

ADA PELLEGRINI GRINOVER
ANTONIO MAGALHAES GOMES FILHO
ANTONIO SCARANCE FERNANDES



RECURSOS NO PROCESSO PENAL

- Teoria geral dos recursos
- Recursos em espécie
- Ações de impugnação
 - Revisão criminal
 - Habeas corpus
 - Mandado de segurança contra ato jurisdicional penal
- Reclamação aos tribunais

6.^a edição
revista, atualizada e ampliada

Índice Interamericano de Catalogação na Publicação: CIP

Câmara Brasileira do Livro 52 Brasil

Grinover Ada Pellegrini

Recursos no processo penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação, reclamação aos tribunais, ações de impugnação: Revisão Criminal, Habeas Corpus, Evidência Penal e Recursos Penais. Antonio Scaranze Fernandes. - 4. ed. rev. atual. e ampli. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

ISBN 978-85-09-24252-7

– Processo penal. I. Recursos. II. Grinover, Ada Pellegrini. III. Magalhães Gomes Filho, Antonio Scaranze Fernandes. IV. Título.

1704

CDD: 347.995.343.1(81)

Índice para catálogo sistemático: I. Brasil. Recursos. Evidência penal. 347.995.343.1(81)

EDITORA  REVISTA DOS TRIBUNAIS

Finalmente, cumpre ressaltar também que a decisão denegatória de *habeas corpus* não impede que os mesmos temas venham a ser reapreciados em sede recursal ou mediante revisão criminal. É que, tratando-se de remédio excepcional, cujo objeto é a liberdade, a preclusão da matéria nessa via não exclui o seu exame em outras vias, especialmente tendo em conta a plenitude do direito de defesa, que igualmente vem consagrado em nível constitucional.

Nesse sentido, TJSP, RJT/SP 35/285. É que, no *habeas corpus*, o motivo da denegação (por exemplo, a nulidade de um ato processual) constitui questão prejudicial, que não tem aptidão para fazer coisa julgada (art. 469, III, CPC).

Bibliografia

- BUSANA. "Habeas corpus".
- COSTA MANSO. *O processo em segunda instância*, p. 386-456.
- FREDERICO MARQUES. *Elementos*, v. 4, § 179.
- GRINOVER. "A tutela preventiva das liberdades".
- GRINOVER, MAGALHÃES, SCARANCA E GOMES. *Juízados Especiais Criminais*.
- DAMÁSIO DE JESUS. *Código de Processo Penal anotado*.
- SAGÜES. *Habeas corpus*.
- SHARPE. *The law of habeas corpus*.
- SILVA FRANCO. "Habeas corpus Jurisprudência organizada".
- SILVA FRANCO E BETANHO. "Habeas corpus. Jurisprudência organizada. Atualização".
- TOURINHO FILHO. *Processo penal*, v. 4, Cap. 70.
- WATANABE. *Da cognição no processo civil*, n. 19-21.

TÍTULO XIV MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO JURISDICCIONAL PENAL

CAPÍTULO I

Noções gerais sobre o mandado de segurança

SUMÁRIO: 257. Origem histórica do instituto – 258. O mandado de segurança no direito vigente.

257. Origem histórica do instituto

A origem histórica do mandado de segurança é a mesma do *habeas corpus*, sendo sua fonte imediata a doutrina brasileira construída em torno do referido *writ*, pois desta se originou o instituto.

Ver, *supra*, n. 226-229.

Quando a reforma constitucional de 1926 reconduziu o *habeas corpus* a seu leito clássico, começaram a surgir projetos legislativos visando cobrir a área remanescente. Mas esses esforços vieram a sucumbir com o regime instituído pelo movimento armado de 1930 e só seriam retomados com a elaboração do projeto a ser apresentado à Assembleia Constituinte.

Coube a João Mangabeira propor o nome "mandado de segurança", adotado pelo art. 10, § 21, do Anteprojecto da Constituição.

A Constituição de 1934 introduziu o instituto, no art. 113, n. 33, prevendo o *habeas corpus* no n. 23 do mesmo artigo. O texto constitucional, que deturminava o rito do novo remédio constitucional, era auto-executável, tendo sido imediatamente aplicado pelos tribunais.

A primeira disciplina legislativa do mandado de segurança veio com a Lei 191, de 16.01.1936.

Posteriormente, o mandado de segurança só foi ignorado, em nível constitucional, pela Carta de 1937, mas, mesmo sob o Estado Novo, o *writ* continuou tendo aplicação por intermédio do Decreto-lei 6, de 06.11.1937, que estabelecia

sua vigoração, nos termos da Lei 191/36, exceto quanto aos atos do Presidente, ministros, governadores e interventores.

Com essa restrição, a Lei 191 teve aplicação até sua revogação pelo Código de Processo Civil de 1939, que disciplinou o mandado de segurança nos arts. 319 *in fine* e 331. E a imunidade supra-referida, mantida pelo CPC, só viria a cair pela Lei 1.533, de 31.12.1951, ainda vigente, com as modificações posteriores.

Já à época do Estado Novo, contudo, a restrição era contida pela jurisprudência, pois se consideravam imunes ao controle aquelas autoridades, mas não o executante do ato.

258. O mandado de segurança no direito vigente

Elevado novamente ao plano constitucional em 1946 e nele mantido pela Constituição de 1967 e Emenda de 1969, o mandado de segurança vem hoje contemplado, pelo art. 5.º, LXIX, CF, "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".

O inc. LXX do art. 5.º CF introduziu no sistema constitucional vigente o mandado de segurança coletivo.

A disciplina legislativa do mandado de segurança ainda é determinada pela Lei 1.533/51, com as modificações posteriores.

Retiram-se da Constituição e das leis notas características do *writ*: seu campo de abrangência é determinado por exclusão. Sua natureza jurídica, como ocorre com o *habeas corpus*, é de ação, reforçada pela Constituição. Só cabe contra ato de autoridade, diversamente do que se dá com o *habeas corpus*. A expressão "direito líquido e certo" é entendida em sentido processual, como direito comprovável documental e, sem necessidade de instrução dilatória, o que lhe confere as características do rito sumário. É aplicável na dimensão preventiva, contra ameaça ou perigo de lesão. Admite a suspensão liminar do ato impugnado. Seu efeito ativo é a pessoa, física ou jurídica, que sofre a ilegalidade ou abuso de poder (entendidas como expressões equivalentes); sujeito passivo, segundo a doutrina moderna, é o Estado, citado na pessoa do coator, que o representa em juízo.

Ver, a respeito da legitimação passiva, diversa no *habeas corpus*, n. 236, *retro*.

O fato de o mandado de segurança cobrir a área residual, não compreendida na proteção do *habeas corpus*, demanda uma reflexão sobre o cabimento de um ou outro remédio constitucional no campo do processo penal.

Muitas vezes, quando impetrado pela defesa, o *writ* adequado será o *habeas corpus*, porque frequentemente o caso será de prisão consumada ou ameaçada, levando o remédio à prevenção ou à restituição da liberdade da pessoa. Mas se a ameaça de prisão não se caracterizar, nem mesmo indiretamente, cabível será a segurança, mesmo em matéria penal. A impetração poderá ser dirigida tanto contra ato do juiz como de autoridade policial, na fase de investigação, mas, neste último caso, não terá função recursal.

Ver, adiante, n. 264, sobre o interesse-adequação para o mandado de segurança contra ato jurisdicional penal.

CAPÍTULO II

Mandado de segurança contra ato jurisdicional

SUMÁRIO: 259. Antecedentes – 260. A situação atual – 261. Natureza jurídica do mandado de segurança contra ato jurisdicional.

259. Antecedentes

Em sua origem histórica, o mandado de segurança não se destinava à proteção contra atos do Poder Judiciário, até porque os reclamados gerais eram, então, contra o Executivo, motivo pelo qual os projetos inicialmente formulados se referiam, em geral, a atos deste Poder.

Mas a Constituição de 1934, ao criar o instituto, mencionou atos “de qualquer autoridade”, ensejando as primeiras tentativas de impetração contra atos judiciais.

Por ocasião dos trabalhos legislativos que culminaram na promulgação da Lei 191/36, o Projeto Augusto Meira foi o precursor da extensão do *writ* àqueles atos.

A Lei 191/36 favorecia a argumentação do cabimento do mandado de segurança contra ato jurisdicional, mas os tribunais resistiram, sustentando sua inadmissibilidade. No entanto, em casos extremos (como o da penhora de rendas do Estado de Minas Gerais, determinada por juiz federal) o Supremo Tribunal Federal o concedeu.

A partir dessa decisão, dividiram-se as opiniões dos tribunais sobre o cabimento do mandado de segurança contra ato jurisdicional, continuando a divergência sob a égide da Constituição de 1946, que não resolveu explicitamente a questão. E o mesmo dissenso refletiu-se na doutrina.

A Lei 1.533/51, no art. 5.º, II, dispôs que não cabe mandado de segurança contra “despacho ou decisão judicial, quando haja recurso previsto nas leis processuais ou possa ser modificado por via de correição”.

Alguns autores (Castro Nunes, Arnoldo Wald) interpretaram extensivamente o dispositivo, sustentando que, do ponto de vista prático, tanto faz inexistir recurso como existir mas sem efeito suspensivo. Daí a conclusão de a decisão judicial poder ser atacada quando o recurso não tivesse efeito suspensivo. Outros, porém, negavam à norma interpretação extensiva (Seabra Fagundes, Pontes de Miranda).

No ano de 1962, Calmon de Passos apresentou comunicação ao Congresso Internacional de Direito Processual Civil, realizado em São Paulo, sustentando o cabimento do mandado mesmo quando previsto, da decisão, recurso com efeito suspensivo. Em posição diametralmente oposta colocaram-se Luis Filadéu de Bueno Vidigal e Guilherme Estelita, defendendo a posição restritiva do cabimento do *writ* somente quando o ato judicial tivesse natureza administrativa. O Supremo Tribunal Federal chegou mesmo a formular a Súmula 267, com a seguinte redação: “Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição”.

260. A situação atual

Mas a tentativa de cristalização da jurisprudência da Suprema Corte não prevaleceu, apesar de a súmula jamais ter sido revogada. A verdade é que, no curso da demanda, surgem com bastante frequência atos jurisdicionais ilegais, cuja execução é apta a provocar dano irreparável a uma das partes. E a existência de recurso contra esse ato pode não ser suficiente para evitar o dano, quando a impugnação não tiver efeito suspensivo.

Nesses casos, o único meio capaz de evitar o dano é o mandado de segurança, notadamente pela suspensão liminar do ato impugnado. Pode-se afirmar, portanto, que, se o *writ* não pretendia, inicialmente, ser instrumento de controle de atos jurisdicionais, as necessidades da vida judiciária acabaram levando-o a preencher essa finalidade.

Em matéria civil, a nova disciplina do agravo alterou essa situação, ao prever a possibilidade de atribuição, pelo relator, de efeito suspensivo ao recurso ou deferimento da pretensão recursal, em antecipação de tutela (art. 527, III, CPC, na redação da Lei 10.352/2001). Mas, em matéria criminal, as observações acima permanecem inteiramente válidas.

261. Natureza jurídica do mandado de segurança contra ato jurisdicional

Assim como o mandado de segurança em geral, também quando impetrado contra ato jurisdicional o instituto guarda natureza jurídica de ação potencializada pela Constituição.

É certo que a impetração contra ato jurisdicional dá à sua utilização os contornos de uma via de impugnação com função recursal, mas se trata-se sempre de uma ação autônoma de impugnação, distinguindo-se nitidamente, por suas características, dos recursos.

Sobre a distinção entre recursos e ações autônomas de impugnação, v. *relto*, p. 7.

A ação de segurança contra ato jurisdicional poderá objetivar um provimento meramente declaratório ou ato constitutivo (quando atacar, em casos excepcionais, a coisa julgada), guardada sua carga mandamental. No processo do mandado de segurança, que é de conhecimento, poderá dar-se a suspensão liminar do ato impugnado, o que caracterizará provimento cautelar (ou antecipatório) emanado no mesmo procedimento.

Capítulo III Condições da ação

SUMÁRIO: 262. Cabimento do mandado de segurança contra ato jurisdicional (possibilidade jurídica) – 263. Segue: objeto de mandado de segurança contra ato jurisdicional – 264. Interesse de agir – 265. A legitimação no mandado de segurança contra ato jurisdicional – 266. Segue: o litisconsórcio passivo necessário.

262. Cabimento do mandado de segurança contra ato jurisdicional (possibilidade jurídica)

É pacífico hoje o cabimento de mandado de segurança contra ato jurisdicional. A Súmula 267 do STF, embora não revogada, foi revista na sessão plenária da mesma corte, em acórdão de que foi relator o Ministro Xavier de Albuquerque, e que se constituiu num verdadeiro *leading case*.

Ver RTJ 70/504. Lê-se da ementa do acórdão: “Ação de mandado de segurança formulada para impugnar ato judicial. É admissível no caso em que do ato impugnado advenha dano irreparável cabalmente demonstrado”.

Do voto do relator destacam-se os elementos necessários à utilização do writ contra ato jurisdicional: “Condições para a admissibilidade do mandado de segurança contra ato judicial são, para mim, a não superveniente do recurso a caso cabível, ou a falta de antecipação de eficácia da medida decorrente de correção, a que também alude a lei, uma ou outra somada ao dano *antecipado por ilegalidade patente e manifesta do ato impugnado* e, com menor exigência relativamente a tal legalidade, àquele efetiva e objetivamente irreparável”.

Na mesma trilha, os tribunais têm apontado, na síntese de Kazuo Watanabe, as seguintes notas: a) manifesta ilegalidade ou abuso de poder a ofender direito líquido e certo apurável sem dilação probatória; b) irreparabilidade do dano pelos remédios processuais comuns.

A existência de dano, como adiante se verá (n. 264), configura o interesse de agir na ação de segurança.

Assim, a impetração será juridicamente possível, em princípio, quando o ato jurisdicional contiver manifesta ilegalidade ou abuso de poder, a ofender direito líquido e certo, isto é, apurável sem necessidade de dilação probatória.

263. Segue: objeto de mandado de segurança contra ato jurisdicional

Ha casos de segurança contra ato jurisdicional em que se visa atacar o próprio provimento, do qual decorre o dano, imediato e atual.

Assim, por exemplo, foi concedida a ordem contra ato que indeliberadamente pediu de restituição de coisa apreendida (TJSP, RT 646/284); ou contra a decretação de sequestro de bem imóvel adquirido com os proventos da infração por juiz incompetente (TARS, RT 677/396); ou para assegurar a permanência de presidiária com filho lactante, nos termos do art. 5.º, L, CF (TACrimSP, RT 654/294).

Mas, no mais das vezes, a provimento é receitável por intermédio de uma impugnação a que a lei não atribui efeito suspensivo, sendo a segurança impetrada para atribuir efeito suspensivo ao recurso.

É o caso das ordens concedidas para atribuir efeito suspensivo a apelação contra a decisão que concedeu regime prisional aberto a acusado com maus antecedentes, que não preenchia os requisitos da Lei 7.210/84 (TJSP, RT 651/272), e para atribuir efeito suspensivo a recurso contra a liberdade provisória a condenado por tráfico de entorpecentes (TJSP, RT 661/281).

Discute-se, nesses casos, se o mandado de segurança contra ato jurisdicional, visando a atribuir efeito suspensivo a recurso que não o tenha, só seria admissível quando o impetrante houvesse interposto, tempestivamente, o recurso.

O argumento principal em favor da exigência é que a falta de interposição do recurso cabível causaria preclusão da questão, vedando-se sua nova discussão no processo do mandado de segurança.

Porém, mesmo sem chegar à amplitude defendida por Calmon de Passos — que admite o writ inclusive contra decisão de que cabia recurso capaz de obstá-la, se dele a parte não se valeu por qualquer razão —, preferimos apoiar a posição de Celso Agrícola Barbi: realmente, onde a lei processual previr um recurso, e este for adequado para evitar a lesão do direito da parte, não há razão para deixar de usá-lo e lancar mão do mandado de segurança.

Mais uma vez, aqui, está em jogo a falta de interesse de agir.

Mas quando o recurso não se mostrar apto a evitar a lesão do direito e o dano conseqüente, será possível buscar outro meio que impeça o perecimento do direito. E esse meio pode perfeitamente ser o mandado de segurança.

Daí a conclusão de que não parece correta — embora amplamente majoritária, pelo menos em São Paulo — a corrente que subordina a impetração à tempestiva

interposição do recurso cabível, nem a que limita a concessão apenas no sentido de atribuir efeito suspensivo ao recurso interposto. Até o princípio de economia processual justifica a impetração direta da segurança, sem a interposição desse, possibilitando o julgamento da questão no próprio writ.

No sentido da inadmissibilidade do mandado de segurança como sucedâneo de remédio processual comum, desde que efixaz este para adotar o dano irreparável: RT 56/864, 42/66, 48/667 e 669, 60/331, 69/544, 70/279; RT 502/273; RT 506/161; JTAC 34/298; 40/162. Na linha do cabimento do writ somente quando utilizado o recurso cabível, que não tenha efeito suspensivo: RT 485/186, 515/59; JTAC 33/259, 50/69, 38/417, 47/120; RT 510/163; pela 511/58, 504/71, 512/91; JTAC 44/171; RT 48/225 e 228. O Superior Tribunal de Justiça tem afirmado que só em circunstâncias excepcionais se deve dispensar a interposição do recurso próprio: STJ, 4.ª Turma, Rec. em MS 1.443-0-SP, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, j. 09.06.1992, Bol. AASP 1.773/484. A favor da admissibilidade, mesmo quando não utilizado o recurso cabível: JTAC 44/142 e 127. E ainda existe a linha restritiva, que nega o mandado de segurança contra ato jurisdicional mesmo que apenas para conferir efeito suspensivo ao recurso, argumentando com o fato de que, se a lei não quis emprestar tal efeito à impugnação, concedê-lo pela via do writ corresponderia a frustrar a intenção do legislador (TJSP, RT 647/295).

Na linha da admissibilidade, sem interposição do recurso cabível existem julgados, inclusive do STF, contrários à interposição simultânea do recurso extraordinário e do mandado de segurança para atribuir-lhe efeito suspensivo, entendendo que a impugnação pela via do extraordinário configuraria restrição à segurança. O que equivale a admitir a possibilidade da impetração, sem interposição do recurso.

RT 68/263, RT 514/155.

Dividem-se, também, doutrina e jurisprudência sobre o cabimento de mandado de segurança contra decisão passada em julgado. E, malgrado a Súmula 268 do STF tenha assentado não caber mandado de segurança contra decisão judicial, com trânsito em julgado, existe, nos tribunais, algum abrandamento, mediante o entendimento de sua admissibilidade, só em casos excepcionais.

Contra a admissibilidade do writ contra decisão transitada em julgado, RT 43/248, 39/200, 43/226, 45/270, 46/250, RT 476/165, 505/111, 492/120, 504/184, 475/139; JTAC 40/51, 32/273. A favor do abrandamento da súmula, em casos excepcionais: RT 271/87; RT 507/159, 513/178, 512/183; JTAC 31/366.

No campo penal, entretanto, é mister posicionar-se contra a admissibilidade do mandado de segurança contra sentença absolutória passada em julgado, porquanto o sistema não admite a revisão pro societate, de que o writ acabaria sendo um sucedâneo. E, tratando-se de sentença condenatória, o réu poderá valer-se do habeas corpus ou da revisão criminal.

264. Interesse de agir

Como já dito no item acima, a admissibilidade do mandado de segurança contra ato jurisdiccional pressupõe a existência de dano irreparável ou de difícil reparação, que decorra do ato impugnado. Está aí a caracterização do interesse de agir, visto como *interesse-necessidade* (ou como *interesse-utilidade*).

Haverá casos em que o dano, imediato e atual, surgirá do próprio provimento jurisdiccional impugnado.

Assim, por exemplo, quando a vítima for impedida de ingressar no processo como assistente, ou quando o juiz mandar apreender mercadorias em quantidade superior à necessária para a feitura do laudo, em matéria de crime contra a propriedade imaterial.

Porém, na maioria das vezes, o mandado de segurança operará na via preventiva, visando suspender a eficácia de um provimento jurisdiccional, que consubstancia, portanto, *ameaça de dano*.

Ao mandado de segurança preventivo já se referia a Constituição de 1934, falando em ameaça. A legislação ordinária sucessiva manteve a mesma terminologia, mas hoje a Lei 1.533/51 alude à violação ou ao justo receio de sofrê-la (art. 1.º).

Já se notou, ao tratar do *habeas corpus* preventivo, que não se confundem tutela preventiva e tutela cautelar ou antecipatória. A tutela ordinária preventiva visa diretamente à proteção do direito material, descansando no prévio accertamento do direito e não assumindo características de provisoriedade. No processo cautelar, ao contrário, o que se assegura é, imediatamente, a própria eficácia do processo. E na tutela antecipatória, é dado ao juiz antecipar os efeitos da sentença final, provisoriamente.

As reformas parciais do Código de Processo Civil distinguiram perfeitamente a tutela cautelar da antecipatória (esta prevista pela Lei 8.952/94, que deu nova redação ao art. 273 CPC), sendo, porém, ambas de natureza provisória e exigindo requisitos semelhantes quanto ao *periculum in mora* e ao *fumus boni iuris*.

Para a maioria dos casos, o mandado de segurança contra ato jurisdiccional inscreve-se entre os remédios processuais de índole preventiva, porquanto visa atacar os efeitos da decisão impugnada, capazes de causar dano irreparável ou de difícil reparação, ao direito da parte.

Mas é comum, nesses casos, que a suspensão da eficácia do ato seja decretada de imediato, por via de liminar, agora sim dentro dos esquemas da tutela cautelar ou antecipatória.

A liminar em mandado de segurança é contemplada no art. 7.º, II, da Lei 1.533/51, que prevê a antecipação da suspensão dos efeitos do ato coativo ou da ameaça de lesão, por intermédio da concessão liminar do mandado.

A questão nodal da tutela preventiva consiste exatamente na configuração do interesse-necessidade, que hoje, para a segurança nessa modalidade, a Lei 1.533/51 caracteriza como *justo receio* de violação do direito líquido e certo (art. 1.º).

O termo tem sido criticado, pois o receio nada mais é do que o reflexo subjetivo da ameaça — mas é pacífico que deve ele ter uma causa, que é justamente a ameaça; e a ameaça há de ser grave, séria, e não subjetiva.

Assim, o interesse-necessidade, na perspectiva do mandado de segurança preventivo contra ato jurisdiccional, configura-se pela *ameaça objetiva e atual*, que corresponda a sinais inequívocos da iminência do prejuízo jurídico, ocasionado pelos efeitos da decisão impugnada.

O *interesse-adequação*, por sua vez, significa que a ação escolhida há de ser adequada para a obtenção da tutela jurisdiccional invocada.

Como o mandado de segurança ocupa a área residual não preenchida pelo *habeas corpus* e pelo *habeas data* (art. 5.º, LXIX, CF), rigorosamente a segurança seria utilizada inadequadamente sempre que no caso coubesse *habeas corpus*. E, dados os amplos contornos que o último tem no direito brasileiro, visando proteger a liberdade de locomoção já consumada ou ameaçada, muitas vezes será este o remédio admissível, pela defesa, mesmo contra ato jurisdiccional e ainda que utilizado para atribuir efeito suspensivo a um recurso.

Porém, se nenhuma ameaça de prisão estiver consubstanciada, ainda que indiretamente, na decisão impugnada, o caso será mesmo de mandado de segurança: v., retro, n. 258.

Apenas para exemplificar, são impugnáveis por mandado de segurança — e não por *habeas corpus* —, mesmo pela defesa, as decisões que versam sobre apreensão de coisas e as concessivas de sequestro, assim como qualquer outra que não diga com a liberdade de locomoção.

No entanto, dada a importância da tutela das liberdades e dos direitos fundamentais pela via potenciada das acções constitucionais, os tribunais têm admitido a impetração de um remédio pelo outro.

Resta lembrar que a previsão de recurso ou de outra medida processual para atacar o ato lesivo a direito líquido e certo não atasia o interesse de agir pela via constitucional do mandado de segurança. Pelas mesmas razões já apontadas quando tratamos do interesse-adequação para o *habeas corpus* (*supra*, n. 233), o remédio sobrepe-se a qualquer outra medida, sempre que a ilegalidade do ato seja demonstrada de plano.

Nesse sentido, o STJ decidiu que o terceiro de boa-fé que teve seu bem apreendido em processo-crime, sem o devido processo legal, poderá valer-se do incidente previsto no art. 120 do CPP ou, ainda, impetrar mandado de segurança buscando ver reconhecido seu direito à restituição (STJ, 6.ª Turma, ROMS 17.994-SP, rel. Min. Paulo Gallotti, j. 16.12.2004, *Boletim AASP* 2473, p. 429).

265. A legitimação no mandado de segurança contra ato jurisdicional

Embora qualquer das partes, assim como os legitimados aos recursos, o sejam à ação de segurança contra ato jurisdicional penal, o remédio será utilizado, sobretudo, pela acusação, porquanto a defesa terá a seu alcance, na maioria dos casos, o *habeas corpus*.

Ver, *supra*, n. 264, sobre o interesse-adequação na ação de segurança.

Legitimado passivo do writ, mesmo contra ato jurisdicional, é hoje considerado preferencialmente a pessoa jurídica de direito público, a cujos quadros pertence a autoridade coatora.

Não se aplicam ao mandado de segurança contra ato jurisdicional as considerações sobre legitimação passiva no *habeas corpus* (*retro*, n. 236), porquanto a autoridade coatora não é o juiz, pessoa física, mas o juízo.

A circunstância de a lei, em vez de determinar a citação do Estado, haver mencionado o "pedido de informações à autoridade coatora" significa apenas mudança de técnica, em favor da brevidade do processo: o coator é citado em juízo como "representante" da pessoa jurídica de direito público, e não como parte, embora deva assinar as informações, normalmente preparadas pelos representantes judiciais da parte.

É pacífico o entendimento de que as informações devem ser prestadas e assinadas pelo coator: RF 302/164; RTFR 116/326.

E tanto isso é verdade que a condenação em despesas processuais e em honorários advocatícios recai sobre o Estado, e não sobre a autoridade coatora, como adiante se verá (n. 283).

A Súmula 512 do STF, ainda vigente, nega peremptoriamente os honorários advocatícios em mandado de segurança. Mas o STJ, acolhendo a doutrina melhor doutrinada, vem impondo a condenação ao vencido: v. Resp. 6.860-0-RS, j. 26.08.1992, maioria de votos, *Boletim AASP* 1.841, abr. 1994, p. 105-j. Não se trata, porém, de mandados de segurança contra ato jurisdicional, porquanto esses exercem função recursal.

266. Segue: o litisconsórcio passivo necessário

Para o mandado de segurança em geral, afirma a melhor doutrina que haverá litisconsórcio necessário toda vez que a concessão do mandamus puder importar modificação da posição jurídica de outras pessoas. A sentença, então, não poderá ser proferida sem que esses terceiros sejam citados como parte passiva da ação. Mesmo que o impetrante não tenha requerido sua citação, deverá o juiz determiná-la, na forma do art. 47, parágrafo único, CPC.

Aplica-se a mesma regra ao mandado de segurança contra ato jurisdicional, onde a integração da lide pelo interessado na manutenção do ato judicial impugnado é igualmente necessária.

Quando o ato atacado é de natureza judicial, apesar de o juiz agir como órgão do Estado, o Poder Público não tem interesse prático no desfecho da questão, sendo a defesa preparada pela própria autoridade judicial que a subscreve. E esta pode ter interesse meramente moral em sustentar a legalidade de seu ato.

Tratando-se de ato administrativo, a defesa da pessoa jurídica de direito público é preparada por seus advogados, sendo apenas assinada pelo coator.

Assim, o verdadeiro interessado nesse caso é a outra parte na demanda em que foi proferido o ato impugnado. Este será o verdadeiro vencido, se acolhida a segurança. No entanto, na prática, seu interesse jurídico fica ignorado por alguns tribunais, que não costumam ordenar sua citação.

Mas a jurisprudência do STF tem se orientado no sentido do reconhecimento da existência de litisconsórcio passivo necessário nesses casos e, consequentemente, declara a nulidade do processo em que não houve citação do terceiro que poderia ser prejudicado pela concessão do *mandamus*.

Para o processo penal, a Súmula 701 assenta expressamente: "No mandado de segurança impetrado pelo Ministério Público contra decisão proferida em processo penal, é obrigatória a citação do réu como litisconsorte passivo".

V., ainda, RTJ 50/270, 57/278, 59/596, 64/777. "A admitir-se mandado de segurança do Ministério Público contra decisão favorável à defesa, no processo penal, o réu é litisconsorte passivo e não mero assistente litisconsorcial, impondo-se sua citação, pena de nulidade; de qualquer modo, a sua audiência, no processo do mandado de segurança tendente a afetar posição favorável que lhe decorreria da decisão impugnada, resultaria das garantias do contraditório e da ampla defesa: conseqüente nulidade do processo de mandado de segurança deferido ao MP para conferir efeito suspensivo a recurso contra o deferimento ao condenado de progressão do regime de execução penal" (STF, 1.ª Turma, HC 75.025-7, rel. Sepúlveda Pertence, DJU 05.12.1997, p. 63.904).

CAPÍTULO IV

Pressupostos processuais e competência

SUMÁRIO: 267. Pressupostos processuais em mandado de segurança contra ato jurisdicional – 268. Regularidade formal do pedido – 269. Regularidade formal do pedido de liminar – 270. Da preclusão – 271. Da competência em mandado de segurança contra ato jurisdicional.

267. Pressupostos processuais em mandado de segurança contra ato jurisdicional

Dada a natureza de ação do mandado de segurança em geral, e do writ contra ato jurisdicional em particular, os requisitos para a válida constituição da relação processual serão os mesmos exigidos na propositura de qualquer demanda: a) a investidura do juiz; b) a capacidade de quem formula o pedido; c) a regularidade formal deste pedido; e, numa visão mais ampla, d) a inexistência de fatos impeditivos ou extintivos.

Mas como, ao mesmo tempo, a segurança contra ato jurisdicional exerce função recursal, sendo impetrada pelas partes legitimadas aos recursos, as questões atinentes aos pressupostos processuais, nesta sede, serão as que podem surgir para os recursos em geral.

Sobre pressupostos processuais e pressupostos dos recursos, v. retro, n. 53.

Quanto aos aspectos específicos atinentes à capacidade postulatória do Ministério Público no processo de mandado de segurança, valem as mesmas considerações tecidas a esse respeito para o *habeas corpus* (supra, n. 237).

268. Regularidade formal do pedido

O pedido de mandado de segurança deverá ser formulado nos termos prescritos pelo CPC. O art. 6.º da Lei 1.533/51 remete simplesmente as normas aplicáveis às petições iniciais em geral, constantes dos arts. 158 e 159 do Código de 1939, correspondentes aos arts. 282 e 283 do estatuto processual civil vigente. A segurança será impetrada em duas vias, uma das quais, acompanhada de cópia dos documentos, se destina à remessa à autoridade coatora.

Observe-se, porém, que a remissão aos artigos do CPC deve ser entendida em termos, porquanto alguns dos requisitos das petições iniciais em geral não são aplicáveis ao writ. Assim, não se devem especificar os meios de prova, pois

ção pode haver em mandado de segurança, alínea proibidora, no aditamento se provar documentalmente a ser deferida como a inicial. E o requerimento de citação deve ser encaminhado, como sendo de notificação, que é a modalidade de citação admitida pelo lei

O valor da causa superior-se às mesmas exigências relativas às demais ações, fazendo-se a fixação de acordo com as normas do CPC. No mandado de segurança contra ato jurisdiccional penal, o valor da causa será, porém, inestimável.

269 Regularidade formal do pedido de liminar

O pedido de suspensão liminar do ato impugnado deve ser formulado no final da própria petição inicial, especificando-se os fundamentos previstos no art. 1.º II, da Lei 1.533, que determina que, ao despachar a inicial, o juiz ordenará que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido, quando for relevante o fundamento e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja deferida.

A suspensão do ato configura antecipação provisória da providência que governa a sentença final, para evitar o dano que decorreria da natural demora da processo. Por isso, a liminar tem, como já dito, mais do que natureza cautelar, caráter antecipatório, e está embuída no próprio processo de conhecimento (ver, supra, n. 264).

Dada a natureza da liminar, é importante demonstrar, na petição inicial, a existência do fumus bonitatis, correspondente, nos termos da lei, ao fundamento do pedido, que se apresenta com características de plausibilidade) e do periculum in mora (a ineficácia da medida, caso não haja sua antecipação).

O STF decidiu reiteradamente que os dois requisitos legais, correspondentes ao *fumus bonitatis* e ao *periculum in mora*, são essenciais à concessão da liminar: RTJ 91 67 e 112 140.

270. Da preclusão

O art. 18 da Lei 1.533 fixou em 120 dias o prazo para a propositura da ação de segurança.

Discutiu-se longamente, na doutrina e na jurisprudência, a natureza desse prazo, tendo sido afastada a ideia de prescrição e firmada a de decadência, que é insuscetível de interrupção, ou suspensão.

A consumação do prazo de decadência acarretará a preclusão da via processual do mandado de segurança, que, como visto, configura fato impeditivo, reconduzível aos pressupostos processuais. Ao mesmo tempo, a questão da tempestividade prende-se a outro pressuposto processual, qual seja aos requisitos inerentes à regularidade formal.

Retro, n. 59 e 68.

123
Porém, no mandado de segurança contra ato jurisdiccional penal, não há urgência e visa eliminar o dano ou ameaça decorrente da demora da decisão judicial, não sendo a urgência da impetração suficiente para se dispensar a observância ao recurso interposto. De modo que a decisão no tempo não é o critério de segurança poderá acarretar a perda do interesse processual de que se trata (utilidade).
Ver, supra, n. 264

271. Da competência em mandado de segurança contra ato jurisdiccional

Ja se disse não constituir a competência processual propriamente dita, mas a competência de conhecimento da causa por parte do determinado juiz ou tribunal, mas a demanda, assim como o recurso, se impõe com observância das condições (da ação ou recursos) e dos pressupostos inerentes processual ou da relação procedimental recursal, sendo condicionais, por esse ao aquele juiz ou tribunal.

Para o mandado de segurança em geral, a competência era assimada em dois elementos: a) a qualificação da autoridade contra a qual se impõe a ação; b) a hierarquia da autoridade. Trata-se, portanto, pelo menos em princípio, de competência estabelecida em virtude da qualidade e hierarquia da autoridade outora, e não pela natureza da questão objeto do writ.

Nassegurança contra ato jurisdiccional, a autoridade contra a qual se impõe um juris in um tribunal. E a competência para conhecer e julgar a matéria é do órgão jurisdiccional competente para rever, em grau de recurso, as decisões do juízo do tribunal cujo ato foi atacado pelo writ.

Sobre a competência para o writ quando outora autoridade judiciária, ver Juizados Especiais Criminais, v. supra, n. 243.

CAPÍTULO V

Procedimento

SUMÁRIO: 272. Da petição inicial e do pedido de suspensão liminar – 273. Da concessão e revogação da liminar – 274. Duração da liminar – 275. Suspensão da liminar – 276. Extinção da liminar – 277. Da citação – 278. Da defesa: informações da autoridade – 279. Intervenção do Ministério Público – 280. Das provas – 281. Da sentença – 282. Recursos – 283. Responsabilidade pelas custas – Bibliografia.

272. Da petição inicial e do pedido de suspensão liminar

Trata-se aqui, como dito, de pressupostos processuais inerentes à regularidade formal dos pedidos. A matéria já foi tratada no n. 58, a que se remete o leitor.

273. Da concessão e revogação da liminar

É princípio geral do CPC, expresso em seu art. 797, o de as medidas cautelares só poderem ser concedidas *inaudita altera parte* em casos excepcionais, expressamente autorizadas em lei. E, nos termos do art. 804 CPC, o juiz poderá conceder a medida sem audiência da parte contrária quando verificar que esta, sendo citada, poderia torná-la ineficaz. Para a tutela antecipatória, exige-se o requerimento da parte (art. 273 CPC).

Posição oposta foi adotada pela Lei 1.533, a qual prevê que a suspensão do ato seja ordenada, nos casos cabíveis, por ocasião do despacho da inicial (art. 7.º). Mas nada impede, evidentemente, que o juiz ou tribunal aguarde as informações da autoridade coatora para melhor decidir sobre o cabimento da liminar.

À vantagem excepcional do impetrante, na obtenção da liminar *inaudita altera parte*, corresponde a ampla liberdade do juiz em reexaminar mais tarde a concessão. Por isso, pode posteriormente a autoridade judiciária competente convocar-se, pelas informações do coator ou pelos argumentos e documentos oferecidos por terceiros admitidos no processo, da ausência de justificativas para a liminar, revogando-a, antes de decidir definitivamente a causa.

É, aliás, o que expressamente afirma o art. 807 CPC, ao dispor que as medidas preventivas podem ser revogadas ou modificadas, assim como o § 4.º do art. 273, ao prever que a tutela antecipada pode ser revogada ou modificada a qualquer tempo.

Tudo isso encontra aplicação à concessão e revogação da liminar em mandado de segurança contra ato jurisdicional.

174. Duração da liminar

Lei 4.348/64, em seu art. 1.º, b, limitou a eficácia da liminar em 90 dias, contados da data da respectiva concessão, admitindo, porém, sua prorrogação por mais 30 dias, quando, provadamente, o acúmulo de processos pendentes de julgamento a justifique.

A caducidade, findos os 90 dias, se entenda operar automaticamente independentemente de ato declaratório do juiz ou tribunal da causa, antes de seu vencimento, incumbiria ao impetrante requerer a prorrogação pelo prazo de 30 dias. Afirmava-se, também, que a expressão "provadamente" devia ser entendida *cum grano salis*, pois ninguém melhor que o juiz ou tribunal devia ser para saber da impossibilidade de julgamento final por excesso de serviço. Mas o panorama tem mudado ultimamente: é certo que a previsão da perda de eficácia da liminar se justifica pela provisoriedade inerente tanto às cautelares como às medidas antecipatórias, devendo evitar-se que, por retardamentos produzidos pelo próprio impetrante, esse caráter provisorio se perpetue. Mas cria uma à morosidade da própria justiça.

Haverá casos em que os 120 dias serão insuficientes para garantir o direito da parte, quando o atraso ocorrer por circunstâncias que se situem fora do âmbito dos poderes de impulso do impetrante.

Nesses casos, poderá o impetrante argumentar com a inconstitucionalidade da fixação do prazo, que não é previsto na lei maior.

Aliás, já se considerou inconstitucional o próprio prazo de impetração do mandado de segurança, que pode estar em desacordo com a garantia constitucional (Guimarães Chaves).

1973, que conferiu ao magistrado poder geral de cautela.

Nesse sentido, acórdão TRF, 2.ª Seção, AgrRg 104.549-RJ, rel. Min. Pádua Ribeiro, DJU 07.06.1985, p. 8.917. No sentido de que o simples decurso do prazo não basta para a cessação dos efeitos da liminar, sendo necessária, em cada caso, a declaração do juiz: TRF, 1.ª Seção, MS 129.455-88, rel. Min. Assis Toledo, DJU 11.10.1988, p. 25.868.

175. Suspensão da liminar

A suspensão da liminar (ou dos efeitos da sentença concessiva) é prevista pelo art. 13 da Lei 1.533/51 e pelo art. 4.º da Lei 4.348/64, "para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública". A suspensão é ato

do presidente do tribunal competente para conhecer o recurso respectivo e só poderá ser requerida pela entidade ou órgão interessado (a "pessoa jurídica de direito público interessada").

Mas o pedido de suspensão da liminar poderá também ser formulado pelas pessoas e órgãos de direito privado passíveis de segurança, que vão suportar os efeitos da liminar: STF, Suspensão da Segurança 114-SF, RTJ 92/939.

Como o mandato de segurança contra ato jurisdicional é sempre da competência dos tribunais, o pedido de suspensão será formulado para o presidente do Superior Tribunal de Justiça (art. 271 do Regimento Interno), quando se tratar de liminar concedida pelos Tribunais Regionais Federais e pelos Tribunais dos Estados e Distrito Federal; e para o presidente do Supremo Tribunal Federal quando se tratar de liminar concedida pelos tribunais (art. 297 do Regimento Interno).

Se a suspensão for concedida, caberá agravo regimental, por disposição expressa dos Regimentos Internos.

276. Extinção da liminar

Sobre a extinção da liminar, não tendo havido revogação anterior à sentença, duas hipóteses são possíveis: a) a impetração é concedida ou b) é denegada.

No primeiro caso, a medida liminarmente concedida fica absorvida pela sentença final, imediatamente executível. Extingue-se a liminar, substituída pelo ato executório da sentença.

Porém, no caso de denegação do mandato de segurança, a medida cautelar (reclus, aneclapatória) extingue-se por ausência do requisito do *fumus boni iuris*, comprovado pelo conteúdo negativo da sentença. Aqui, o desaparecimento da liminar não depende sequer de revogação expressa na sentença: trata-se de efeito desta, que pode ser adequadamente incluído entre seus efeitos secundários. Apesar de opiniões doutrinárias em contrário (cf. Hely Lopes Meirelles), este parece o melhor entendimento.

Neste sentido, a Súmula 405 do STF: "Denegado o mandato de segurança pela sentença, ou no julgamento do agravo, dela interposto, fica sem efeito a liminar concedida, retroagindo os efeitos da decisão contrária" (observe-se que, hoje, o recurso não é mais o agravo, mas a apelação). No mesmo sentido, considerando a súmula em vigor, RJJSP 108/353.

Conclui-se daí que a suspensão do ato impugnado, concedida liminarmente pelo juiz, quando não revogada antes da sentença, desaparece com esta, seja ela favorável ou desfavorável.

277. Da citação

As mesmas dúvidas suscitadas quanto ao sujeito passivo do mandato de segurança (*supra*, n. 265) refletem-se na questão da modalidade de citação, havendo quem entendesse que, além do pedido de informações de citação, coatora, deveria o juiz providenciar a citação da pessoa jurídica de autoridade a cujos quadros a autoridade pertence.

Não é esta a melhor posição, estando hoje superada pelo entendimento que a notificação serve como citação. A omissão da lei quanto a citação separada da pessoa jurídica não configura erro do legislador, mas sim intenção de simplificar o processo. E a lei pode perfeitamente alterar a forma tradicional de citação, suprimindo o mandato e substituindo-o por ofício. Da mesma forma, pode a lei determinar a citação a quem considere adequado, colocando essa pessoa como representante judicial da entidade pública interessada.

Daí o entendimento correto no sentido de o coator ser citado pela forma de notificação, como representante da pessoa jurídica interessada, que é o sujeito passivo na ação de segurança.

A Lei 4.348/64 confirmou essa posição ao determinar, no art. 3.º, que a autoridade administrativa, dentro de 48 horas da notificação da liminar, deve remeter ao Ministério Público, ou órgão da União, Estado ou Município, elementos para eventual pedido de suspensão da liminar e dêta do ato apontado como ilegal ou abusivo de poder. No sentido do texto, TRF, 2.ª Seção, CC 7.875-RS, DJU 14.11.1988, p. 29.444, acrescentando que: por equivar o pedido de informações entregue à autoridade coatora à citação, não é mais possível, depois disso, alterar a indicação da autoridade coatora, em face do art. 264 CPC.

Essa postura leva à conclusão de que a falta de informações não constitui descumprimento à autoridade do juiz ou tribunal, nem desobediência à ordem judicial. A citação não é ordem para a prática de nenhum ato e a ela não corresponde obrigação ou dever. O que existe é apenas o ônus processual de apresentar defesa, sofrendo a parte que não o fizer as consequências decorrentes de sua omissão.

Outra alteração das normas ordinárias decorre dos arts. 4.º e 9.º da Lei 1.533/51, que suprime as cartas precatórias, fazendo-se a notificação, mesmo fora da sede do juízo, pela remessa direta de ofício ou telegrama ao coator.

A referida lei não especificou a forma de citação dos litisconsortes necessários passivos. Não prevaleceu, no mandato de segurança em geral, a ideia de que pudesse ela ocorrer por edital, com o prazo de 10 dias, firmando-se a posição favorável ao chamamento a juízo pela mesma forma usada para a pessoa jurídica de direito público, com idêntico prazo. Quando o litisconsorte estiver sediado fora da comarca onde tiver ocorrido a impetração, o ofício deve ser mandado pelo correio, com aviso de recebimento.

Assim tem-se procedido na praxis judiciária: v. despachos do Des. Adria-
no Marey, na Vice-Presidência do Tribunal de Justiça de São Paulo, nos MS
273.709-SP e 280.739-SP. Aliás, a Lei 8.710/93, que alterou os arts. 222 et seq.
CPC, deu grande ênfase à citação postal para todas as causas, acolhendo as
inovações introduzidas pela Lei de Pequenas Causas (Lei 7.244, de 07.11.1984)
e, depois, pela Lei 9.099/95.

Em sede de mandado de segurança contra ato jurisdicional, as dificuldades
de notificação dos litisconsortes necessários serão menores, bastando oficiar-se
à parte adversa ao impetrante, na causa principal, para, querendo, apresentar a
defesa do ato impugnado.

278. Da defesa: informações da autoridade

As informações representam assim verdadeira contestação. Ao coator in-
cumbre apresentar a questão sob todos os ângulos que lhe pareçam adequados,
quer quanto aos fatos, quer quanto ao direito. Até mesmo a arguição de incom-
petência relativa – a ser oferecida em separado e mediante exceção, a teor do
disposto no CPC (arts. 112, 304 e 307 a 311) –, na ausência de disposição expressa
da lei específica e dentro da celeridade por esta almejada, deve ser argüida como
preliminar, nas informações da autoridade coatora.

Sendo essencial ao mandado de segurança que a inicial seja instruída com
a prova completa dos fatos – que é remeida, com o pedido de informações,
à autoridade coatora –, é evidente que as informações deverão vir desde logo
com a apreciação da prova e com a sustentação da legalidade do ato.

A ausência de informações no prazo legal acarreta, em regra, confissão ficta
quanto à matéria de fato. Parte da doutrina sustenta que a falta de contestação
ou sua intempestiva apresentação, em mandado de segurança, não importaria
em confissão ficta, argumentando que a regra não se coadunaria com o espírito
do mandado de segurança, em que a lei determina a citação inicial, sob forma de
notificação, à autoridade coatora, que freqüentemente não tem conhecimentos
processuais para avaliar as consequências da falta de contestação.

Além de essa observação não se adequar, à evidência, ao writ contra ato
jurisdicional, não se pode deixar de aplicar ao caso a regra do art. 319 CPC,
estipulando que, se o réu não contestar a ação, reputar-se-ão verdadeiros os
fatos afirmados na inicial, salvo quando se trate de direitos indisponíveis (art.
320, II, CPC).

Uma coisa é certa: pelo menos quando a prova oferecida pelo impetrante se
coadunar com a confissão em matéria de fato, esta pode ser reconhecida.

Neste sentido, a jurisprudência do STF: RTJ 6/192.

Todavia, se houver justo motivo para a apresentação das informações fora
do prazo, poderão elas ser admitidas, se ainda oportuna sua apresentação.

É o que assentaram em seus regimentos o STF e o STJ: RSTF, art. 105, §§
2.º e 3.º; RISTI, art. 106, §§ 2.º e 3.º.

Cumprê, ainda, notar que as informações merecem credibilidade, até pro-
va em contrário, dada a presunção de legalidade dos atos do Poder Público e da
palavra de suas autoridades.

TFR, MS 84.840, DJU 28.11.1979, rel. Min. Carlos Mário Velloso.

Os litisconsortes passivos necessários – que não são notificados para prestar
informações, mas sim para contestar a ação – devem apresentar sua defesa sob
forma de contestação, no prazo de 10 dias, idêntico ao conferido à defesa da
autoridade coatora. Acompanhando a posição acima adotada quanto à incom-
petência relativa, aqui também deverá ela ser argüida como preliminar da con-
testação, não havendo razão de ordem jurídica para modificar o entendimento
com relação aos litisconsortes.

A lei não prevê oportunidade processual para o impetrante manifestar-se
sobre preliminares e eventuais documentos juntados com a defesa. Divide-se a
doutrina a respeito, mas o certo é que, nesse caso, se de visa ao impetrante para
manifestação, observando-se assim o princípio do contraditório: por mais célere
que se queira o rito, não pode ele contrariar garantias constitucionais.

V. n. 280.

Depois disso, os autos irão ao Ministério Público.

279. Intervenção do Ministério Público

O art. 10 da Lei 1.533/51 estabelece seja ouvido o Ministério Público, em
5 dias, após o prazo das informações pela autoridade coatora. Houve quem en-
tendesse que a menção ao Ministério Público teria sido feita, pela lei, no enten-
dimento equivocado de que a este sempre caberia a defesa judicial das entidades
públicas, o que, mesmo na vigência da Constituição anterior, não ocorria no
Distrito Federal e em vários Estados.

Mas, mesmo então, firmou-se o entendimento de que o Ministério Público,
em mandado de segurança, oficiaria como fiscal da lei, ou seja, como parte pu-
blica *quônoma*, e não como representante da pessoa jurídica de direito público,
quando consequentemente de forma imparcial.

Contra, Celso Barbi, entendendo que, onde a lei disse "Ministério Público", deve ler-se "representante judicial da pessoa jurídica de direito público interessada". Este, ao funcionar, produziria a defesa da representada, complementando a da autoridade coatora.

O entendimento é reforçado pela Constituição de 1988, que retirou do Ministério Público a função de representante judicial das pessoas jurídicas de direito público, atribuindo-a aos órgãos das procuradorias (federal, do Distrito Federal e estaduais), pelo que a audiência do Ministério Público, que se mantém, é interpretada como sendo nas vestes de parte imparcial.

Dai por que, ao oficial nos autos, não está o Ministério Público no dever de secundar as informações e sustentar o ato impugnado, quando se convencer de sua ilegalidade.

A falta de intimação do órgão acarreta nulidade do processo, a partir do momento em que deveria oficial no feito (CPC, art. 84).

Já se decidiu pela nulidade da sentença proferida sem prévia audiência do MP: *Bol. AASP* 1.454/259.

Com relação ao mandado de segurança contra ato jurisdicional penal, nos raros casos em que o writ for impetrado pela defesa (ver, *supra*, n. 261), o Ministério Público deveria integrar a lide também como litisconsorte passivo necessário, podendo ser imaginadas duas manifestações do órgão: uma, pelo promotor da causa, que apresentaria contestação; outra, por outro membro do parquet, em sua atuação imparcial. No entanto, como perante os tribunais o Ministério Público funciona por intermédio do procurador de justiça, este acaba acumulando as duas funções.

280. Das provas

Como visto (*supra*, n. 258), a prova é de excepcional relevância no mandado de segurança, pois a base da definição do direito líquido e certo repousa na indiscutibilidade dos fatos, que devem ser comprovados documentalmente, sem possibilidade de instrução probatória.

Por isso, só se admite em mandado de segurança a prova documental pré-constituída. E mais: em face da necessidade de serem os fatos indiscutíveis, não pode haver dúvida quanto aos documentos que os comprovam. Se forem eles impugnados como falsos, não caberá no processo o incidente de falsidade: arguida a falsidade da prova documental, perde ela sua credibilidade, bastando isso para criar-se a dúvida sobre os fatos alegados, o que afasta o uso da ação de segurança.

É possível, no entanto, que a omissão na apresentação de documentos pelo impetrante seja suprida pelas informações e documentos oferecidos pela autori-

lide coatora. Neste caso, se a segurança não tiver sido indeferida liminarmente (art. 8.º da Lei 1.533/51), os fatos ficarão comprovados documentalmente, havendo mais razão para a inadmissibilidade do writ.

Aplica-se, nesta hipótese, o princípio da "adquisição" da prova, pelo qual uma vez esta produzida, se torna despicando indagar quem a produziu, sendo do importante apenas verificar se os fatos relevantes foram comprovadamente provados.

É, ainda, possível que o documento necessário a prova se encontre em repartição pública ou em poder de autoridade, havendo recusa ao fornecimento de certidão. Para o caso, o art. 6.º, parágrafo único, da Lei 1.533/51 (redação da Lei 4.166/62) permite que o juiz ordene, por ofício, a exibição do documento, em original ou cópia autêntica, marcando para tanto prazo de 10 dias. Evidentemente, o juiz assim procederá a requerimento do impetrante e comprovação da recusa, equiparando-se a esta a excessiva demora no atendimento do pedido de certidão.

A exibição regular-se-á pelos arts. 355 a 363 CPC.

Da mesma forma, deve a autoridade coatora apresentar seus documentos com as informações.

Também com relação aos litisconsortes passivos, a oportunidade de apresentação de documentos virá com a contestação e, portanto, dentro do prazo dessa

Como dito (*supra*, n. 278), a lei não prevê oportunidade processual para o impetrante manifestar-se sobre preliminares e eventuais documentos juntados com a defesa. Mas trata-se de exigência inatlasável em face do princípio constitucional do contraditório, que não pode ser prejudicado pela celeridade do rito.

Por isso, os tribunais têm assentado que, embora a lei exija que o impetrante faça prova pré-constituída dos fatos alegados, postadas as informações, deve admitir-se a juntada de documento, desde que se destine a contrariar as informações ou a fazer prova de fato superveniente, tudo de acordo com os arts. 397 e 398 CPC: TFR, 2.ª Turma, AMS 91.806-SP e 95.764-RJ, DJU 23.06.1983, ambos à p. 9.343. Contra, em parte, não admitindo a aplicação dos arts. 397 e 398 CPC, RT 492/116.

Encontram plena aplicação ao mandado de segurança os princípios estabelecidos no art. 333 CPC para a distribuição do ônus da prova.

Não devem, porém, ser aceitas provas apresentadas intempestivamente pelo impetrado, impedindo-o a preclusão. A influência do processo de *habeas corpus* sobre o mandado de segurança tem levado a aceitar a defesa ou prova trazida intempestivamente à justiça. Mas as informações, nos dois processos,

têm características diversas, configurando, no segundo, verdadeira contestação, sujeita ao prazo fixado em lei. Se apresentadas a destempero, a contestação e as provas não devem ser juntadas aos autos.

281. Da sentença

Ação que é, o mandado de segurança contra ato jurisdicional também culmina com uma sentença que, vencido o juízo de admissibilidade, será ato do tribunal que pôe fim ao processo, decidindo o mérito da causa.

O Código de Processo Penal, embora só estabeleça os requisitos formais das sentenças absolutórias e condenatorias (arts. 381, 386 e 387), também denomina sentença a decisão que concede a ordem de *habeas corpus* (art. 574, I), equiparando-a ao ato que denega o pedido (art. 581, X).

Assim, embora o estatuto processual penal de 1941 não se refira ao mandado de segurança contra ato jurisdicional penal – cuja criação lhe é posterior –, pode-se aplicar, por analogia, o que dispõe a respeito do *habeas corpus*, que também é uma ação de garantia.

Dai por que parece claro que a sentença em mandado de segurança penal deve obedecer às mesmas exigências referidas no art. 381, salvo as peculiaridades sentenças de absolvição e condenação, podendo ser resumidas no clássico trinômio: relatório, motivação e dispositiva.

Quanto à natureza da sentença que denega, no mérito, o pedido de mandado de segurança contra ato jurisdicional, será, pela tripartição clássica, meramente declaratória. E, no mesmo enfoque, a que concede a ordem será, em regra, de natureza constitutiva, por modificar o provimento jurisdicional anterior; mas poderá ser meramente declaratória, se declarar a sua nulidade.

No entanto, não se pode negar a carga mandamental da sentença concessiva da ordem de segurança, porquanto se dirige ao juiz mediante provimento que contém ordem atinente a uma obrigação de fazer. Nessa ótica, pode-se afirmar que a sentença concessiva de segurança tem carga mandamental à obrigação de fazer.

282. Recursos

Sendo o mandado de segurança contra ato jurisdicional sempre da competência de tribunais, de sua decisão não caberá apelação, mas sim recurso ordinário para o Supremo Tribunal Federal (art. 102, II, a, CF) ou para o Superior Tribunal de Justiça (art. 105, II, a, CF), quando denegatória a decisão concessiva a decisão, não caberá recurso, ressalvados os embargos de declaração e os recursos extraordinário e especial, desde que atendidos, é evidente, os seus pressupostos de admissibilidade.

O prazo de interposição do recurso ordinário perante o STJ ou o STF está expressamente previsto como sendo de 15 dias, pelo art. 508 CPC, esta reformulação do dispositivo pela Lei 8.950/94, o Supremo já entendeu que o prazo de interposição do recurso ordinário equiparando-o a apelação ser no prazo para esta previsto no art. 508 (CPC, em sua antiga redação, e diverso é o prazo do recurso ordinário em razão de *habeas corpus*), *retro*, n. 255.

Discute-se se, em mandado de segurança, cabem embargos infringentes, apesar da Súmula 597 do STF, que nega o cabimento dos embargos a doutrina e alguns julgados os têm admitido, quando a decisão não unânime e proferida em grau de recurso.

TJMG, RT 622/184; *contrario sensu*, porque negam os embargos em dados de competência originária dos tribunais. RTJSP 88/314, p. 513-146.

Cabem também em mandado de segurança, os agravos regimentais, como, *ex. gr.*, da decisão do presidente do tribunal que suspena a execução da sentença ou a liminar (art. 13 da Lei 1.533/51, art. 4.º da Lei 4.348/64 e regulamentos internos dos tribunais). A decisão do presidente que nega a suspensão e irreconvém.

Da decisão do relator que nega a concessão de liminar, quando da impetração, embora haja quem entenda ser ela irreconvém, também cabe o agravo regimental.

283. Responsabilidade pelas custas

Como já dito (*supra*, n. 265), por ser parte passiva no mandado de segurança a pessoa jurídica de direito público a cujos quadros pertence a autoridade coatora, a condenação em despesas processuais recai sobre o Estado.

O mesmo princípio aplica-se ao mandado de segurança contra ato jurisdicional, pois o juiz coator não é parte. Serão, assim, o Estado e seus litisconsortes responsáveis pelas custas.

O dito acima também vale para os honorários advocatícios – inaplicáveis porém, no mandado de segurança contra ato jurisdicional, que tem função recursal: v., *supra*, n. 265.

Bibliografia

- BÁBRI. Do mandado de segurança. p. 47-63, 67-78, 131-151, 175-308.
 CALMON DE PASSOS. "Do mandado contra ato judicial". p. 105.
 GRINOVER. "A tutela preventiva das liberdades". p. 70-87.
 GUIMARÃES CHAVES. "O mandado de segurança – Prazo de decadência". p. 606 et seq.
 LOPES MIRELLES. Mandado de segurança. p. 3-81.
 TCCJ. Do mandado de segurança contra ato jurisdicional penal. p. 174-193 e 277-296.
 WATANABE. Controle judicial e mandado de segurança contra atos judiciais. p. 93-106.