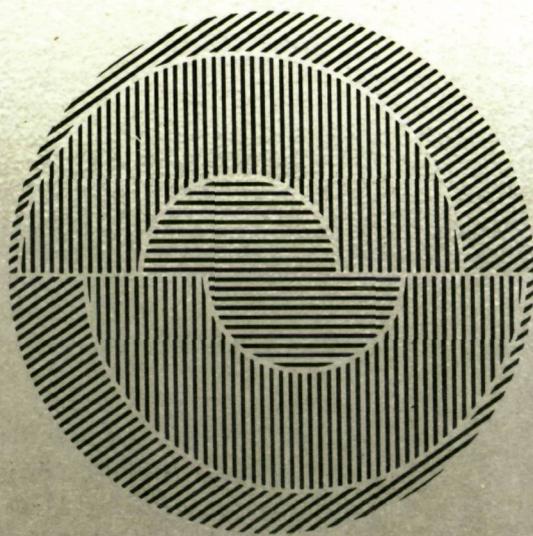


# REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA



SENADO FEDERAL • SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS

JANEIRO A MARÇO 1991

ANO 28 • NÚMERO 109

# A Constituição Federal de 1988 e o mandado de segurança contra ato judicial \*

ALVARO LAZZARINI

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Professor de Direito Administrativo em São Paulo

## SUMÁRIO

1. Introdução. 2. O Juiz e seus atos. 3. O mandado de segurança no direito positivo brasileiro. 4. O cabimento do mandado de segurança contra ato de juiz. 5. Cuidados na elaboração da impetração e das informações. 6. Conclusões.

### 1. Introdução

O Estado de Direito, é lugar comum dizer, obriga não só os governados à obediência à lei. Obriga, também, os governantes a essa mesma obediência à lei.

O Estado, em verdade, é uma pessoa jurídica, pessoa jurídica de direito público. Como tal, necessariamente, atua através de pessoas físicas, isto é, de seres humanos. Estes, presos ao *princípio da legalidade*, têm as suas atribuições individualizadas pela lei, vale dizer, têm uma esfera de competência, a competência legal. No exercício dessas atribuições, tais pessoas físicas, conhecidas modernamente como *agentes públicos*, convertem-se, com sua vontade, em órgão volitivo da comunidade (1).

Quando investidos para o regular exercício das altas funções governamentais a nível constitucional, como componentes do Governo em seus primeiros escalões, essas pessoas físicas são consideradas *agentes públicos políticos*, ou, simplesmente, *agentes políticos*, espécie do gênero *agente pú-*

(\*) Conferência proferida no Curso de Aperfeiçoamento em Direito Processual Civil sobre o tema "Meios de Impugnação às Decisões Judiciais", em 25 de julho de 1990, em São Luís, Maranhão, sob promoção da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção do Maranhão, em Convênio com o Instituto Brasileiro de Aprimoramento de Estudos Jurídicos — IBAEJ e coordenação dos Professores Nelson Luiz Pinto e Teresa Arruda Alvim Pinto, da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

(1) MASAGAO, Mário. Curso de Direito Administrativo, tomo I, 1959, Max Limonad, São Paulo, nº 114, p. 63.

*blico*, como tais considerados não só os chefes do Poder Executivo e seus auxiliares imediatos, como, também, os parlamentares em geral e os magistrados.

Todos, como componentes do Governo em seus primeiros escalões, bem por isso, são considerados as "autoridades supremas, do Governo e da Administração, na área de sua atuação" (2).

É certo que a vigente Constituição Federal, no seu art. 37, *caput*, refere-se só à administração pública como sujeita aos princípios de legalidade, impessoalidade (finalidade), moralidade e publicidade, que lhe são básicos.

Nem por isso, porém, o Governo e os governantes, que não se confundem com Administração Pública e seus órgãos, desses básicos princípios escapam. Seus atos, com efeitos, sejam legislativos, administrativos ou judiciais, sempre deverão obediência à lei, diante da norma do art. 5.º, II, da Constituição de 1988, ou seja, "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei".

Daí por que essas "autoridades supremas" não podem atuar como se munidos estejam de verdadeira "carta branca" decorrente de suas prerrogativas funcionais.

Tais prerrogativas, ao certo, não tornam os seus atos imunes ao controle jurisdicional do Poder Judiciário, através das vias processuais adequadas, previstas nas leis processuais em geral.

Dentre elas destaque especial, por ser um dos remédios constitucionais, de largo uso, é o mandado de segurança. Ele, com efeito, está previsto no art. 5.º, LXIX e LXX, da Constituição de 1988 e, ainda, regulado pela Lei n.º 1.533, de 31 de dezembro de 1951, também conhecida por Lei do Mandado de Segurança, e leis posteriores.

Indagar-se-á, porém, se esse remédio constitucional, adequado que é para o controle jurisdicional de ato de autoridade, pode ser utilizado justamente quando o seu objeto é ato do juiz, a quem, no Brasil, cabe a atividade jurisdicional?

E mais, indagar-se-á se ato de juiz, com a garantia da coisa julgada (art. 5.º, XXXVI, da Constituição de 1988) pode ser reformado, com a sua anulação, via do mandado de segurança, também garantido no art. 5.º, LXIX e LXX, da mesma Constituição.

Enfim, se a sentença, que tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas (art. 468 do Código Processo Civil), sendo, pois, lei entre as partes, pode assim ser excluída da apreciação do Poder Judiciário via mandado de segurança, diante da norma constitucional de que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito (art. 5.º, XXXV, da Constituição de 1988), em especial e naturalmente, quando esse direito for líquido e certo?

(2) LOPES MEIRELLES, Hely. *Direito Administrativo Brasileiro*, 15ª ed., 1990, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, p. 68.

## 2. O Juiz e seus atos

Em outras palavras, é possível controle Jurisdicional do Poder Judiciário, via mandado de segurança, sobre ato de juiz, autoridade que exerce atividade jurisdicional, também?

Juiz e Magistrado, mister se torna observar, são vocábulos que, no Brasil, têm o mesmo significado, pois "*MAGISTRADO*, em direito, é o juiz, que exerce ou já exerceu a *autoridade administrativa* e a *função de julgar*, em primeiro e segundo grau ou em grau especial de jurisdição, sujeito a normas específicas do Estatuto da Magistratura, representando, pois, diretamente o Poder Judiciário, do qual é membro" (3). A função de distribuir a justiça, aliás, só pode ser exercida por *MAGISTRADOS* pertencentes ao Poder Judiciário.

Além dessa atividade de distribuir a Justiça, exercendo a função jurisdicional do Estado, o múnus público do Juiz, também encerra *atividade tipicamente administrativa*, como o são as funções de corregedoria permanente ou de direção do Fórum ou, ainda, em outros graus de jurisdição, as funções e cargos diretivos dos Tribunais, conforme os seus respectivos regimentos internos.

No exercício de sua *função administrativa*, que lhe é atípica, já o dissemos (4), "o juiz age como se Administrador Público fosse. Por isso ele tem a seu favor todos os *poderes administrativos* que o Direito Administrativo reconhece como válidos para o administrador público (poder vinculado, poder discricionário, poder hierárquico, poder disciplinar, poder de polícia e poder regulamentar). É certo que o regulamentar é exclusivo de Chefe do Poder Executivo. Mas, o Juiz não prescinde de seus princípios jurídicos quando deve elaborar atos administrativos normativos, em especial aqueles peculiares do Poder Judiciário (Regimentos, Assentos, Provimentos e outros)".

No exercício de sua *função jurisdicional*, tema que o presente estudo se dirige, também já o dissemos (5), "o Juiz conta com extensos *poderes processuais*, que não significam privilégios ou vantagens outorgados à pessoa do Magistrado, mas que se destinam à atuação da lei e à realização da Justiça, constituindo, isto sim, verdadeiras *garantias dos jurisdicionados e dos advogados*, porque a prestação jurisdicional qualificada só é possível quando Judiciário e a Magistratura são fortes e prestigiados, conforme o diz o inclito Juiz João Batista Lopes, também Professor da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, em trabalho sobre os "Poderes do Juiz e o Aprimoramento da Prestação Jurisdicional".

Mister se torna enfatizar, nesta oportunidade, que o juiz concretiza esses poderes processuais, traduzindo-os no processo, através de atos judi-

(3) LAZZARINI, Alvaro. "Magistratura: Deontologia, Função e Poderes do Juiz". *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*, Lex Editora, São Paulo, v. 109, p. 13.

(4) LAZZARINI, Alvaro. Artigo, revista e volume cit., p. 21.

(5) LAZZARINI, Alvaro. Artigo, revista e volume cit., p. 21.

ciais típicos, voltados sempre às garantias dos jurisdicionados e dos advogados. Daí por que esses poderes processuais do Juiz, para ele, “são deveres seus para com os seus jurisdicionados e os advogados, o que importa na vedação de que os Juizes os renunciem, porque se assim entenderem de renunciar aos seus poderes, estarão desprotegendo o seu jurisdicionado, o advogado de seu jurisdicionado, impondo, assim, uma grave insegurança jurídica a todos que dependam da sua *função jurisdicional* que, como focalizado, está cercada de um mínimo de prerrogativas conferidas pelo legislador ao Juiz que a exerce” (6).

Em resumo, portanto, os atos do Juiz não dizem à só prestação jurisdicional. O Juiz, com efeito, também, atipicamente, embora autoridade judiciária, pratica atos administrativos, como autoridade administrativa, isto é, como Administrador Público.

### 3. O mandado de segurança no direito positivo brasileiro

Feita a distinção, cabe salientar, desde logo, o acerto de TERESA ARRUDA ALVIM PINTO, no sentido de que nem por isso haveria uma teoria do mandado de segurança contra ato administrativo do Juiz e outra contra ato judicial propriamente dito. Ela afirma, no que está certa, que “não se pode criar uma teoria do mandado de segurança contra atos administrativos, e outra, diferente, contra atos judiciais, pois a medida é regulada pelos mesmos dispositivos, quer a nível constitucional, quer a nível infraconstitucional. De fato — continua a ilustre processualista —, acreditamos que não se pode propriamente falar em mais do que uma teoria, pois os pressupostos constitucionais básicos são os mesmos, mas se devem fazer adaptações” (7).

Bem por isso cabe deixar lembrado que o mandado de segurança é um remédio constitucional largamente utilizado, previsto anteriormente no art. 153, § 21, da revogada Constituição Federal e hoje no art. 5.º, LXIX e LXX, da Constituição de 1988. Disciplinado, ainda hoje, pela Lei n.º 1.533, de 31 de dezembro de 1951, também conhecida por Lei do Mandado de Segurança, e por leis outras que a alteram, embora não na sua essência, temos que o mandado de segurança, inclusive o coletivo previsto no item LXX do referido art. 5.º, tem a natureza jurídica processual de ação civil de rito sumário especial.

Expressões que são utilizadas para designar esse remédio constitucional são remédio heróico, *writ* e *mandamus*.

No mandado de segurança, comparecem as figuras do *impetrante*, que é a pessoa natural ou jurídica, esta de direito privado ou de direito público, que se sinta prejudicada pelo ato de autoridade, a do *impetrado*, que é a autoridade apontada como coatora, isto é, aquela contra quem se imputa a prática da arbitrariedade, e o Ministério Público, cuja intervenção no pro-

(6) LAZZARINI, Alvaro. *Idem*, *ibidem*.

(7) ARRUDA ALVIM PINTO, Teresa. *Mandado de Segurança contra ato judicial*, 1ª ed., 1989, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, p. 35.

cesso de mandado de segurança é obrigatória (Lei do Mandado de Segurança, art. 10). Nos casos em que a eventual concessão do mandado de segurança possa afetar interesse ou direito subjetivo de alguém, ocorrerá hipótese de litisconsórcio passivo necessário (Lei do Mandado de Segurança, art. 19), sendo aplicáveis, então, as regras a ele atinentes nos arts. 46 a 49 do Código de Processo Civil, bastando, porém, a simples ciência, como se tem entendido predominantemente<sup>(8)</sup>, em especial no mandado de segurança contra ato judicial.

O nosso direito positivo utiliza-se de expressões clássicas em sede de mandado de segurança. *Ato de autoridade*, uma delas, deve ser entendida como manifestação do Poder Público ou, então, de seus delegados, nos moldes do art. 1.º, § 1.º, da Lei do Mandado de Segurança. O *ato de autoridade*, aliás, pode ser por ação ou por omissão. *Direito líquido e certo*, controvertida expressão, deve ser entendido como aquele que se apresenta comprovado de plano, isto é, o que se apresenta com prova pré-constituída, de natureza documental, acompanhando a petição inicial do mandado de segurança. Neste não há oportunidade para produção de prova oral ou pericial, como no caso de alguém pretender desconstituir ato de autoridade sob fundamento de que fora lastreado em documento maculado por falso material e ideológico. A complexidade dos fatos e a dificuldade na interpretação das normas legais, todavia, não constituem óbice ao reconhecimento de um direito líquido e certo amparável por mandado de segurança, como se tem decidido e é da boa doutrina.

O objeto do mandado de segurança será sempre a correção de um ato do Poder Público ou de seus agentes delegados, desde que eivado de ilegalidade e lesivo a direito do próprio impetrante. Desde a Constituição de 1988, porém, admite-se o mandado de segurança coletivo (art. 5.º, LXX), que não se confunde com aquele impetrado por várias pessoas em litisconsórcio ativo, salientando JOSÉ CRETELLA JÚNIOR que, no coletivo, "a entidade — partido político, sindicato ou associação — não poderá ir a juízo sem que, antes, seja convocada Assembléia Geral, na qual a maioria dos membros esteja de acordo com a propositura da ação, devendo juntar à petição inicial transcrição da ata, em que foi dada a anuência"<sup>(9)</sup>.

Mas, de qualquer modo, o objeto do mandado de segurança coletivo será ato do Poder Público ou de seus agentes delegados.

Em outras palavras, o mandado de segurança cabe 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, tudo a teor do art. 5.º, LXIX, da Constituição de 1988. As ressalvas do art. 5.º

(8) NEGRAO, Theotônio. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*, 18ª Ed., 1988, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, notas ao art. 19 da Lei do Mandado de Segurança, p. 878.

(9) CRETELLA JÚNIOR, José. *Do Mandado de Segurança Coletivo*, Forense, Rio de Janeiro, 1ª ed., 1990, p. 79.

da Lei do Mandado de Segurança não são de rigor absoluto, conforme vem entendendo a jurisprudência no seu trabalho constante de adequar a lei à realidade. As ressalvas, aliás, de certo modo, restringem a proteção constitucional do mandado de segurança, o que não é possível. Temos de compatibilizar a norma legal à constitucional e estas entre si. Em outras palavras a norma infraconstitucional, contida na Lei do Mandado de Segurança, deve render-se à constitucional. A norma constitucional que protege a coisa julgada não pode prevalecer sobre a outra, igualmente constitucional, do mandado de segurança, mesmo porque esse remédio heróico não é recurso e, por definição legal, "denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário" (art. 467 do Código de Processo Civil) ou, então, "chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso" (art. 6.º, § 3.º, da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro).

A *autoridade coatora* (impetrado) é um dos temas mais nebulosos, na prática, isto é, no dia-a-dia de quem depende do mandado de segurança. Não, porém, quando o ato seja judicial, que será o juiz do processo. Na lição sempre lembrada pelas partes de HELY LOPES MEIRELLES<sup>(10)</sup>, autoridade coatora é a pessoa que pratica o ato impugnado e não o superior que o recomenda ou baixa normas para a sua execução. Essa *autoridade coatora* poderá ser de qualquer dos três Poderes, isto é, do Legislativo, do Executivo ou do Judiciário. Embora haja aqueles que entendem em contrário, a *autoridade coatora* não se confunde com a pessoa jurídica ou o órgão a quem o agente representa em razão do seu ofício, podendo, contudo, ingressar o Poder Público ou o ente a ele assemelhado como assistente litisconsorcial do impetrado, ou seja, da *autoridade coatora*.

O prazo para a impetração do mandado de segurança é de 120 (cento e vinte) dias, contado da ciência inequívoca do ato guerreado, nos termos do art. 18 da Lei do Mandado de Segurança. O prazo é decadencial para o mandado de segurança. Em outras palavras não há decadência do eventual direito subjetivo público do impetrante. A decadência é do direito à impetração, como se tem decidido. O prazo a que aludimos não se suspende e nem se interrompe por força de pedido de reconsideração, salvo se expressamente previsto em lei. Nesse sentido a Súmula n.º 430 do Supremo Tribunal Federal.

Como retroanotado, há possibilidade de litisconsórcio tanto *ativo* (mais de um impetrante), como *passivo* (mais de uma autoridade coatora) ou, ainda, no mesmo mandado de segurança, podem litigar, ao mesmo tempo, litisconsortes *ativos* e *passivos*.

O prazo de *informação* do mandado de segurança é de 10 (dez) dias (art. 7.º da Lei do Mandado de Segurança, na sua atual redação). A *infor-*

(10) LOPES MEIRELLES, Hely. *Mandado de Segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção e habeas-data*, 12ª ed., 1989, Ed. Revistas dos Tribunais, São Paulo, p. 33.

mação será prestada e subscrita *pessoalmente* pela autoridade apontada como coatora. Essa autoridade será sempre *parte*, na causa<sup>(11)</sup> e, como tal, deve prestar todos os esclarecimentos, inclusive de ordem doutrinária e jurisprudencial, que possibilitem ao Ministério Público e, ao depois, ao Magistrado ou Tribunal a verificação da ocorrência ou não de direito líquido e certo amparável por mandado de segurança. Se o agente que praticou o ato impugnado estiver afastado do seu cargo, seja qual for o motivo, deve o seu substituto legal prestar as informações requisitadas, esclarecendo a razão de assim fazê-lo. O art. 9.º da Lei do Mandado de Segurança determina o julgamento do *writ*, “tenham sido ou não prestadas as informações pela autoridade coatora”, no prazo acima indicado.

A *liminar* em mandado de segurança é, também, um dos temas mais cruciais do instituto. Deve a autoridade judiciária a quem competir a decisão do pedido de liminar ter toda a cautela, a fim de evitar o vicejamento de liminares. A liminar em mandado de segurança tem o seu fundamento legal no artigo 7.º, II, da Lei do Mandado de Segurança e *só deve ser concedida quando for relevante o motivo do pedido e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida*, caso, afinal, deferida. Prodigalizar liminares pelo Poder Judiciário pode causar prejuízos ao Poder Público em geral, inclusive seus agentes delegados. Bem por isso que, embora de duvidosa constitucionalidade, em tempos atrás, entendeu-se de afirmar o não-cabimento de liminares em mandados de segurança impetrados visando à reclassificação ou equiparação de servidores públicos ou à concessão de aumento ou extensão de vantagens (artigo 5.º da Lei n.º 4.348, de 26 de junho de 1964), afirmando-se, também, a não-concessão de liminar para o efeito de pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias (artigo 1.º, § 4.º, da Lei n.º 5.021, de 9 de junho de 1966). A Lei n.º 2.770, de 4 de maio de 1956, aliás, ainda em vigor, suprimiu a concessão de medidas liminares nas ações e procedimentos judiciais de qualquer natureza que visem à liberação de bens, mercadorias ou coisas de procedência estrangeira (artigo 1.º). Atualmente, o Brasil assiste ao esforço do Presidente Fernando Collor de Mello para fazer vingar, no Congresso Nacional, medidas provisórias, como a Medida Provisória n.º 192, de 22 de junho de 1990, que estabelece hipóteses nas quais fica suspensa a concessão de medidas liminares e dá outras providências, em mandados de segurança e nos procedimentos cautelares de que tratam os artigos 796 e seguintes do Código de Processo Civil e, como sabido, relacionados com o plano econômico do governo federal.

Os leigos não atinam que o ato judicial concessivo da liminar não implica em prejulgamento, sendo, pois, um simples *provimento cautelar*, que objetiva resguardar o eventual direito do impetrante. Prazo de validade da medida liminar é de 90 (noventa) dias, prorrogável por mais 30 (trinta) dias (Lei n.º 4.348, de 26 de junho de 1964), com o que se evita a eternização da liminar. Caduca a liminar, isto é, cessa a sua eficácia se no prazo

(11) LOPES MEIRELLES, Hely. *Mandado de Segurança*, ..., ed. citada, p. 33.

não houver decisão final. Não há direito líquido e certo à concessão de liminar, de modo que descabe segurança para obter-se liminar negada em outro mandado de segurança.

Denegada a segurança, pela sentença ou em razão de recurso de apelação ou, ainda, em acórdão nos casos de competência originária, fica sem efeito a liminar concedida, retroagindo os efeitos da decisão contrária (Súmula n.º 405 do Supremo Tribunal Federal). Tem-se, todavia, verificado que eminentes magistrados, não raras vezes, apesar de denegarem a segurança ou dela julgar o impetrante carecedor de ação, mantêm os efeitos da liminar até o trânsito em julgado da decisão. Nessa hipótese só resta à autoridade impetrada dar cumprimento quanto ao ordenado em relação à liminar concedida ou, então, se entender oportuno e conveniente, buscar a *suspensão da liminar*, mediante o recurso próprio previsto no artigo 4.º da Lei n.º 4.348, de 26 de junho de 1964, que prevê a possibilidade da *pessoa jurídica de direito público* interessada requerer ao Presidente do Tribunal ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso a suspensão da execução liminar e da sentença do mandado de segurança concedido, desde que para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas. Dessa decisão caberá agravo, sem efeito suspensivo, devendo, de qualquer modo, ser salientado que a autoridade coatora deve promover o interesse da pessoa jurídica de direito público a que pertence, a fim de que esta peça e reivindique a suspensão da execução da liminar concedida.

Pode, também, a autoridade coatora pleitear, diretamente, ao juiz do processo a revogação ou cassação de liminar concedida. Tal possibilidade não está prevista em lei; não impede, porém, o nosso ordenamento jurídico, evitando-se, assim, a interposição dos recursos próprios previstos para a pessoa jurídica de direito público.

A sentença do mandado de segurança, quando concessiva, tem caráter *mandamental*, porque encerra uma ordem do juiz, seja de natureza positiva, negativa ou permissiva. Em outras palavras, o impetrado deve praticar, não praticar ou permitir que se pratique o ato previsto na sentença à vista da petição inicial do impetrante.

Quando for *denegatória*, nada impede que o impetrante da segurança, por ação própria (de rito ordinário, sumaríssimo ou o que couber), pleiteie os seus direitos e os respectivos efeitos patrimoniais (artigo 15 da Lei do Mandado de Segurança). O pedido de segurança, aliás, poderá ser renovado se a decisão denegatória não lhe houver apreciado o mérito (artigo 16 da mesma lei).

Quanto ao ônus da sucumbência, apesar de alguma discrepância na doutrina e de decisões judiciais isoladas, não cabe a condenação em honorários de advogado na ação de mandado de segurança. A Súmula n.º 512 do Supremo Tribunal Federal nesse sentido tem sido reiterada a todo instante. Caberá, porém, pelo menos em tese, concedida a ordem, em ação própria, o impetrante acionar o Poder Público para cobrar-se do que dependeu com advogado (artigo 37, § 6.º, da Constituição de 1988).

Da sentença, negando ou concedendo mandado de segurança, cabe recurso de apelação ou o adequado se a decisão for de Tribunal. Concedida a segurança, paralelamente, haverá o reexame necessário, isto é, o duplo grau de jurisdição ou, então, recurso oficial, ou ainda remessa obrigatória. Se a decisão concessiva da segurança for originária de Tribunal, porém, descabe o reexame necessário. Concedida a segurança, o impetrante poderá, desde logo, executar provisoriamente a sentença (artigo 12, *caput* e parágrafo único, da Lei do Mandado de Segurança). A Medida Provisória n.º 192, de 22 de junho de 1990, todavia, só autoriza produção de efeitos, após a confirmação da sentença pelo tribunal (artigo 1.º, parágrafo único), isto é, o recurso sempre terá efeito, também, suspensivo, o que, ousamos dizer, é restrição de duvidosa constitucionalidade, pois, atenta contra a garantia constitucional do mandado de segurança.

O não-cumprimento da sentença concessiva de segurança sujeita a autoridade coatora a processo criminal por desobediência (artigo 330 do Código Penal), ensejando, ainda, a apuração dos ilícitos por abuso de autoridade.

Súmulas do Supremo Tribunal Federal também cuidam do mandado de segurança, como, por exemplo, entre outras, as de n.ºs 101, 266, 267, 268, 269, 270, 271, 294, 304, 392, 405, 429, 430, 474, 506, 510 e 512.

#### 4. O cabimento do mandado de segurança contra ato de juiz

Examinamos, anteriormente, que juiz, agente político do Estado, é uma autoridade, uma das autoridades consideradas “autoridades supremas” do Estado. Os atos que pratica, portanto, são *atos de autoridade*, inclusive, para fins de mandado de segurança.

Como nô-lo leciona TERESA ARRUDA ALVIM PINTO, “os atos não-judiciais, praticados pelo juiz, são considerados atos administrativos e o mandado de segurança, com relação a eles, tem o regime jurídico idêntico ao dos atos administrativos praticados pelo Poder Executivo” (12).

Quando, porém, o ato seja tipicamente judicial, ou seja, praticado em razão da atividade jurisdicional do juiz, diz o art. 5.º, II, da Lei do Mandado de Segurança descaber o *writ* se se tratar “de despacho ou decisão judicial, quando haja recurso previsto nas leis processuais ou possa ser modificado por via de correção”. Desse texto legal redundou a edição da Súmula n.º 267 do Supremo Tribunal Federal, com a seguinte redação: “Não cabe mandado de segurança contra ato passível de recurso ou correção”.

A Súmula n.º 268, também, do Excelso Pretório, igualmente, diz não caber mandado de segurança contra decisão judicial com trânsito em julgado. Ela foi editada à luz do art. 16 da Lei do Mandado de Segurança.

Em outras palavras, a *contrario sensu*, a Lei do Mandado de Segurança e o denominado Direito Sumular admitem mandado de segurança contra ato tipicamente judicial, desde que não incorram nas hipóteses acima examinadas.

(12) ARRUDA ALVIM PINTO, Teresa. Obra e ed. cit., p. 37.

Mesmo assim, porém, a jurisprudência vem abrandando o entendimento dessas súmulas e, diante do caso concreto, não raras vezes, havendo ato judicial teratológico, têm os tribunais conhecido e julgado mandados de segurança, quer quando caiba recurso ou correição ou, então, quando preclusa esteja a decisão, bem como quando haja sentença transitada em julgado. Os tribunais, aliás, vêm harmonizando as normas constitucionais de início abordadas e com elas compatibilizando as infraconstitucionais.

É de TERESA ARRUDA ALVIM PINTO a feliz afirmação de que “o marco mais expressivo, no caminho da abertura dos tribunais para com a admissibilidade do mandado de segurança contra ato judicial, foi o acórdão do STF, cujo relator foi o Min. Xavier de Albuquerque, que julgou o RE n.º 76.909 RS em 5-12-73 (RTJ 70/504). Neste acórdão — continua —, fixou-se a tese de que cabe mandado de segurança contra ato judicial em que caiba recurso, desde que este recurso seja desprovido de efeito suspensivo e que o ato judicial atacado cause prejuízo irreparável ou de muito difícil reparabilidade. O acórdão — concluiu a ilustre processualista paulista — não foi unânime, mas esta foi a tese vencedora” (13).

Os tribunais paulistas (Tribunal de Justiça e Tribunais de Alçada Civil), igualmente, assim, têm entendido. Particularmente, a Primeira Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, em 6 de março de 1990, no julgamento do Mandado de Segurança n.º 126.356-1, de São Paulo, impetrado contra a concessão de liminar em medida cautelar de separação de corpos, sendo relator o eminente Desembargador Luiz de Azevedo, teve ocasião de firmar que “é verdade que só cabe mandado de segurança contra ato judicial quando não houver recurso ordinário para rever e corrigir a eventual ilegalidade. E, neste caso — continua o venerando acórdão —, competia ao impetrante interpor agravo de instrumento contra a decisão que deferiu a liminar. Assim, em princípio — reconheceu dito acórdão —, a impetração não teria foros para ir além do juízo de admissibilidade. Acontece, todavia — concluiu o mesmo acórdão —, que não são poucos os julgados que têm admitido a segurança, mesmo quando não utilizado o recurso apropriado, seja porque este não comporta efeito suspensivo, seja porque a decisão está efetivamente a lesar o direito, necessitando de pronto e eficaz reparo”. Esse entendimento foi reiterado no julgamento do Mandado de Segurança n.º 130.276-1, de São Paulo, relator o eminente Desembargador Luiz de Macedo. Em ambos os julgamentos participamos como integrante da Turma Julgadora. Os acórdãos não constam de repertório.

O recém-instalado Egrégio Superior Tribunal de Justiça, pela sua Colenda Quarta Turma, sendo relator o eminente Ministro Sálvio de Figueiredo, em julgamento de 10 de abril de 1990, no Mandado de Segurança n.º 279, do Rio de Janeiro, teve oportunidade de afirmar que “em linha de princípio, o mandado de segurança não se mostra hábil para impugnar decisões recorríveis. Admite-se o manejo do *writ* contra atos judiciais recorríveis apenas quando ausente o efeito suspensivo e ocorrente a probabili-

(13) ARRUDA ALVIM PINTO, Teresa. Obra e ed. cit., p. 39.

dade de dano de difícil ou incerta reparação, comunicando-se efeito suspensivo ao recurso dele desprovido e regularmente interposto" (14).

Como se verifica, a tese firmada pelo Tribunal paulista é mais ampla do que a do Superior Tribunal de Justiça. Este, com efeito, limita-se a conferir, via mandado de segurança, efeito suspensivo ao recurso dele desprovido regularmente interposto; aquele entende admissível mandado de segurança, inclusive, quando não utilizado recurso apropriado.

A posição do Tribunal Paulista coincide com a de TERESA ARRUDA ALVIM PINTO, quando, nas conclusões 11 e 12 de sua monografia sobre *Mandado de Segurança Contra Ato Judicial*, assevera "O cabimento de recurso contra o ato, pois, não é óbice a que ele possa ser atacado pela via do mandado de segurança. Entretanto, a situação deve revestir-se de um atributo especial para justificar que a parte lance mão do mandado de segurança, em vez do recurso ou ao lado dele. Não fosse isto, o mandado de segurança seria usado, quase que indiscriminadamente, no lugar dos recursos, tornando-o este sistema inútil. Este atributo é a *perspectiva* de o ato impugnado, uma vez eficaz, produzir dano de possível ou impossível reparabilidade". TERESA ARRUDA ALVIM PINTO, nas conclusões 17 e 19 da citada obra em que deu sistematização científica ao *mandado de segurança contra ato judicial*, também, afirmou que a perda do prazo do recurso, se este não tinha efeito suspensivo e era, portanto, inócuo quanto a evitar a ocorrência do prejuízo, não obsta a que a parte lance mão do mandado de segurança, pois cabe mandado de segurança contra decisão trânsita em julgado, desde que se trate de uma das hipóteses previstas no art. 485 do CPC e que os efeitos da decisão, que se quer vulnerar por meio do mandado de segurança com função rescindente, signifiquem prejuízo irreparável ao impetrante (15).

Na verdade, convém deixar anotado, não há como que um preconceito contra o mandado de segurança contra ato judicial. Na prática, o que se tem verificado é um abuso de impetrações de mandado de segurança, como se ele fosse um sucedâneo de recurso adequado ou, às vezes, inclusive, de via processual adequada, como é a hipótese de embargos de terceiros, em que a possibilidade de o juiz deferir liminarmente os embargos (artigo 1.051 do Código de Processo Civil).

Nem por isso, porém, pode-se impedir impetrações de segurança contra decisões interlocutórias em geral ou, então, contra sentença cuja apelação não tenha efeito suspensivo ou que tenha feito coisa julgada ou, ainda, nas hipóteses de o juiz recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício, ou a requerimento da parte, tudo sem prejuízo das providências do artigo 198 do Código de Processo Civil, bem como sem prejuízo da responsabilidade civil do magistrado,

(14) ARRUDA ALVIM PINTO, Teresa. *Obra e ed. cit.*, p. 92.

(15) ARRUDA ALVIM PINTO, Teresa. *Obra e ed. cit.*, pp. 92/93.

nos termos do artigo 133 do Código de Processo Civil, combinado com o artigo 37, § 6.º, da Constituição de 1988 <sup>(16)</sup>.

Esses atos judiciais passíveis de mandado de segurança, como focalizado, tanto podem ser os praticados no primeiro grau como também os praticados em outros graus, isto é, nos tribunais.

Caberá às leis de organização judiciária, bem como aos regimentos internos dos tribunais, disciplinar a competência do órgão julgante para processar e julgar de tais mandados de segurança. Neste passo convém lembrar que a vigente Lei Orgânica da Magistratura Nacional (Lei Complementar n.º 35, de 14 de março de 1979), no seu artigo 21, III, diz competir aos Tribunais, privativamente, elaborar seus regimentos internos e, neles, estabelecer, observada a mesma lei, a competência de suas Câmaras ou Turmas isoladas, Grupos, Seções ou outros órgãos com funções jurisdicionais ou administrativas, competindo-lhe — acrescenta o item VI do referido artigo — julgar, originariamente, os mandados de segurança contra seus atos, os dos respectivos Presidentes e os de suas Câmaras, Turmas ou Seções. E o seu artigo 101, *caput*, estabelece que os Tribunais de Justiça compor-se-ão de Câmaras ou Turmas, especializadas ou agrupadas em Seções especializadas, sendo que, nos termos do seu § 2.º, as Seções especializadas serão integradas, conforme disposto no regimento interno, pelas Turmas ou Câmaras da respectiva área de especialização, cabendo a cada uma das Seções — acrescenta o seu § 3.º, letra “d” — processar e julgar “os mandados de segurança contra ato de juiz de direito”.

Discussão que se levantou, recentemente, no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo é a de saber se, sendo matéria criminal a do ato judicial impugnado via mandado de segurança, a competência seria da Seção Criminal do mesmo Tribunal ou, então, do Tribunal de Alçada Criminal do mesmo Estado. Os impetrantes sustentaram a competência da 1.ª Seção Civil, sob fundamento que mandado de segurança é ação civil; em sentido contrário a turma julgadora, que integramos como relator, decidiu pela competência da denominada Justiça Criminal, no caso, em razão do delito, do Tribunal de Alçada Criminal. A 1.ª Seção Civil só julga atos de Polícia Administrativa e não os decorrentes de Polícia Judiciária, ou seja, aqueles que dizem respeito à infração penal e à sua apuração segundo os princípios e normas de Direito Processual Penal.

Outros pontos, naturalmente, poderiam ser feridos no presente estudo sobre o cabimento do mandado de segurança contra ato do juiz.

Preferimos ficar só nos examinados, reiterando que, no mais, a teoria do mandado de segurança deve ser adequada à perspectiva dele estar sendo impetrado contra ato judicial, com todas as suas nuances jurídicas.

A nossa afirmação de que cabe mandado de segurança mesmo contra coisa julgada é abrangente e demonstra, bem por isso, o seu cabimento

(16) LAZZARINI, Alvaro. “Responsabilidade Civil do Estado por Atos Omissivos dos seus Agentes”, *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*, Lex Ed., São Paulo, v. 117, pp. 20 e segs.

às situações de menor impacto jurídico desde que reconhecida a lesão a direito líquido e certo, que atente à consciência jurídica de modo flagrante, isto é, desde que seja ato judicial teratológico.

##### 5. *Cuidados na elaboração da impetração e das informações*

A prática tem demonstrado que, inclusive, bons advogados, ao impetrarem mandado de segurança contra ato judicial, gastam páginas e páginas de petição inicial transcrevendo doutrina e jurisprudência que admitem mandado de segurança contra ato judicial.

Pensamos que, na atualidade, se torna dispensável tanta cansativa transcrição que, na maior das vezes, vem em detrimento do essencial no mandado de segurança, ou seja, o procurar o impetrante sensibilizar o julgador de que o ato judicial lesa direito subjetivo seu, de natureza líquida e certa, causando-lhe, com isso, dano irreparável ou de difícil reparação.

Pior ainda quando o impetrante, confundindo o procedimento do mandado de segurança com outros, atento só à regra do artigo 282, VI, do Código de Processo Civil, indica como provas com que pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados, a testemunhal, a pericial, e outras admitidas em direito, inclusive depoimento da autoridade coatora. Embora não contra ato judicial, chegou-se a requerer em mandado de segurança instauração de incidente de falsidade documental<sup>(17)</sup>. Em casos que tais, em que o impetrante demonstra desconhecer a teoria do mandado de segurança, evidentemente, é meio caminho andado para ele ver denegada a segurança, pois admite não ter prova pré-constituída do seu alegado “direito líquido e certo”, quase sempre não oferecida, com a inicial.

*Outras tantas vezes, temos verificado, a petição inicial do mandado de segurança apresenta um pedido que se mostra abstrato, sem nenhuma especificação, genérico, quando, em verdade, ele deve ser certo ou determinado.*

Todo cuidado é pouco na elaboração de mandado de segurança, ou melhor, na elaboração da petição inicial do mandado de segurança, cujo rito sumário especial não comporta concessão de prazos para que o impetrante a emende ou complete, como aquele previsto no artigo 284 do Código de Processo Civil, embora a petição inicial, por força do artigo 6.º da Lei do Mandado de Segurança, deva preencher os requisitos dos artigos 282 e 283 do vigente Código de Processo Civil.

Todo o cuidado é pouco quando se tratar de mandado de segurança contra ato judicial, no qual impetrado é o juiz, o Tribunal, o seu Presidente, as suas Câmaras, Turmas ou Seções.

Em outras palavras o órgão impetrado, seja monocrático ou colegiado, nas suas informações, ao certo, levantará todas as preliminares cabíveis

---

(17) Apelação Cível nº 120.232-1, de São José do Rio Preto, Relator Desembargador Alvaro Lazzarini, 1ª Câmara Cível do TJESP.

contra a segurança e, no mérito, considerando que as informações representam uma verdadeira *contestação* à ação de segurança, tomará o cuidado de, clara e concisamente, relatar os fatos, evidentemente na versão que interessa à defesa do ato judicial, demonstrando, imediatamente, as incoerências eventualmente existentes na impetração, mais a obediência do órgão judicante impetrado ao princípio da legalidade e moralidade na prática do ato impugnado. E notem que o impetrante não terá vista dos autos para réplica. Com as informações os autos irão ao Ministério Público.

Enfim, tanto na defesa da matéria preliminar, como na do mérito, o órgão judicante impetrado deverá ter o cuidado de expor sua interpretação do direito em discussão, fundamentando, se for o caso, na doutrina e na jurisprudência, concluindo sempre pela perfeita adequação do comportamento da autoridade às normas legais vigentes e, em consequência, pela improcedência do pedido que, neste caso, costuma chamar-se “denegação da segurança”, tudo conforme salientamos, longamente, em trabalho sobre a elaboração das informações da autoridade coatora em mandado de segurança <sup>(18)</sup>.

Com todos esses cuidados, quer por parte do impetrado, quer por parte do órgão judicante impetrado, o Tribunal a que competir processar e julgar o mandado de segurança melhor estará habilitado a fazer a justiça prevalecer.

## 6. Conclusões

1. O juiz é agente político do Estado e, assim, uma de suas autoridades supremas.

2. Bem por isso não pode furtar-se de ver seus atos — sejam tipicamente judiciais ou, então, administrativos — sujeitos a mandado de segurança. Seus atos são “atos de autoridade”.

3. Os atos administrativos do juiz sujeitam-se ao mandado de segurança como qualquer outro ato administrativo.

4. Os atos judiciais sujeitam-se ao mandado de segurança independentemente de recurso ou correição, quando inexistente efeito suspensivo e do ato puder ocorrer lesão a direito subjetivo, de natureza líquida e certa.

5. Mandado de segurança pode ser oposto à decisão judicial com trânsito em julgado, pois, “não sujeita a recurso ordinário ou extraordinário” (artigo 467 do Código de Processo Civil), ela sujeita-se, no entanto, ao mandado de segurança. Esta possibilidade decorre da compatibilização dos itens LXIX e XXXVI do artigo 5.º da Constituição Federal de 1988, combinados com o artigo 467 do Código de Processo Civil e com o artigo 6.º, § 3.º, da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro.

---

(18) LAZZARINI, Alvaro e Netto de Araújo, Edmir. “Mandado de Segurança — A elaboração das Informações da Autoridade Coatora”, *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*, Lex Ed., S. Paulo, v. 114, pp. 19 a 22.