

TESES, ESTUDOS E
PARECERES DE PROCESSO CIVIL
de
JOSÉ IGNACIO BOTELHO DE MESQUITA

Volume 1

Direito de ação
Partes e terceiros
Processo e política

Volume 2

Jurisdição e competência
Sentença e coisa julgada
Recursos e processos de competência
originária dos Tribunais

Volume 3

Jurisdição constitucional das liberdades e
garantias constitucionais do processo
Execução de decisões do CADE
Processo cautelar
Outros estudos

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Mesquita, José Ignacio Botelho de
Teses, estudos e pareceres de processo civil, volume 3 : jurisdição
constitucional das liberdades e garantias constitucionais do processo,
execução de decisões do CADE, processo cautelar, outros estudos / José
Ignacio Botelho de Mesquita ; apresentação José Rogério Cruz e Tucci,
Walter Piva Rodrigues, Paulo Henrique dos Santos Lucon. - São Paulo:
Editora Revista dos Tribunais, 2007. - (Coleção teses, estudos e pareceres
de processo civil ; 3)

Bibliografia.
ISBN 978-85-203-3091-3

I. Processo civil. 2. Processo civil - Brasil. I. Tucci, José Rogério
Cruz e. II. Rodrigues, Walter Piva. III. Lucon, Paulo Henrique dos
Santos. IV. Título. V. Série.

07-4537

CDU-347.9

Índices para catálogo sistemático: 1. Processo civil : Direito civil 347.9

JOSÉ IGNACIO BOTELHO DE MESQUITA

TESES, ESTUDOS E
PARECERES DE PROCESSO CIVIL

Volume 3

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL DAS LIBERDADES E
GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO

EXECUÇÃO DE DECISÕES DO CADE

PROCESSO CAUTELAR

OUTROS ESTUDOS

Apresentação

JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI
WALTER PIVA RODRIGUES
PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON

BIBLIOTECA
LILLA. HUCK, OTRANTO, CAMARGO
E MESSIMA ADVOGADOS

EDITORA 
REVISTA DOS TRIBUNAIS

como se sabe, há inúmeros casos em que aos Tribunais compete conhecer originariamente dos mandados de segurança. Essa norma, portanto, assim como faz exceção ao efeito suspensivo da apelação, faz também exceção aos efeitos suspensivos dos embargos infringentes opostos contra acórdão que, por maioria, concedeu a segurança. Seria, com efeito, um contra-senso admitir que essa norma gerasse exceção aos efeitos suspensivos da apelação e não a gerasse em relação a outros recursos cujo efeito suspensivo, tal como ocorre na apelação, implicasse proibição ao juiz de, tanto que julgado procedente o pedido, transmitir à autoridade coatora o inteiro teor do julgamento. Entendo, portanto, que, concedida a ordem, não importa qual o recurso cabível, o ofício deverá ser imediatamente expedido e a ordem deverá ser imediatamente cumprida pela autoridade coatora. Assim, ao contrário do que dispõe a Súmula, entendo cabíveis os embargos infringentes em mandado de segurança.^{NA12}

Contra essa orientação salientaria a opinião de Gildo dos Santos, manifestada em artigo bem fundamentado, publicado no jornal *O Estado de São Paulo*, que entende admissíveis os embargos em mandado de segurança, exceto na última hipótese.

Eram essas as considerações que gostaria de expor a propósito dos temas que foram objeto da presente aula. Muito obrigado pela atenção de todos.

^{NA12} Há que lembrar ainda do teor do art. 539 do CPC, que prevê o cabimento de Recurso Ordinário Constitucional para os mandados de segurança, nos seguintes termos: "Art. 539. Serão julgados em recurso ordinário: I – pelo Supremo Tribunal Federal, os mandados de segurança, os *habeas data* e os mandados de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, quando denegatória a decisão; II – pelo Superior Tribunal de Justiça: a) os mandados de segurança decididos em única instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados e do Distrito Federal e Territórios, quando denegatória a decisão; (...). Em caso de decisão monocrática exarada pelo relator no sentido de indeferir *in limine* petição de impetração de mandado de segurança, o impetrante deverá, antes de interpor Recurso Ordinário Constitucional, utilizar-se de agravo regimental a fim de forçar tomada de decisão por parte do órgão colegiado, sob pena de, não o fazendo previamente, não ser seu Recurso Ordinário conhecido. Nesse sentido: "Agravo regimental. Mandado de segurança contra ato judicial. Indeferimento liminar da petição inicial. – Da decisão monocrática do Relator, que indefere *in limine* a inicial de mandado de segurança, o recurso cabível é o agravo regimental e não o recurso ordinário, que pressupõe decisão denegatória do Tribunal (art. 105, II, b, da CF). (...) Agravo regimental improvido" (STF, 4.ª T., AgRg no RMS 17.438/ES, rel. Min. Barros Monteiro, DJ01.07.2004, p. 195).

3

DO MANDADO DE SEGURANÇA¹

SUMARIO: 1. Introdução – 2. Liberdade e processo – 3. O mandado de segurança como instrumento de defesa da liberdade – 4. Da natureza do mandado de segurança – 5. Estrutura processual – 6. Aplicações.

O mandado de segurança visa, antes que a realização do direito, a garantia da liberdade. Daí se explica o fato da inserção do mandado de segurança na Constituição como garantia individual.

1. Introdução

1. O tratamento do mandado de segurança comporta diversas abordagens. E é totalmente impossível numa única conferência expor toda a matéria que possa interessar ao advogado. Em virtude disso, tive que escolher uma das questões que o mandado de segurança suscita e, nessa escolha, deliberei usar desta oportunidade para, pela primeira vez, condensar o resultado da evolução de meu pensamento a respeito da natureza jurídica do mandado de segurança.

Como se coloca o problema da natureza jurídica de um instituto? E, mais de perto, qual o interesse em conhecer a natureza jurídica dos institutos?

A princípio pode parecer que esta é uma questão teórica demais, de pouca importância prática. Mas não é bem assim. Determinar a natureza jurídica de um instituto, ou seja, inserir o instituto no lugar próprio

¹ Conferência pronunciada em 10 de novembro de 1981, no Curso de Processo Civil – "Procedimentos Especiais" da AASP, e revista pelo autor. Publicada na Revista do Advogado, AASP, ano II, n. 07, p. 81.

no sistema do Direito, é algo mais ou menos como o que o médico faz quando diagnostica a moléstia de um cliente. Se o diagnóstico é correto, o tratamento dará certo. Se o diagnóstico é errado, vamos ter que mudar constantemente o medicamento para chegar a algum bom resultado. Vamos ter que considerar que é exceção aquilo que talvez seja regra e teremos grandes dificuldades para lidar com a doença ou, no caso do nosso estudo, com o instituto jurídico de que se trata.

Veja-se o que acontece com o mandado de segurança.

Um dos problemas que já abordei em conferências anteriores é o relativo ao prazo para a impetração do mandado de segurança.

2. Os autores são unânimes em afirmar que o prazo para impetrar o mandado de segurança – de 120 dias – é um prazo de decadência. Muito bem. Mas, o Código de Processo Civil, no art. 269, afirma: “Extingue-se o processo, com julgamento de mérito: (...) IV – quando o juiz pronunciar a decadência ou a prescrição; (...)”^{NA1}

Se o julgamento de decadência implica julgamento de mérito, não pode jamais a parte retornar a juízo com a mesma pretensão, porquanto o mérito está julgado e a decisão coberta pela coisa julgada.

Mas, pergunto: há alguém que negue ao impetrante do mandado de segurança, que o impetrou depois de passado o prazo de 120 dias, o direito de, por via de ação ordinária, demandar o reconhecimento do mesmo direito que ele estava postulando no mandado de segurança?

De modo algum.

Todos unanimemente reconhecem que está aberta a via ordinária.

E como explicar isto? Tratar-se-ia de uma exceção específica em matéria de mandado de segurança ou aquilo que sofreria caducidade seria apenas o direito a mandado de segurança enquanto rito?

Se entendermos que é o direito ao mandado de segurança enquanto rito, temos que começar a compreendê-lo como segue: o direito ao mandado de segurança não seria o direito à proteção do direito líquido

^{NA1} O caput do artigo teve sua redação modificada pela Lei 11.232/2005: “Haverá resolução do mérito: (...)”.

e certo, mas o direito a uma ordem judicial específica, o que já se afasta da proteção do direito líquido e certo, da realização do direito líquido e certo que é próprio da atividade jurisdicional.

3. Mas não é só isto. Vejamos o que acontece em matéria de coisa julgada em relação ao mandado de segurança. O art. 15 da Lei do Mandado de Segurança (Lei 1.533/1951) diz: “A decisão do mandado de segurança não impedirá que o requerente, por ação própria, pleiteie os seus direitos e os respectivos efeitos patrimoniais”^{NA2}

A norma é simples. Não coloca como condição que a sentença tenha decidido se há ou não direito líquido e certo. Independentemente do conteúdo da decisão, o impetrante, que teve rejeitada sua pretensão, pode pleitear, por ação própria, os seus direitos e respectivos efeitos patrimoniais.

No entanto o Código de Processo Civil, no seu art. 467, que trata da coisa julgada, dispõe: “Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”.

Decadência e coisa julgada não são, assim, coisas acessórias no mundo do processo, são temas absolutamente fundamentais.

4. Outro tema fundamental que também não se explica satisfatoriamente quando consideramos o mandado de segurança como se fosse uma ação qualquer, é o que concerne à definição das partes no processo de mandado de segurança.

O processo de mandado de segurança é um processo que não tem réu. É um processo em que nos dirigimos ao juiz e o juiz simplesmente notifica a autoridade coatora para que preste informações. A autoridade coatora, por sua vez, não é parte na relação jurídica de Direito material. Não é parte naquela relação jurídica que é alegada pelo impetrante e afirmada como sendo a base do seu direito líquido e certo.

Temos, então, um processo sem réu.

Como a doutrina procura resolver isso?

^{NA2} Nesse sentido, ver Súmulas 269 e 271, do STF.

Enquanto consideramos o mandado de segurança como ação – e eu, durante muitos anos, assim considere – temos que dar uma explicação, normalmente dada, de que há no caso uma substituição processual. A autoridade coatora age em nome próprio, mas na defesa de um direito do Estado, da União, do Município ou da autarquia e assim por diante.

Mas essa explicação não satisfaz.

Veja-se o que dispõe, em seu art. 3.º, a Lei 4.348/1964 que estabelece normas processuais relativas ao mandado de segurança: “As autoridades administrativas, no prazo de quarenta e oito (48) horas da notificação da medida liminar, remeterão ao Ministério ou ao órgão a que se acham subordinadas e ao Procurador-Geral da República ou a quem tiver a representação judicial da União, do Estado, do Município ou entidade apontada como coatora, cópia autenticada do mandado notificatório, assim como indicações e elementos outros necessários às providências a serem tomadas para a eventual suspensão da medida e defesa do ato apontado como ilegal ou abusivo do poder”.^{NA3}

Ora, quando ocorre a substituição processual, não há a menor necessidade de que alguém notifique a verdadeira parte, para que esta, se quiser, venha ao processo. Isto é absolutamente anômalo em matéria de substituição processual. A substituição processual é uma legitimação extraordinária que basta por si só.

5. Outro tema da mais alta importância é o do mandado de segurança contra ato judicial, admitido hoje amplamente. Veja-se que o ato judicial é um ato praticado no processo. Se vou impetrar um mandado de segurança contra o ato judicial e o processo está em curso, das duas, uma: ou já ocorreu a preclusão porque não interpus o recurso que deveria interpor, e aí, então constituiu-se a coisa julgada formal e, em razão disto, não se pode admitir decisão contra a coisa julgada; ou então a matéria

^{NA3} Artigo com redação modificada pela Lei 10.910/2004, nos seguintes termos: “Art. 3.º Os representantes judiciais da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios ou de suas respectivas autarquias e fundações serão intimados pessoalmente pelo juiz, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, das decisões judiciais em que suas autoridades administrativas figurem como coatoras, com a entrega de cópias dos documentos nelas mencionados, para eventual suspensão da decisão e defesa do ato apontado como ilegal ou abusivo de poder”.

ainda está pendente de solução e seria obstado o conhecimento do mandado de segurança por força da simples litispendência.

Ou seja, dentro do sistema processual não há como admitir o mandado de segurança contra ato judicial. No entanto, o mandado de segurança contra ato judicial é normalmente admitido e adquire importância cada vez maior. E, mais do que isto, todos devem ter visto em repertórios de jurisprudência a existência de mandados de segurança concedidos contra sentenças transitadas em julgado, como se fossem ação rescisória.

Ora, se o Código de Processo Civil estabelece normas claras a respeito da ação rescisória e só admite ação rescisória naqueles termos ou casos sobre os quais ele expressamente dispõe, não há como se admitir que por uma outra ação possamos rescindir a sentença fora daqueles casos e sem ser por via de ação rescisória.

Ainda relativa às partes num mandado de segurança contra ato judicial é a questão de que, impetrado o mandado, a parte contrária é normalmente chamada, como litisconsorte, para integrar a lide. Ela aparece como litisconsorte do juiz, quando não há a menor relação entre a parte e o juiz a propósito do ato praticado.

6. Esses problemas todos foram avolumando-se em meu espírito e vi que, na medida em que se continuasse a considerar mandado de segurança como uma ação, não se poderia encontrar solução verdadeiramente processual para tais problemas.

Vale dizer, entendido o mandado de segurança como ação igual a outra qualquer, as estruturas processuais não comportam de modo algum solução satisfatória para os problemas por ele suscitados. A impressão que fica é a de que, tratando do mandado de segurança como se fosse uma ação como outra qualquer, estamos agindo como se fizéssemos um diagnóstico errado para uma doença, em razão do qual os remédios aplicados não funcionam, passando a exigir adaptações à margem da fisiologia do sistema.

Então começamos a criar concepções que não têm pé no sistema processual. São criações cerebrinas, desvinculadas da legislação processual. Por exemplo, a respeito da coisa julgada, há a Súmula 304, do Supremo Tribunal Federal, que diz: “Decisão denegatória de mandado

de segurança, não fazendo coisa julgada contra o impetrante, não impede o uso de ação própria”.

Muito bem. Perfeitamente de acordo com a letra da lei. Theotônio Negrão, em sua [8.ª] edição do *Código de Processo Civil e Legislação em Vigor* [1979], aponta, em relação a essa Súmula: “A jurisprudência do STF, dando entendimento a esta Súmula, vem afirmando que a decisão que denega a segurança, se aprecia o mérito do pedido e entende que o impetrante não tem direito, faz coisa julgada material, impedindo a reapreciação da controvérsia em ação ordinária (...)”.

Se fosse verdadeiro que, julgado o mérito, ficaria obstada a reapreciação da controvérsia em ação ordinária, seria também verdadeiro que o julgamento de decadência impediria, por igual, tal reapreciação. Isto, no entanto, é falso e não há quem ouse afirmar o contrário.

Tudo isso faz com que se tenham que rever as posições. O que passo a expor é um ensaio, uma tentativa de revisão.

2. Liberdade e processo

7. O ponto pelo qual temos que começar é o de separar – o que é muito difícil – a atividade jurisdicional da atividade administrativa, para sabermos se, concedendo o mandado de segurança, o Poder Judiciário estaria exercendo uma atividade tipicamente jurisdicional ou se, ao contrário, estaria exercendo uma atividade de natureza administrativa fora do campo da jurisdição.

A jurisdição, tenho sempre considerado como o fruto da proibição da justiça de mão própria. É aí que está a base, o núcleo central da distinção entre jurisdição e administração. No momento em que o Estado proibiu a defesa privada, no momento em que proibiu as partes de fazer justiça por mão própria, exatamente nesse momento, ele assumiu uma obrigação para com o particular de ele, Estado, realizar a Justiça, ativar o Direito. Nasce daí o dever jurisdicional e o direito de ação.

Esta proibição da defesa privada, contudo, é posta pelo Direito dentro de certos limites. Nem sempre ocorre a proibição da defesa privada. Assim, por exemplo, conhecemos o caso do desforço imediato em proteção da posse, ou os casos de penhor legal, ou o caso de embargo de obra nova, que hoje o Código admite que comece por uma atividade extrajudicial

(o embargante da obra se apresenta ao que a está edificando, com duas testemunhas, e embarga, de viva voz, a construção, voltando neste passo ao antigo sistema do Direito romano) ou então as atitudes necessárias para a remoção de um perigo iminente, que podem ser tomadas sem necessidade de recurso ao Poder Judiciário; o direito de retenção; ou, ainda um instituto que eu acho execrável, mas que aí está, que é a execução extrajudicial no Sistema Financeiro de Habitação.

Finalmente, uma das mais importantes restrições ao princípio da proibição de fazer justiça de mão própria, encontramos na presunção de legalidade dos atos administrativos. A administração, em determinados casos, só pode obter o efeito pretendido indo a juízo, mas em uma larga margem de casos, a administração pode interferir na esfera jurídica do administrado ou do particular independentemente de ter que recorrer à atividade jurisdicional exatamente porque seus atos gozam da presunção da legalidade.

Há casos, pois, em que o Estado pode dar eficácia aos seus atos em hipóteses nas quais se, em lugar do Estado se tratasse do particular, este teria que recorrer ao Poder Judiciário sob pena de estar cometendo um crime – o crime do exercício arbitrário das próprias razões, definido no art. 345 do Código Penal.

8. A inexistência da proibição da defesa privada nesses casos implica uma restrição à liberdade do particular, do mesmo modo que a existência da proibição da defesa privada implica uma defesa desta liberdade.

Vejamos se consigo esclarecer este ponto.

Por que teria o Estado proibido a justiça de mão própria?

Ele o fez para evitar que alguém que acredite ter razão – e pode até mesmo ter razão – cometa uma violência contra a outra parte. E no caso do particular, a violência é presumida até que o Judiciário se manifeste a respeito de quem tem razão. O princípio que leva à criação dos juízes, dos órgãos judiciários, dos tribunais, que é a proibição da defesa privada, constitui uma espécie de trincheira que defende cada cidadão contra a violência de outro.

A defesa da liberdade, no caso, a defesa da liberdade de quem seria réu, começa exatamente no momento em que o Código Penal diz que constitui crime o exercício arbitrário das próprias razões. Podemos até

ir mais adiante: o direito do réu de contestar uma ação é exatamente o direito de levar a defesa da sua liberdade até as últimas consequências.

Muito bem. Onde não impera a proibição da defesa privada existe exatamente a situação oposta. A principal defesa da liberdade daquele que seria réu num processo está completamente neutralizada. Aquele fosso que cercava os castelos antigos e que representava a defesa da liberdade de quem estava dentro do castelo, este fosso é representado hoje pela proibição da defesa privada.

No momento em que este fosso é aterrado, é preenchido pela presunção da legalidade dos atos da administração, ou dos atos do Estado de um modo geral, e se permite ao Estado avançar livremente, neste momento a liberdade individual fica exposta.

9. Surge assim a necessidade de um instrumento que mais do que ensejar a restauração da ordem jurídica, garanta a liberdade do particular considerada em si mesma. Vale dizer, antes que um meio para atuar o Direito – que é o que normalmente se faz mediante o exercício da atividade jurisdicional – surge a necessidade de um instrumento de garantia da própria liberdade do cidadão.

Luís Eulálio de Bueno Vidigal afirmou, já faz tempo, a respeito do mandado de segurança, que o mandado de segurança é o antídoto contra a presunção de legalidade dos atos administrativos.

Esta relação acabou se tornando para mim absolutamente evidente, ou seja, a ligação entre a permissão que o Estado tem para invadir a esfera jurídica do particular e, do outro lado, a necessidade de atribuir-se ao particular um contra-poder para enfrentar este poder estatal. Poder esse do qual podemos todos bem imaginar a importância suprema que tem, dado o fato da inegável e às vezes intolerável expansão da atividade estatal sobre todos os aspectos da vida dos particulares.

3. O mandado de segurança como instrumento de defesa da liberdade

10. Analisando o mandado de segurança a partir desta perspectiva, podemos notar uma extraordinária semelhança entre ele e o *habeas corpus*. Este, como medida de defesa da liberdade de ir e vir, da liberdade de locomoção; e aquele, como medida para a defesa de uma outra liberda-

de mais ampla, mais geral, que é a liberdade de agir em conformidade com a lei sem sofrer restrições ditadas pela presunção de legalidade dos atos do Estado. Nota-se também uma grande semelhança com as ações possessórias e com as medidas cautelares.

Na ação possessória, defende-se a posse em si mesma, independentemente do direito. É um estado de fato defendido contra a pretensão daquele que tem direito. Na medida cautelar, o que é que se busca? Procura-se uma segurança também. Uma segurança contra o que pode acontecer durante o curso do processo, tenha-se direito ou não.

Constituem ações que não se destinam à atuação do Direito subjetivo, mas de outros bens juridicamente tutelados.

Esta semelhança sempre foi percebida pelos estudiosos nas origens do mandado de segurança. Formaram-se até duas orientações: uma querendo equiparar o mandado de segurança ao *habeas corpus*, outra querendo equipará-lo às ações possessórias.

Lembro isto apenas para mostrar que, sem constituir anomalia extravagante, o mandado de segurança visa, antes que a realização do direito, à garantia da liberdade. Daí se explica um fato que, normalmente, não se explica de outro modo, que é a inserção do mandado de segurança como garantia individual na Constituição.

11. Sob esta perspectiva, o mandato de segurança não se apresenta como uma ação para fazer valer o direito da parte violado ou ameaçado de violação por ato de autoridade. É outra coisa. O mandado de segurança é um meio de defesa da liberdade individual, contra o poder atribuído ao Estado de dar eficácia aos seus atos. Exatamente por isso, a disposição a seu respeito encontra sua sede na Constituição Federal e na parte relativa aos direitos e garantias individuais.

Pensando sob este prisma, dois dos problemas que mencionei anteriormente se resolvem com grande facilidade: o que se refere à decadência e o que se refere à coisa julgada.

Se a Constituição confere um remédio para garantia da minha liberdade e não uso este remédio no prazo de 120 dias, posso depois ir para a via jurisdicional normal. Posso porque o direito que eu estava defendendo é o direito à liberdade. E, pela via jurisdicional, o que eu vou fazer? Vou fazer valer aquele direito material que foi violado por ato da

administração. Vou pretender a tutela do direito de não pagar o tributo, vou pretender a tutela do direito de pagá-lo numa alíquota diferente e assim por diante.

Colocado o mandado de segurança como um remédio específico para a defesa da liberdade, a norma do art. 18 da Lei 1.533, que trata do prazo para impetrar o mandado de segurança, e as conseqüências que daí decorrem tornam-se perfeitamente inteligíveis; deixa de haver problema maior. O mesmo ocorre em relação à coisa julgada.

A Constituição atribui uma possibilidade que se acrescenta à possibilidade normal de tutela dos direitos. Quando, por um ato administrativo, é violado o meu direito líquido e certo, há duas coisas que posso fazer: posso usar um instrumento de defesa da minha liberdade, que é o mandado de segurança, e, se for vencido, posso propor a ação que normalmente corresponde ao meu direito. Deixa de haver maior problema a respeito da coisa julgada em matéria de mandado de segurança, posto que a exceção de coisa julgada só opera quando se repete a mesma pretensão.

A finalidade do mandado de segurança, como já disse, é a defesa da liberdade. Não conseguindo êxito nessa via, o particular tem o caminho aberto para defesa do Direito material violado.

Ora, qual é o escopo da jurisdição civil: é a defesa da liberdade em si mesma? De modo algum. A defesa da liberdade, por via jurisdicional, é feita pela jurisdição penal, não pela jurisdição civil. O escopo da jurisdição civil é a realização do Direito material da parte quando pretendido pelo autor e quando os efeitos por ele pretendidos não se possam produzir pela sua própria atividade, tornando necessário o recurso às vias judiciais.

A vinculação entre mandado de segurança e ausência da proibição da defesa privada, decorrente da presunção de legalidade dos atos do Estado, é, a meu ver, inafastável, dando relevo à finalidade tutelar da liberdade a que o mandado de segurança está votado.

Por que o mandado de segurança só pode ser impetrado contra ato de autoridade? Porque só a autoridade, representando o Estado, tem a possibilidade de invadir, sem ir ao Judiciário, a esfera jurídica do particular. Um outro particular não pode fazer isso jamais. Se não fosse isso, poderíamos usar o mandado de segurança para tudo. Por que o mandado de segurança é limitado a esse caso específico, de ter sido praticado por

autoridade o ato ilegal ou viciado por abuso de poder? É evidentíssima, a meu ver, a relação entre uma e outra coisa. Mas concordo em que isto só não é suficiente para descaracterizar a índole jurisdicional do mandado de segurança. Temos de ir um pouco mais a fundo.

4. Da natureza do mandado de segurança

12. Voltemos, portanto, a examinar a função jurisdicional, limitando-nos ao caso, que interessa, da jurisdição contenciosa.

Todos devem estar lembrados de uma frase antiqüíssima que vem do Direito romano: *judicium est actus trium personarum*. Isto é característica da função jurisdicional. Tal figura, porém, manifestamente não se apresenta no mandado de segurança. A relação processual no mandado de segurança se estabelece entre o impetrante e o Estado. O Estado, no caso, é o órgão do Poder Judiciário, juiz ou Tribunal. A autoridade coatora, já afirmei anteriormente, não é parte no mandado de segurança. E não é parte, menos ainda, na relação jurídica de Direito material, porque essa se estabelece com a entidade jurídica de Direito público interessada.

A pessoa jurídica de Direito público, esta não é citada para o processo, não é convidada a vir para o processo. A autoridade coatora, por sua vez, não é chamada a vir contestar, a defender a sua liberdade como ocorre, quanto ao réu, em qualquer outra ação. No mandado de segurança nada disso existe. A autoridade coatora é convidada a prestar informações, somente. Ela não figura de modo algum como parte no processo, nem como legitimada extraordinariamente. Mais do que isto, a pessoa jurídica de Direito Público interessada não toma conhecimento do processo mediante ato judicial. Não há nenhum ato que o juiz tenha que praticar no processo para lhe dar conhecimento que está em curso um processo de interesse dela.

Pela norma do art. 3.º da Lei 4.348, estabelece-se uma obrigação da autoridade coatora quando for concedida a medida liminar (porque, se não for concedida a medida liminar, nem isto), uma obrigação de caráter puramente administrativo, a cargo da autoridade coatora, de remeter cópia autenticada do mandado notificador à entidade de Direito público interessada.

Nestes casos ou a partir desta perspectiva, não podemos deixar de reconhecer que a atividade que o Poder Judiciário exerce, no mandado de segurança, não entra naquela categoria que já os romanos definiam como *actus trium personarum*. É uma relação exclusivamente entre o impetrante e o órgão do Poder Judiciário. Ora, esta bilateralidade da relação que se estabelece num processo é típica e só existe nos processos de natureza administrativa, ou de jurisdição voluntária, nunca de jurisdição contenciosa.

13. Daí porque tenho amadurecido a idéia de que o mandado de segurança tem uma função nitidamente administrativa. É um instrumento que permite ao Poder Judiciário um ato de intervenção, um ato de intervenção até mesmo no sentido político. É um ato de intervenção de natureza político-administrativa do Poder Judiciário no Poder Executivo. Como pode ser também um ato de intervenção do Poder Judiciário no Poder Legislativo na medida em que no Legislativo se pratiquem atos administrativos. E pode ser uma intervenção do Poder Judiciário no próprio Poder Judiciário, que se apresenta então menos como intervenção de um Poder sobre outro, que de uma função estatal sobre outra.

O que se reclama em defesa da liberdade é uma intervenção, intervenção esta que se processa considerado aí o Poder Judiciário como *superior hierárquico máximo de toda a estrutura estatal*. Vale dizer, quando concede o mandado de segurança, o Poder Judiciário se coloca na posição de superior hierárquico da autoridade coatora e dita a ela o que deve fazer naquele caso. É apenas isto.

E isto está absolutamente fora do campo das ações. Diria que, dentro desta perspectiva do mandado de segurança como ato de intervenção do Judiciário, podemos compreender também a chamada ação direta de declaração de inconstitucionalidade, que é privativa do Procurador-Geral da República.^{NA4} Por meio dela se obtém um ato de intervenção do Poder

^{NA4} Atualmente, nas ações diretas de inconstitucionalidade e declaratórias de constitucionalidade, a legitimação não é mais privativa. O art. 103 da CF tem a seguinte redação: "Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I – o Presidente da República; II – a Mesa do Senado Federal; III – a Mesa da Câmara dos Deputados; IV – a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V – o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI – o Procurador-Geral da República; VII – o Conselho Federal da Ordem

Judiciário na função legislativa. Note-se que na ação direta de declaração de inconstitucionalidade, não está em causa nenhum caso concreto. Simplesmente se provoca a intervenção do Judiciário para desfazer um ato legislativo típico, por inconstitucionalidade da lei.

14. Ainda dentro desta perspectiva, podemos divisar um outro ângulo da questão. O mandado de segurança, segundo estou afirmando, tem uma função de natureza político-administrativa de defesa da liberdade. Mas ele obedece, ou é posto dentro de uma estrutura processual. Por quê? O mandado de segurança é outorgado – ou concedido ou negado – pelo Poder Judiciário, mas poder-se-ia perfeitamente imaginar, num outro sistema, que fosse uma espécie de ato de graça do Poder Executivo ou do chefe do Poder Executivo ou do Rei, como era o caso de instituição análoga do velho Direito português.

5. Estrutura processual

15. Por que é que se atribui esta função ao Poder Judiciário e se dá a esta função, para ampará-la, uma estrutura processual? Porque sabidamente a estrutura do processo é a mais adequada à garantia da realização dos direitos e da defesa da liberdade. E inclusive porque se presume, dadas as garantias de que goza o Poder Judiciário, que é ele quem está em melhores condições de defender as liberdades individuais feridas por um ato de autoridade.

dos Advogados do Brasil; VIII – partido político com representação no Congresso Nacional; IX – confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. § 1.º O Procurador-Geral da República deverá ser previamente ouvido nas ações de inconstitucionalidade e em todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal. § 2.º Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias. § 3.º Quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o Advogado-Geral da União, que defenderá o ato ou texto impugnado". Do antigo sistema constitucional de legitimação para essas ações restou, apenas e indiretamente, a necessária ouvida do Procurador-Geral da República, além de sua legitimação agora concorrente, independentemente de quem for o autor da ação, em todos os processos, nos termos do § 2.º.

Ora, no momento em que se dá a estrutura processual para o exercício de uma função que não é processual, que é uma função de natureza administrativa, o que se procura é dar uma garantia a mais ao desempenho desta função. E neste caso ficaria afastada uma grande dificuldade, a de saber se deve ou não ser aplicado o Código de Processo Civil para resolver os problemas processuais ligados ao mandado de segurança. Lógico que tem que ser aplicado o Código de Processo Civil. Porque a partir do momento em que se deu a estrutura processual para o exercício desta função, o que se quis foi exatamente ter a garantia que as normas do processo outorgam ao desempenho da função.

6. Aplicações

16. Vejamos como se podem aplicar estas noções.

Observemos o caso do mandado de segurança contra ato jurisdicional.

Como já disse anteriormente, o mandado contra ato jurisdicional, enquanto considerado pura e simplesmente no campo das ações, é um absurdo total, porque esbarra claramente na litispendência ou na coisa julgada.

Considerado o mandado de segurança como meio de defesa da liberdade garantido pela Constituição, se, por acaso, um juiz, no processo em curso ou no processo já extinto com sentença transitada em julgado, pratica um ato de que decorre manifestamente uma violação ao direito da parte, e isto é entendido como um abuso contra a liberdade da parte, por que não conceder o mandado de segurança?

O que está em causa é uma liberdade fundamental garantida pela Constituição e, sob essa perspectiva, eu que sempre encontrei dificuldade para admitir o mandado judicial contra ato jurisdicional, passo a admiti-lo.

17. Neste caminho, outros aspectos importantes também se revelam: consideremos o mandado de segurança como uma ação qualquer e deixemos de considerá-lo como algo especialíssimo, diminuimos a força do mandado de segurança e com isso diminuimos a garantia da liberdade do cidadão, da liberdade do indivíduo, o que é muito bom para os regimes fortes e muito mau para os que vivem sob um regime forte.

18. Outra questão que se resolve é a referente ao erro na indicação da autoridade coatora que é um dos maiores problemas com que os advogados se defrontam. Como é difícil em certos casos conseguirmos identificar a autoridade coatora! E quantas explicações, quantos critérios têm-se formado para determinar quem é aquela pessoa que deve figurar como autoridade coatora! Se considerarmos o mandado de segurança pura e simplesmente no campo das ações e a autoridade coatora como parte passiva da ação e conseqüentemente como o substituto processual da entidade de Direito público interessada, o erro na indicação da autoridade coatora implica propor a ação contra a parte ilegítima, levando ao julgamento de carência da ação e fazendo com que o impetrante perca o prazo de 120 dias. Isto é seriíssimo. Agora, se entendemos o mandado de segurança como estou procurando explicar, o erro na indicação da autoridade não tem a menor importância. A única coisa que se tem que fazer é, ouvida a autoridade apontada como coatora, mandar ouvir o verdadeiro coator.

19. Vejamos ainda a matéria relativa à coisa julgada contra pessoa de Direito público interessada. Se o mandado de segurança não é concedido, diz a lei, nada impede que o requerente, por ação própria, pleiteie os seus direitos e respectivos efeitos patrimoniais. Tudo bem: vamos para as vias ordinárias.

Mas, e quando é ao contrário?

Quando o mandado de segurança é concedido, poderia a administração, o Poder Público, usar a norma do art. 15 da Lei 1.533? Não pela letra da lei. Em primeiro lugar, porque a lei se refere apenas ao requerente. Mas, dir-se-á então, o mandado de segurança faz coisa julgada de acordo com o resultado, incidindo no defeito que os processualistas sempre apontam que é o de tratar a coisa julgada segundo um resultado do processo *secundum eventum litis*?

Ora, se entendermos que a decisão concessiva do mandado de segurança faz com que o juiz se coloque na posição de autoridade hierarquicamente superior à autoridade coatora – que pode ser até o Presidente da República – se o mandado de segurança é entendido desta forma e dentro do campo administrativo, o que existe é o seguinte: o ato de autoridade coatora foi substituído por outro, de autoridade hierarquicamente superior; assim, qualquer nova ação só poderia ter por objeto

a pretensão à desconstituição do segundo ato e não mais a pretensão ao preavencimento dos efeitos do ato anterior, já desconstituído. Daí descaber, nesta hipótese, o recurso às vias judiciais ordinárias.

O problema da coisa julgada *secundum eventum litis* aparece apenas quando se considera o mandado de segurança como uma ação. Aí, realmente, não faria coisa julgada para nenhuma das partes ou faria coisa julgada para as duas; jamais se admitiria uma solução intermediária que faria a coisa julgada às vezes e não faria outras vezes.

Sobre o tema, no momento, é o que eu teria a dizer.

4

O MANDADO DE SEGURANÇA.¹ CONTRIBUIÇÃO PARA O SEU ESTUDO

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Das partes do mandado de segurança: 2.1 As questões; 2.2 A história do problema; 2.3 Da natureza do mandado de segurança; 2.4 As respostas; 2.5 Observações finais – 3. Mandado de segurança contra ato judicial: 3.1 A questão; 3.2 O problema; 3.3 A resposta – 4. Da medida liminar: 4.1 As questões; 4.2 O problema; 4.3 As respostas – 5. Da execução: 5.1 As questões; 5.2 As respostas – 6. Da verba honorária: 6.1 A questão; 6.2 A resposta.

1. Introdução

O mandado de segurança sempre suscitou muitas dúvidas e, naturalmente, dentro dos limites de uma simples conferência só caberia tratar de algumas delas. Pensando nisto, solicitei que fosse feita uma seleção de questões consideradas mais interessantes pelos participantes deste ciclo de estudos, de modo que o nosso encontro pudesse melhor servir ao seu escopo, sem o risco de deixar de lado questões de maior interesse ou de perder tempo com problemas de menor alcance prático.

Em resposta, recebi uma lista de 14 questões, das quais 5 se referem às partes no mandado de segurança; 1 diz respeito ao mandado de segurança contra ato judicial; 5 têm por objeto a medida liminar; 2 concernem à execução do mandado; e, finalmente, 1 relativa à verba honorária pela sucumbência.

É dessas cinco questões que vou tratar.

¹ Publicado em Estudos de Direito Público ano IV/V, n. 8, p. 45, também em Revista de Processo n. 66, p. 122.