandado de Segurança*, 14.^a ed., atualizada por Arnaldo Wald, Malheiros Ed., São Paulo, 1992) observa que

"a redação desse dispositivo é evidentemente defeituosa, porque não só a entidade pública como, também, o órgão interessado têm legitimidade para pleitear a suspensão da liminar, como, ainda, as pessoas e órgãos de direito privado passíveis da segurança e que suportarem os efeitos da liminar podem pedir sua cassação" (ob. cit., p. 61).

A doutrina do saudoso Mestre, sem embargo de sua extrema concentração, exprime ensino irreprochável. De fato, uma vez que se considere passível de segurança ou de suportar os efeitos da liminar uma entidade de direito privado, haverá ela de poder também dirigir-se ao Presidente do Tribunal para obter a suspensão de que trata o art. 4.^o da Lei n.^o 4.384. Trazendo o raciocínio para a nossa experiência particular, ou a Petrobrás, não é autoridade pública e assim não serão os seus agentes suscetíveis de sofrer ação mandamental, ou essa autoridade pública efetivamente se configura e então não se poderá negar-lhe a possibilidade de apelar ao Presidente.

O STF, em memorável julgado, assentou que a medida judicial adequada para obter a suspensão de liminar concedida em mandado de segurança é o requerimento dirigido à autoridade judiciária competente para conhecer do recurso contra a decisão definitiva do *mandamus*. Esse procedimento – diz o STF (RTJ-114/448) –

"não pode, evidentemente, ser substituído por mandado de segurança que visa à suspensão da liminar concedida em outro *writ*. O Supremo conclui, nesse aresto, que a suspensão da liminar "só é possível na hipótese excepcional admitida em nossa legislação: se requerida por pessoa jurídica de direito público ou pelo Procurador-Geral da República ao Presidente do Tribunal a que couber recurso contra a decisão final no mandado de

segurança e se houver grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas" (id., p. 455).

O STF, analisando outro caso à luz do art. 275 do seu Regimento Interno – regra análoga à do citado art. 4.^o –, pelo Min. Antonio Neder, se faz a seguinte indagação: "pode o requerente, pessoa natural ou privada, requerer a suspensão da segurança, quando é certo que o art. 275 do Reg. Interno do STF concede tal direito ao Procurador-Geral da República ou a pessoa de direito público interessada?" Respondendo-a, o Ministro chancela a doutrina que estende essa possibilidade às pessoas, independentemente de sua natureza jurídica, que tiverem de arcar com os ônus da liminar. Eis os termos da decisão, tal como se acha publicada na RTJ-92 (Suspensão de Segurança n.^o 114-SP, j. em 19.12.79, reqte. Wilhem Cossemelli, rqdo. o 1.^o TA-Civ.-SP, p. 939):

"O direito de pedir a suspensão da segurança deve ser concedido não só ao Procurador-Geral da República e à pessoa jurídica de direito público interessada, senão também às pessoas e às entidades que tenham de suportar os efeitos da medida" (p. 943). E assevera, conclusivo: "A todos aqueles que figurarem na ação de segurança, e que forem alcançados pela sentença concessiva do *writ*, deve conferir-se o direito de pedir a suspensão da medida" (id., ib.).

Ainda nesse julgamento, o Min. Antonio Neder, sublinhando a íntima analogia entre os artigos 275 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e o 4.^o, da Lei n.^o 4.384/64, remete ao magistério de H. L. Meirelles, segundo o qual

"não só a pessoa jurídica, como também o órgão interessado tem legitimidade para pleitear a suspensão da liminar, como ainda as pessoas e órgãos de direito privado passíveis da segurança e que suportarem os efeitos da liminar podem pedir a sua cassação" (p. 943).

Portanto, a jurisprudência e a doutrina, majoritariamente, reputam irrecurável a decisão sobre liminar em mandado de segurança. Além disso, consideram inadmissível a impetração de mandado de segurança para cassar liminar concedida em outro *writ*.

Que pode fazer a pessoa jurídica de direito privado, então, para sustar medida liminar em

ação mandamental? O caminho único será o requerimento ao Presidente do Tribunal competente para julgar o recurso oponível à decisão do mandado de segurança .

Esse direito não pertence apenas à *pessoa de direito público interessada*, mas a todos os

que tiverem ostentado qualidade para figurar no pólo passivo da ação.

Esta é a tendência orientada pelo Supremo Tribunal Federal, interpretando a lei, como ensinava Hely Lopes Meirelles: *racionalmente, para a consecução dos fins a que se destina.*