

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL  
FACULDADE DE DIREITO

GISELE MAZZONI WELSCH

CABIMENTO DE MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO JUDICIAL

Porto Alegre

2007

GISELE MAZZONI WELSCH

**CABIMENTO DE MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO JUDICIAL**

Trabalho de Conclusão apresentado como requisito para obtenção do título de Especialista em Direito Público, pelo Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Dr. Araken de Assis

Porto Alegre

2007

GISELE MAZZONI WELSCH

**CABIMENTO DE MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO JUDICIAL**

Trabalho de Conclusão apresentado como requisito para obtenção do título de Especialista em Direito Público, pelo Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

Aprovada em \_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2007.

EXAMINADORES:

---

Prof. Dr. Araken de Assis

---

## **AGRADECIMENTOS**

Ao meu orientador Professor Dr. Araken de Assis, pela dedicação, orientação e valiosos ensinamentos sobre pesquisa jurídica, direito público e processo civil.

Ao coordenador do curso, Professor Dr. Ingo Wolfgang Sarlet, pela compreensão.

Ao meu pai, Raul Welsch, pelo exemplo, apoio e incentivo.

Às minhas queridas colegas de especialização, companheiras de debates e reflexões ao longo do curso, Denise Marcantonio, Marianna Motta e Dora Abreu.

À secretária do curso de especialização em Direito Público, Patrícia Souza, pela sua inestimável gentileza.

## RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo tratar do manejo do remédio constitucional do mandado de segurança, principalmente no que tange ao cabimento do *mandamus* contra ato judicial. Para tanto, inicialmente, se tratará dos aspectos gerais do instituto, com o escopo de definir-lhe um conceito sólido, discutindo também as questões sobre sua função, objeto, legitimidade (ativa e passiva) e a importante questão da competência de julgamento do *writ*. Ainda nessa fase, serão tratadas as espécies do remédio constitucional: individual e coletivo, bem como o preventivo (ameaça de lesão) e repressivo (lesão concretizada).

Após, será exposta a questão central do cabimento do mandado de segurança contra ato judicial, promovendo-se um diálogo com a doutrina e jurisprudência, no sentido de se estabelecer um consenso relativamente a tal controvérsia. A doutrina e jurisprudência majoritárias entendem no sentido de que, quando se puder evitar a consumação da lesão ou da ameaça pelo próprio sistema recursal e pela dinâmica do efeito suspensivo dos recursos, descaberia o mandado de segurança contra ato judicial. Todavia, quando o sistema recursal não tiver aptidão para evitar a consumação de lesão ou ameaça na esfera jurídica do recorrente, o mandado de segurança contra ato judicial teria pleno cabimento.

Por fim, se tratará da questão específica do cabimento do *mandamus* contra ato do relator em agravo de instrumento, mormente após o advento da Lei nº 11.187/05, a qual deu nova disciplina ao agravo, bem como acabou por estimular o uso do mandado de segurança para controle de ato judicial. Ainda se discutirá o controvertido ponto da irrecorribilidade das decisões que convertem o agravo de instrumento em agravo retido (art. 527 e parágrafo único do CPC), bem como da competência para julgar o *writ* contra ato do relator em agravo de instrumento.

Palavras-Chave: Mandado de Segurança. Cabimento. Ato Judicial. Agravo de Instrumento. Competência.

## ABSTRACT

This research has the goal of talk about how to handle the writ of mandamus, as exposed in the Constitution, mainly if it is possible the writ against judicial act. In order to do it, first, will be studied the institute as a whole, seeking to define a core concept about it, debating his functionality, legitimacy, object, and the higher important question about: the competece to judge the writ. Also, will be analysed the writ species: individual and collective; preventive (threat of damages) and represser (damages).

After, will be exposed the central question if the writ fits to contest a judicial act, developing a dialog with doctrine and case law, in order to set a relative consensus about this controversy. Doctrine and case law majority think that, when is possible to avoid the damage or the threat using the own sistem review providing suspensive efect, writ would not be allowed against judicial act. Nevertheless, when the sistem review can't avoid the damage or the threat of damage, the writ would be acceptable.

At last, will be examined the especific question about the opportunity to request the writ of mandamus against act enacted by the reporter of interlocutory appeal, especially after the statute nº 11.187/05, that have set a new regulation, which has improved the use of writ mandamus to control judicial act. Still, will be discussed the controversy concerning the unappealable decision that converts interlocutory appeal in other appeal that will be judge with the appolated review, as the competece for judge writ against reporter act in interlocutory appeal.

Key words: Writ of mandamus. Opportunity. Judicial Act. Interlocutory Appeal. Competence.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO.....</b>	<b>07</b>
<b>2 ASPECTOS GERAIS DO MANDADO DE SEGURANÇA .....</b>	<b>10</b>
2.1 Conceito.....	10
2.2 Função.....	22
2.3 Objeto.....	22
2.4 Legitimidade ativa e passiva.....	22
2.5 Competência.....	25
2.6 Espécies.....	30
2.6.1 Individual e Coletivo.....	30
2.6.2 Preventivo (ameaça de lesão) e Repressivo (lesão concretizada).....	33
<b>3 CABIMENTO DE MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO JUDICIAL.....</b>	<b>38</b>
3.1 Ato que nega efeito suspensivo ao agravo e pode causar gravame ao agravante.....	40
3.2 Sentença desprovida de efeito suspensivo.....	45
3.3 Decisão Judicial Transitada em Julgado.....	47
<b>4 CABIMENTO DE MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO DO RELATOR EM AGRAVO DE INSTRUMENTO.....</b>	<b>52</b>
4.1 A Lei nº 11.187/05 e a utilização do mandado de segurança para impugnar ato judicial.....	52
4.2 Irrecorribilidade das decisões que convertem o Agravo de Instrumento em Agravo Retido (Art. 527 e parágrafo único do CPC).....	58
4.3 Competência para julgar mandado de segurança contra ato do relator em agravo de instrumento.....	61
<b>5 CONCLUSÃO.....</b>	<b>66</b>
<b>OBRAS CONSULTADAS.....</b>	<b>69</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O remédio constitucional do mandado de segurança é um poderoso instrumento de controle contra ato de autoridade que comporte ilegalidade ou abuso de poder. É uma proteção contra a inexistência ou falta de eficácia de instrumentos nas normas ordinárias do processo, de forma que evite a consumação de lesão grave e de difícil reparação aos direitos das partes. Tal instrumento está previsto na Constituição Federal no art. 5º, LXIX e LXX, bem como na específica Lei nº 1.533/51 no seu artigo 1º.

A finalidade original do *mandamus* não enseja maiores controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais, por isso que o primeiro capítulo deste trabalho se preocupará em tratar dos aspectos gerais do instituto, com o escopo de definir-lhe um conceito sólido, discutindo também as questões sobre sua função, objeto, legitimidade (ativa e passiva) e a importante questão da competência de julgamento do writ. Ainda nessa fase, serão tratadas as espécies do remédio constitucional: individual e coletivo, bem como o preventivo (ameaça de lesão) e repressivo (lesão concretizada).

Assim, independente da espécie do mandado de segurança, pode-se afirmar que o mesmo se constitui em ação constitucional cível que objetiva proteger direito líquido e certo não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data* em face de ilegalidade ou abuso de poder cometido por agente ou órgão estatal ou de quem esteja no exercício de atribuições públicas.

Contudo, o cerne do presente trabalho monográfico está na questão do cabimento do mandado de segurança contra ato judicial, ponto esse bastante controvertido e discutido na doutrina e jurisprudência.

Portanto, se buscará estabelecer, em sede do segundo capítulo, um diálogo com a doutrina e jurisprudência, no sentido de se definir um consenso relativamente a tal controvérsia.

Nesse desiderato, a doutrina majoritária entende no sentido de que, quando se puder evitar a consumação da lesão ou da ameaça pelo próprio sistema recursal e pela dinâmica do efeito suspensivo dos recursos, descaberia o mandado de segurança contra ato judicial. Todavia, quando o sistema recursal não tiver aptidão para evitar a consumação de lesão ou ameaça na esfera jurídica do recorrente, o mandado de segurança contra ato judicial teria pleno cabimento.

No tocante ao cabimento do mandado de segurança contra ato do relator em agravo de instrumento, enfoca-se o advento da Lei nº 11.187/05, a qual deu nova disciplina ao agravo de instrumento e teve como corolário o estímulo da utilização do mandado de segurança para controle do ato judicial.

A crítica que se tecerá a respeito de tal lei é no sentido de que, apesar de seu objetivo nobre de conferir celeridade aos processos judiciais e reduzir o número de recursos disponíveis em nosso sistema processual civil, a mesma cria mais problemas que soluções, e contraria o próprio sentimento da reforma.

O problema central da Lei nº 11.187/05 encontra-se na nova redação dada ao parágrafo único do art. 527 do Código de Processo Civil, o qual deixou clara a possibilidade de reforma da decisão que converte o agravo de instrumento em sua forma retida, somente quando do julgamento do agravo, ou mediante reconsideração do relator, limitando-se, assim, o direito de recorrer da decisão que converte o agravo de instrumento em sua forma retida somente mediante o pedido de reconsideração, de modo a extinguir a figura do agravo regimental.

Por derradeiro, se discutirá ainda, nas linhas que seguem, a questão da competência para julgar o *writ* contra ato do relator em agravo de instrumento.

A questão controversa parece girar em torno dos limites do cabimento de mandado de segurança contra ato jurisdicional e da competência para julgar a ação de mandado de segurança contra ato do relator em agravo de instrumento.

O pano de fundo de tal debate encontra-se no questionamento a respeito da existência da hierarquia entre o colegiado e cada um dos membros que o integram.

Com o fito de enfrentar tal problema se promoverá um cotejo entre o entendimento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, o qual entende que o colegiado não pode atuar como instância recursal de decisões proferidas por seus membros, e a doutrina encabeçada por José Maria Rosa Tesheiner, a qual defende que o problema da hierarquia parece ser no sentido de se exercitar o controle hierárquico, pois a sua existência seria certa e clara, ao menos no plano constitucional, haja vista que havendo ilegalidade ou abuso de poder, deve ser concedido mandado de segurança, seja qual for a autoridade pública responsável pelo ato.

## 2 ASPECTOS GERAIS DO MANDADO DE SEGURANÇA

### 2.1 Conceito

O inciso LXIX do art. 5º da Constituição enuncia que "conceder-se-á mandado de segurança 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".

No art. 1º da Lei nº. 1.533, de 31.12.1951 – Lei do MS -, está enunciado que "conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus*, sempre que, ilegalmente ou com abuso do poder, alguém sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-lo por parte de autoridade, seja de que categoria for ou sejam quais forem as funções que exerça".

O inciso LXX, alíneas *a* e *b*, do aludido art. 5º dispõe: "o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por: a) partido político com representação no Congresso Nacional; b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados".

Hely Lopes Meirelles ao tratar do conceito do mandado de segurança estabeleceu que:

Mandado de Segurança é o meio constitucional posto à disposição de toda pessoa física ou jurídica, órgão com capacidade processual, ou universalidade reconhecida por lei, para a proteção de direito individual ou coletivo, líquido e certo, não amparado por *hábeas corpus* ou *hábeas data* ou

ameaçado de lesão, por ato de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça (CF, art. 5º, LXIX e LXX; Lei nº 1.533/51, art. 1º).<sup>1</sup>

O referido autor, ainda discorrendo sobre a natureza processual do *mandamus*, entende que o mesmo consiste em ação civil de rito sumário especial, destinada a afastar ofensa a direito subjetivo individual ou coletivo, privado ou público, através de ordem corretiva ou impeditiva da ilegalidade, ordem esta que deve ser cumprida pela autoridade coatora, em atendimento da notificação judicial.<sup>2</sup>

Na mesma linha Maria Sylvia Zanella Di Pietro ensina que o mandado de segurança é ação civil de rito sumaríssimo mediante a qual qualquer pessoa pode provocar o controle jurisdicional quando sofrer lesão ou ameaça de lesão a direito líquido e certo, não protegido por *habeas corpus* nem *habeas data*, em decorrência de ato autoridade, praticado com ilegalidade ou abuso de poder.<sup>3</sup>

As origens do mandado de segurança no sistema jurídico nacional estão enraizadas no item 33 do art. 113 da Constituição de 1934 cujo dispositivo rezava: "Dar-se-á mandado de segurança para defesa de direito, certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional de qualquer autoridade. O processo será o mesmo do *habeas corpus*, devendo sempre ser ouvida a pessoa de direito público interessada. O mandado não prejudica as ações petitorias competentes".

O instituto do mandado de segurança desapareceu na Constituição de 1937 e voltou na Constituição de 1946. Ele surgiu como decorrência do desenvolvimento da doutrina brasileira do *habeas corpus*. Quando a Emenda de 1926 restringiu o uso dessa medida às hipóteses de ofensa ao direito de

---

<sup>1</sup> MEIRELLES, Hely. **Mandado de Segurança**. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005. pp. 21/22.

<sup>2</sup> Idem, *ibidem*. p. 31.

<sup>3</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.p. 674.

locomoção, os doutrinadores passaram a procurar outro instituto para amparar os demais direitos.<sup>4</sup>

Baseando-se nos writs do direito norte-americano e do *juicio de amparo* do direito mexicano, instituiu-se o mandado de segurança.

Analisando-se o conceito do instituto do mandado de segurança, percebe-se que o mesmo enumera alguns pressupostos para o seu cabimento, além dos processuais e das condições da ação exigíveis em qualquer procedimento.

O primeiro requisito refere-se ao ato de autoridade. Considera-se ato de autoridade todo aquele que for praticado por pessoa investida de uma parcela de poder público. Esse ato pode emanar do Estado, por meio de seus agentes e órgãos ou de pessoas jurídicas que exercem funções delegadas. Assim, também estão abrangidos os atos praticados pelos órgãos e agentes da Administração Direta e da Indireta (autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista, concessionárias e permissionárias de serviços públicos). É importante ressaltar que os atos emanados por particulares que ajam por delegação do Poder Público também estão abrangidos.

Com relação às entidades particulares<sup>5</sup>, cabe mandado de segurança quando atuem por delegação e nos seus limites apenas. Além disso, se exercerem atividades autorizadas, com base no poder de polícia do Estado, que não se inserem entre as atividades próprias do Poder Público, também não cabe essa medida. É o que ocorre, por exemplo, com os serviços de táxi, hospitais particulares, estabelecimentos bancários, companhias de seguro.<sup>6</sup>

---

<sup>4</sup> Idem, ibidem. p. 674.

<sup>5</sup> Relativamente à impetração de Mandado de Segurança contra ato de entidade particular atuando por delegação de Poder Pública, cita-se a seguinte jurisprudência do TJRS:

**EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. REEXAME NECESSÁRIO. ENSINO SUPERIOR PRIVADO. EXPEDIÇÃO DE DIPLOMA.** Tratando-se de **mandado** de **segurança** impetrado contra **ato** de Diretor Geral de universidade **particular** que, sabidamente, atua por delegação do Poder Público Federal, a competência para a sua apreciação é da Justiça Federal de primeiro grau. Desconstituição dos atos decisórios. Competência declinada para a Justiça Federal. (Reexame Necessário Nº 70017759291, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Leo Lima, Julgado em 18/04/2007).

<sup>6</sup> Idem, ibidem. p. 675.

No âmbito judicial, a necessidade de tratar-se de função delegada para cabimento da medida ficou expressa na Súmula nº 510 do STF: “Praticado o ato por autoridade, no exercício de competência delegada, contra ela cabe o mandado de segurança ou medida judicial”.

No que pertine à impetração da segurança na ordem privada, acrescenta Hely Lopes Meirelles:

Na ordem privada podem impetrar segurança, além das pessoas e entes personificados, as universalidades reconhecidas por lei, como o espólio, a massa falida, o condomínio de apartamentos. Isto porque a personalidade jurídica é independente da personalidade judiciária, ou seja, a capacidade para ser parte em juízo; esta é um *minus* em relação àquela. Toda pessoa física ou jurídica tem, necessariamente, capacidade processual, mas para postular em juízo nem sempre é exigida personalidade jurídica; basta a personalidade judiciária, isto é, a possibilidade de ser parte para defesa de direitos próprios e coletivos.<sup>7</sup>

Ainda é importante estabelecer a distinção entre autoridade pública e o agente público. Enquanto a autoridade pública detém, na ordem hierárquica, poder de decisão e é competente para praticar atos administrativos decisórios, o agente público não pratica atos decisórios, mas simples atos executórios, não respondendo, assim, a mandado de segurança.

Finalmente deve-se ressaltar que os atos de autoridade equiparam-se às omissões administrativas das quais possa resultar lesão a direito subjetivo da parte<sup>8</sup>, cabendo mandado de segurança para compelir a Administração a pronunciar-se sobre o requerido pelo impetrante, e durante a inércia da autoridade pública não corre prazo de decadência da impetração.<sup>9</sup>

---

<sup>7</sup> MEIRELLES, Hely. **Mandado de Segurança**. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.p. 23.

<sup>8</sup> Exemplificando tal situação tem-se a seguinte jurisprudência do TJRS: REEXAME NECESSÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PRESTAÇÃO DE INFORMAÇÕES NÃO ATENDIDA NO PRAZO LEGAL. DEMONSTRADA A PRESENÇA DO DIREITO LÍQUIDO E CERTO DO IMPETRANTE, VIOLADO POR ATO (OMISSÃO) SUPOSTAMENTE ILEGAL PRATICADO PELA AUTORIDADE IMPETRADA. CONCESSÃO DA ORDEM. CONFIRMARAM A SENTENÇA EM REEXAME NECESSÁRIO. UNÂNIME. (Reexame Necessário Nº 70018784124, Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Mário Crespo Brum, Julgado em 10/05/2007).

<sup>9</sup> Idem, *ibidem*. p. 34.

Nesses casos de omissão do Poder Público, a autoridade coatora é a que a lei indica como competente para praticar o ato.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro ainda acrescenta que:

É contra a autoridade responsável pelo ato – chamada autoridade coatora- que se impetra o mandado de segurança e não contra a pessoa jurídica. Na hipótese de haver mais de uma autoridade, como no caso de atos complexos e compostos, todas elas devem ser citadas, uma vez que nesse tipo de ato, que só se aperfeiçoa com a manifestação de duas ou mais vontades, o desfazimento exigirá a mesma participação.<sup>10</sup>

Outro pressuposto do mandado de segurança é a ilegalidade ou abuso de poder. Evidentemente que, havendo ilegalidade, caracteriza-se o abuso de poder. Os atos administrativos podem ser ilegais por vícios quanto ao sujeito, ao objeto, ao motivo, à finalidade e à forma.

O terceiro pressuposto é a lesão ou ameaça de lesão, o que permite inferir que o mandado de segurança pode ser repressivo, quando a lesão já se concretizou, ou preventivo, quando haja apenas ameaça de lesão, como adiante se verá.

O último requisito é o concernente ao direito líquido e certo. A liquidez e certeza referem-se aos fatos e, estando esses devidamente provados, as dificuldades com relação à interpretação do direito serão resolvidas pelo juiz. Tal entendimento consolidou-se com a Súmula nº 625, do STF, segundo a qual “a controvérsia sobre a matéria de direito não impede concessão de mandado de segurança”.

No mandado de segurança, inexistente a fase de instrução, de modo que, havendo dúvidas quanto às provas produzidas na inicial, o juiz extinguirá o processo sem julgamento do mérito, por falta de um pressuposto básico, ou seja, a certeza e liquidez do direito.

---

<sup>10</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.p. 676.

Relativamente à certeza e liquidez do direito, disserta Hely Lopes Meirelles:

Quando a lei alude a *direito líquido e certo*, está exigindo que esse direito se apresente com todos os requisitos para seu reconhecimento e exercício no momento da impetração. Em última análise, *direito líquido e certo* é *direito comprovado de plano*. Se depender de comprovação posterior, não é líquido nem certo, para fins de segurança.<sup>11</sup>

Quanto a tal conceituação, também ensina Alfredo Buzaid:

(...) direito líquido e certo, para efeito de mandado de segurança, não é aquele que se apresenta certo quanto à sua existência e líquido quanto ao seu valor, para usarmos a fórmula empregada pelo Código Civil/16, ao definir a obrigação líquida (art. 1.533); é, sim, aquele insuscetível de contestação.<sup>12</sup>

Carlos Alberto Menezes Direito critica que a expressão original “direito certo e incontestável” é bem mais feliz que a atual “direito líquido e certo”.<sup>13</sup>A esse respeito, ainda preleciona:

A expressão *direito líquido e certo*, herdeira de “direito certo e incontestável”, da Constituição de 1934, tem o alcance próprio de direito manifesto, evidente, que exsurge da lei com clareza, “que é sobranceiro a qualquer dúvida razoável e maior do que qualquer controvérsia sensata”, dispensando “a alta indagação de fatos intrincados, complexos ou duvidosos”, para buscar expressões clássicas do mestre Orozimbo Nonato.<sup>14</sup>

---

<sup>11</sup> MEIRELLES, Hely. **Mandado de Segurança**. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.p. 37.

<sup>12</sup> DIREITO, Carlos Alberto Menezes. **Manual do mandado de segurança**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.p. 61.

<sup>13</sup> Idem, ibidem. p. 61.

<sup>14</sup> Idem, ibidem. p. 62.

Existe um consenso na doutrina e na jurisprudência em relação à matéria. O mandado de segurança exige que o direito submetido ao julgamento dispense qualquer dilação probatória.<sup>15</sup>

Justamente por haver a exigência de situações e fatos comprovados de plano é que não há instrução probatória no mandado de segurança. Há, apenas, uma dilação para informações do impetrado sobre as alegações e provas oferecidas pelo impetrante, com subsequente manifestação do Ministério Público sobre a pretensão do postulante.

A única exceção à regra está contida no artigo 6º, parágrafo único, da Lei nº 1.533: “no caso em que o documento necessário à prova do alegado se ache em repartição ou estabelecimento público, ou em poder de autoridade que recuse fornecê-lo por certidão, o juiz ordenará, preliminarmente, por ofício, a exibição desse documento em original ou em cópia autêntica e marcará para o cumprimento da ordem o prazo de 10 dias. Se a autoridade que tiver procedido dessa maneira for a própria autoridade coatora, a ordem far-se-á no próprio instrumento de notificação. O escrivão extrairá cópias do documento para junta-las à segunda via da petição”.

Ainda sobre tal aspecto Carlos Alberto Menezes Direito argumenta que a locução direito *líquido e certo* impõe prova pré-constituída e que tal prova deve ser insuscetível de tal indagação. O mandado de segurança só será idôneo se o direito pleiteado for escoimado de qualquer dúvida razoável.<sup>16</sup>

O jurista ainda acrescenta:

Tenha-se presente sempre que fatos complexos não desqualificam o uso do mandado de segurança. O que tira a idoneidade do *writ* é a necessidade de provas complementares. O rito especial como já afirmado não comporta a dilação probatória.<sup>17</sup>

---

<sup>15</sup> Idem, ibidem. p. 64.

<sup>16</sup> Idem, ibidem. p. 67.

<sup>17</sup> Idem, ibidem. p. 68.

Assim, o que se exige para que o mandado de segurança seja cabível é que o direito público subjetivo invocado não deixe margem a qualquer dúvida razoável, ou seja, que possa ser identificado de plano, sem a necessidade de investigação mais profunda.<sup>18</sup>

O direito líquido e certo deve apresentar alguns requisitos, além da certeza quanto aos fatos, quais sejam: 1) certeza jurídica, no sentido de que o direito deve decorrer de norma legal expressa, não se reconhecendo como líquido e certo o direito fundamentado em analogia, eqüidade ou princípios gerais de direito, a menos que se trate de princípios implícitos na Constituição, em decorrência, especialmente, do artigo 5º, § 2º da Constituição Federal; 2) direito subjetivo próprio do impetrante no sentido de que o mandado somente é cabível para proteger direito e não simples interesse e esse direito deve pertencer ao próprio impetrante, pois, de acordo com decisões unânimes do STF<sup>19</sup>, ninguém pode reivindicar, em seu nome, direito alheio; 3) Direito líquido e certo referido a objeto determinado, significando que o mandado de segurança não é medida adequada para pleitear prestações indeterminadas, genéricas, fungíveis ou alternativas; o que se objetiva com o mandado de segurança é o exercício de um direito determinado e não a sua reparação

---

<sup>18</sup> Idem, ibidem. p. 69.

<sup>19</sup> Tal alegação é ilustrada pela ementa do seguinte acórdão do STF:

Concurso público - Defensoria de ofício da justiça militar - Limite de idade - Lei n. 7.384/85 (art. 4., ii) - alegação de ofensa ao art. 39, par. 2., c/c art. 7., xxx, da constituição - candidatos que, embora autorizados por liminar judicial, sequer participaram do concurso - postulação mandamental deduzida com o único objetivo de assegurar aos impetrantes a inscrição no referido concurso público - impossibilidade de alteração do pedido em sede recursal ordinária - mandado de segurança individual e substituição processual - recurso improvido. - a jurisprudência do supremo tribunal federal firmou-se no sentido de que a norma constitucional proíbe tratamento normativo discriminatório, em razão da idade, para efeito de ingresso no serviço público (cf, art. 39, par. 2., c/c art. 7., xxx), não se reveste de caráter absoluto, sendo legítima, em consequência, a estipulação de exigência de ordem etária quando esta decorrer da natureza e do conteúdo ocupacional do cargo público a ser provido. o tema concernente a fixação legal do limite de idade para efeito de inscrição em concurso público e de preenchimento de cargos publicos tem sido analisado pela jurisprudência desta corte em função e na perspectiva do critério da razoabilidade. precedentes: rtj 135/528 - rtj 135/958. - o recorrente não pode inovar a sua postulação mandamental em sede recursal ordinária, para nela incluir pedido diverso que foi originariamente deduzido quando da impetração do writ constitucional. - o autor da ação de mandado de segurança individual não pode pleitear, em nome próprio, a tutela jurisdicional de direito público subjetivo alheio, salvo quando autorizado por lei (cpc, art. 6.). o impetrante do mandado de segurança individual, por não dispor de legitimação extraordinária para agir, não pode invocar a proteção jurisdicional do estado em favor da generalidade dos participantes de um determinado concurso público. (RMS 21045 / DF - DISTRITO FEDERAL – RELATOR MIN. CELSO DE MELLO – JULGAMENTO: 29/03/1994).

econômica, por isso mesmo, a Súmula nº 269, do STF, diz que “ o mandado de segurança é a anulação do ato ilegal ou a prática de ato que a autoridade coatora omitiu; se concedido o mandado, a execução se fará por ofício do juiz à autoridade para que anule o ato ou pratique o ato solicitado; não cumprida a execução, incidirá a autoridade no crime de desobediência.”<sup>20</sup>

Muito se discute a natureza jurídica do mandado de segurança, na tentativa de identificar a categoria jurídico processual que pertence este instituto constitucional para se definir qual o regime jurídico do Código de Processo Civil aplicável ao mandado de segurança.

Alguns doutrinadores sustentam que o mandado de segurança tem natureza de ação cautelar. Para os que defendem esta posição, aplicar-se-á ao mandado de segurança o artigo do Código de Processo Civil, que se refere à concessão da liminar no processo cautelar.

*“Artigo 804 – É lícito ao juiz conceder liminarmente ou após a justificação prévia a medida cautelar, sem ouvir o réu, quando verificar que este sendo citado, poderá torná-la ineficaz caso em que poderá determinar o requerente caução real ou fidejussória de ressarcir os danos que o requerido possa vir a sofrer.”*<sup>21</sup>

Tal entendimento, todavia, não parece ser o mais aceitável, haja vista que há identificação prévia entre liminar em ação cautelar e liminar no mandado de segurança.

Assim dispôs, o então Ministro Moacyr Amaral dos Santos há mais de duas décadas: *“Há quem, embora sem muita convicção, acene para a inclusão do mandado de segurança entre as chamadas ações cautelares. A nosso ver, trata-se, essa, de concepção assaz apressada, senão esdrúxula”*.<sup>22</sup>

Muito embora, tanto a liminar no mandado de segurança e a liminar na ação cautelar sejam medidas provisórias, diferenciam-se acerca da natureza jurídica e do regime jurídico.

---

<sup>20</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.p. 678.

<sup>21</sup> NERY JUNIOR, Nelson. **Atualidade sobre processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 938.

<sup>22</sup> SANTOS, Moacyr Amaral dos. **Natureza jurídica do mandado de segurança**. RDP 17/9.

Pode-se, conceituar liminar como a medida provisória de alguns efeitos da tutela pretendida de forma principal, efeitos estes que repercutem no plano fático. Pode ou não ter caráter cautelar e tem previsão legal para ser concedidas em vários tipos de ações (mandado de segurança, ação civil pública, ação cautelar, ação possessória, ação de nunciação de obra nova, etc.), ao contrário da medida cautelar, que só pode ser concedida em ação cautelar.

Como ensina, Humberto Theodoro Júnior, citando Hamilton de Moraes e Barros:

Caso típico de medida provisória não cautelar são as liminares que se admitem em certos procedimentos especiais de mérito, como os interditos possessórios e os mandados de segurança. Essas liminares, ao contrário da providência propriamente cautelar, já se apresenta como a entrega provisória e antecipada do pedido. Destinam-se a transformar em definitiva com a sentença final.<sup>23</sup>

A liminar em ação cautelar tem como finalidade de assegurar a operatividade de uma ação principal em curso ou a ser posteriormente proposta, conforme se trata de ação cautelar antecedente ou incidente.

A outra espécie (liminar em mandado de segurança), tem conteúdo prático antecipatório da sentença ser proferida na mesma ação. O conteúdo liminar no mandado de segurança é unicamente semântico, e não técnico, com o intuito de prevenir a produção de determinada lesão decorrente do ato de autoridade reputado como ilegal ou abusivo, mas disso não decorre afigurar-se mandado de segurança como espécie de cautelar.

O mandado de segurança, como a lei regulamentar o considera, é ação civil de rito sumário especial, destinada a afastar ofensa a direito subjetivo individual ou coletivo, privado ou público, através de ordem corretiva ou impeditiva da ilegalidade, ordem, esta, a ser cumprida especificamente pela autoridade coatora, em atendimento a notificação judicial.

---

<sup>23</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1991. V. 4. p. 1109.

Assim já decidiu o STF:

*“Mandado de Segurança é ação civil, ainda quando impetrado contra ato de juiz criminal, praticado no processo penal. Aplica-se, em consequência, ao recurso extraordinário interposto da decisão que julga o prazo estabelecido no Código de Processo Civil.”<sup>24</sup>*

Por tudo o que se afirmou, o mandado de segurança deve ser definido como ação civil constitucional, de função repressiva e de legitimação individual ou coletiva, para resguardo de direito subjetivo líquido e certo, em face de lesão consumada ou ameaçada, imputável à qualquer autoridade ou agente de pessoa coletiva delegatária de atribuições públicas.

E mais, como um instituto processual de raiz constitucional em norma de eficácia absoluta plena, com natureza jurídica de garantia individual, destinado à proteção das prerrogativas do indivíduo ou de coletividade em face do Estado, de atuação necessariamente célere e eficaz, que colima a correção jurídica de abusos do Poder Público iminentes (função preventiva) ou já perpetrados (função repressiva) por agente coator ou autoridade coatora, cometidos diretamente ou por interposta pessoa física ou jurídica, não estancáveis por *habeas corpus* ou *habeas data*, ilimitável e incondicionado a qualquer espécie de contra-cautela, senão pelos seus prepostos constitucionais específicos.

Aplica-se, no que couber, o Código de Processo Civil, mas isto não empana seu lustro constitucional. O mandado de segurança não é recurso, nem se confunde com outras ações que conhecem providências liminares, como as cautelares.

Logo, quanto à natureza jurídica do referido instituto pode-se concluir que a doutrina preponderante entende que o mandado de segurança é ação, a divergência ocorre quanto à espécie de ação.

Enquadrando-se o mandado de segurança entre as “ações de cognição”, desenvolve-se a idéia de que tal ação se exerce através de um procedimento

---

<sup>24</sup> RTJ 83/255.

especial da mesma natureza, de caráter documental, pois só admite prova dessa espécie, e caracterizado também pela forma peculiar da execução do julgado.<sup>25</sup>

Sob as luzes do texto constitucional, dos diplomas legais e da prática judiciária, infere-se a existência de três espécies de mandado de segurança: o individual, o coletivo e o plúrimo.

O mandado de segurança individual é aquele no qual há apenas um só impetrante (pessoa física ou jurídica, agente ou órgão) que ajuíza a ação em defesa de seus próprios direitos líquidos e certos.

O mandado de segurança coletivo é aquele no qual há uma organização sindical ou entidade de classe ou associação que impetra a ação em seu próprio nome na defesa dos interesses ou direitos de seus membros ou associados. Há também o mandado de segurança coletivo que pode ser impetrado por partido político na defesa de direitos coletivos, independentemente de serem seus membros ou filiados os protegidos pela ação.

E por fim, o mandado de segurança plúrimo no qual há mais de um impetrante (pessoa física ou jurídica, agente ou órgão) que ajuíza a ação em defesa de seus próprios direitos individuais. É o mandado de segurança litisconsorcial.

Nada obstante essas três espécies de mandado de segurança, se pode traçar a seguinte noção do referido instituto: **ação constitucional cível que objetiva proteger direito líquido e certo não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data* em face de ilegalidade ou abuso de poder cometido por agente ou órgão estatal ou de quem esteja no exercício de atribuições públicas.**

Considera-se autoridade pública o agente ou órgão do poder estatal e/ou o agente ou órgão de pessoa jurídica no exercício de atribuição do Poder

---

<sup>25</sup> BARBI, Celso Agrícola. **Do mandado de segurança**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 43.

Público ou estatal com poder de decisão e competência para a prática de ato violador de direito líquido e certo. A decisão pressupõe o poder de escolher qual ato deve ser praticado e o modo de praticá-lo.

## **2.7 Função**

A finalidade do MS é a concessão de ordem judicial que corrija ato ou omissão de autoridade pública que ilegal ou abusivamente violar ou ameace de violar direito líquido e certo não amparado por habeas corpus ou por habeas data. Essa correção judicial pode consistir na cassação ou anulação do referido ato, com eventual obrigação de se abster da feitura de novo ato de natureza idêntica, ou na obrigação de praticar determinada conduta em face de omissão ilegal ou abusiva inviabilizadora do exercício ou fruição de direito líquido e certo.

## **2.8 Objeto**

O objeto do mandado de segurança é o ato de autoridade pública inviabilizador do exercício ou fruição de direito líquido e certo não amparado por habeas corpus ou habeas data. Portanto, se não se tratar de liberdade de locomoção nem de direito de acesso ou retificação às informações contidas em registros ou bancos de dados de entidade governamental ou de caráter público, o ato da autoridade pública violador de direito líquido e certo será objeto do mandado de segurança.

## **2.4 Legitimidade ativa e passiva**

Relativamente à legitimidade ativa do mandado de segurança, o mesmo pode ser impetrado por pessoa física ou jurídica, nacional ou estrangeira.

Também pode ser ajuizado por órgãos despersonalizados e as universalidades patrimoniais privadas reconhecidas por lei, mas com capacidade postulatória. É o caso das chefias do Poder Executivo, das mesas diretoras das Casas Legislativas, das presidências dos tribunais etc. Ou do espólio da massa falida, o condomínio etc.<sup>26</sup>

Na hipótese de mandado de segurança individual o impetrante é o titular do direito lesado ou ameaçado. No mandado de segurança plúrimo, os impetrantes são os titulares dos mesmos direitos líquidos e certos, com idênticas causas de pedir e pedido. O § 2º do art. 1º da Lei do mandado de segurança dispõe que "quando o direito ameaçado ou violado couber a várias pessoas, qualquer delas poderá requerer o mandado de segurança". O art. 3º da referida Lei prescreve que "o titular de direito líquido e certo decorrente de direito, em condições idênticas, de terceiro, poderá impetrar mandado de segurança a favor do direito originário, se o seu titular não o fizer, em prazo razoável, apesar de para isso notificado judicialmente". O art. 19 dessa mencionada Lei prescreve que aplicam-se ao processo de mandado de segurança as normas reguladoras do litisconsórcio estabelecidas no CPC.

No mandado de segurança coletivo, a impetração será do partido político com representação no Congresso Nacional em defesa dos direitos coletivos, independentemente dos titulares. A impetração do mandado de segurança coletivo feita por organização sindical, entidade de classe ou associação deve ser no interesse de seus membros ou associados. Cuida-se aqui de substituição processual.

No mandado de segurança pode ser dar a representação processual, no caso de os pais, tutores ou curadores em defesa de seus filhos menores, tutelados ou curatelados.

À exceção do mandado de segurança impetrado pelo Ministério Público, as petições de mandado de segurança devem ser subscritas por advogado com poderes específicos nos autos.

---

<sup>26</sup> PACHECO, José da Silva, **O Mandado de Segurança e outras Ações Constitucionais Típicas**, 2001, p. 239.

Quanto à legitimação passiva do mandado de segurança, tem-se que o impetrado será a autoridade que ilegal ou abusivamente ameaçar ou violar direito, individual ou coletivo, líquido e certo não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*.

O § 1º do art. 1º da Lei do mandado de segurança enuncia que "consideram-se autoridades para os efeitos desta lei os administradores ou representantes das entidades autárquicas e das pessoas naturais ou jurídicas com funções delegadas do Poder Público, somente no que entender com essas funções".

A autoridade impetrada será o agente ou órgão com poder de decisão. Precisa a lição de Hely Lopes Meirelles nesse desiderato:

Considera-se autoridade coatora a pessoa que ordena ou omite a prática do ato impugnado, e não o superior que o recomenda ou baixa normas para sua execução. Não há confundir, entretanto, o simples executor material do ato com a autoridade por ele responsável. Coator é a autoridade superior que pratica ou ordena concreta e especificamente a execução ou inexecução do ato impugnado e responde pelas suas conseqüências administrativas; executor é o agente subordinado que cumpre a ordem por dever hierárquico, sem se responsabilizar por ela (...).

Incabível é a segurança contra autoridade que não disponha de competência para corrigir a ilegalidade impugnada. A impetração deverá ser sempre dirigida contra a autoridade que tenha poderes e meios para praticar o ato ordenado pelo Judiciário; tratando-se, porém, de simples ordem proibitiva (de não fazer), é admissível o *writ* contra o funcionário que está realizando o ato ilegal, a ser impedido pelo mandado.<sup>27</sup>

Agentes ou órgãos de pessoas jurídicas de direito privado podem sofrer a impetração do mandado de segurança se os seus atos configurarem atribuições delegadas pelo Poder Público. Nessa seara encontram-se as concessionárias ou permissionárias de serviços públicos, as instituições de ensino, as instituições financeiras etc. Frise-se, por oportuno e necessário, que o MS será cabível se o ato impugnado estiver dentro das atribuições delegadas do Poder Público.

---

<sup>27</sup> MEIRELLES, Hely. **Mandado de Segurança**. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.p. 60.

A pessoa jurídica, de direito público ou privado, que suportar os ônus da decisão judicial no mandado de segurança será parte integrante do processo. Daí que não apenas a autoridade coatora comporá a lide, mas a própria corporação a que está vinculada também se fará presente na situação processual. Os arts. 3º e 4º da Lei n. 4.348, de 26.6.1964 – Lei que estabeleceu normas processuais relativas ao mandado de segurança -, corroboram explicitamente esse entendimento:

*“Art. 3º. As autoridades administrativas, no prazo de 48 (quarenta e oito) 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 e elementos outros necessários às providências a serem tomadas para a eventual suspensão da medida e defesa do ato apontado como ilegal ou abusivo ao poder.”*

*“Art. 4º Quando, a requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, o presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender em despacho fundamentado, a execução da liminar, e da sentença, dessa decisão, caberá agravo, sem efeito suspensivo, no prazo de 10 (dez) dias, contados da publicação do ato.”*

## **2.5 Competência**

A competência para julgar os mandados de segurança é definida em razão da autoridade que praticou o ato e da sede funcional.

Relativamente ao critério da autoridade que praticou o ato e, portanto, a parte ré do mandado de segurança, repousa um tema controvertido na doutrina. Para alguns, a parte passiva seria a autoridade coatora. Para outros, não obstante a notificação seja feita à autoridade e não ao representante legal

da pessoa jurídica, a parte ré é a pessoa jurídica de direito público a que pertence a autoridade apontada como coatora.

A parte passiva no Mandado de Segurança conforme a doutrina prevalente não é a autoridade coatora, não é o informante, mas sim é a entidade de direito público a cujo serviço a mesma autoridade se encontra. O ato impugnado é do ente público e não ato pessoal do funcionário. A pessoa jurídica de direito público tem capacidade processual para comparecer a lide, é a parte passiva do *mandamus*. A autoridade coatora somente comparece para prestar informações. Individualmente o funcionário não pode representar o Estado, pois contraria o princípio da hierarquia e diluiria a personalidade jurídica deste.

Antes de ser impetrado o mandado de segurança, deve-se investigar, diante dos fatos e provas materiais, as pessoas envolvidas para que se determinem as autoridades, foro competente, o juiz ou tribunal competente para julgá-lo.

Nem sempre o juízo competente para o processo e julgamento da ação ordinária é o mesmo para acompanhar o pedido de mandado de segurança. A regra geral é que o mandado de segurança deve ser impetrado, processado e julgado como ação civil, no foro e juízo competente da sede da autoridade coatora ou impetrada, não interessando a natureza do ato impugnado.

A competência para processar e julgar mandado de segurança é definida em função da qualificação (federal, estadual ou municipal) e da hierarquia da autoridade pública ou da delegação titularizada pelo particular, não sofrendo alteração em virtude de posterior elevação funcional. Note-se que pouco importa, para fixação da competência, a matéria a ser discutida no mandado de segurança.<sup>28</sup>

---

<sup>28</sup> A esse respeito cita-s e a seguinte jurisprudência do STJ: PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. JUSTIÇA FEDERAL E JUSTIÇA ESTADUAL. MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO CONTRA GERENTE EXECUTIVA DO INSS. AÇÃO ACIDENTÁRIA. PREVALÊNCIA DA COMPETÊNCIA EM RAZÃO DA PESSOA. PRÉCEDENTES. COMPETÊNCIA FEDERAL.

As regras de competência no mandado de segurança encontram-se na Constituição Federal, em Constituições Estaduais, nos Códigos de Organização Judiciária e Regimentos Internos dos Tribunais.

No que tange ao local da impetração, esta deve se dar no local onde a autoridade exerce suas funções. A competência fixada para mandado de segurança é absoluta.

Deve-se ter cuidado com as denominações equivocadas de mandado de segurança, quais sejam, mandado de segurança “criminal”, “trabalhista”, dentre outras, pois mesmo quando impetrados perante essas Justiças, o mandado de segurança não perde a sua natureza de ação civil, ou melhor, ação constitucional-civil, regido sempre pelas normas constitucionais, pelas leis nº. 1.533/51 e 4.348/64 e pelo Código de Processo Civil.

Para fins de segurança não importa a origem do ato impugnado, nem a natureza das funções da autoridade coatora, visto que todos se sujeitam ao preceito nivelador do inc. LXIX do art. 5º da CF.<sup>29</sup>

Do texto constitucional extrai-se a seguinte competência originária do STF para julgar mandado de segurança, mormente as alíneas *d*, *e*, *f*, *n* e *r* do inciso I do art. 102.

A competência recursal ordinária do STF para surpreender o mandado de segurança está contida na alínea *a* do inciso II do art. 102. Nesse dispositivo está prescrito que se a decisão for originariamente de Tribunal Superior em mandado de segurança e se for denegatória, cabe recurso ordinário para o

---

1. A controvérsia trazida no presente conflito é sobre a prevalência, ou não, em sede de mandado de segurança, da competência em razão da pessoa quando há outro juízo competente em razão da matéria.

2. A regra de competência para julgamento de mandado de segurança é definida em função do foro da autoridade coatora, conforme decisões reiteradas desta Corte.

3. É forçoso o reconhecimento da competência da Justiça Federal para o julgamento de mandado de segurança impetrado contra ato da Gerente Executiva do Instituto Nacional do Seguro Social de Curitiba, pois esta é qualificada como autoridade federal nos termos do art. 2º da Lei nº. 1.533/51.

4. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo Federal da Vara Previdenciária de Curitiba, o suscitado. (CC 69016 / PR - DJ 26.03.2007).

<sup>29</sup> MEIRELLES, Hely. **Mandado de Segurança**. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 76.

STF. A competência recursal extraordinária do STF está disciplinada no inciso III do art. 102.

A competência do STJ para julgar originariamente o mandado de segurança está timbrada no art. 105, I, *b*, tendo como impetrados os Ministros de Estado, os Comandantes das Forças Armadas e o próprio STJ. A recursal ordinária do STJ é extraída do art. 105, II, *b* e *c*. A recursal especial do inciso III do art. 105.

O mandado de segurança será originariamente julgado por Tribunal Regional Federal se o ato impugnado for do próprio tribunal ou de juiz que lhe for vinculado, nos termos do art. 108, I, *c*.

Os juízes federais julgarão os mandados de segurança contra ato de autoridade federal, excetuados os casos de competência dos tribunais federais, nos termos do art. 109, VIII. Se a competência for da justiça estadual, da eleitoral, da trabalhista e da militar, não compete a juiz federal conhecer e julgar o mandado de segurança. O art. 2º da lei do mandado de segurança dispõe que "considerar-se-á federal a autoridade coatora se as conseqüências de ordem patrimonial do ato contra o qual se requer o mandado houverem de ser suportados pela União Federal ou pelas entidades autárquicas federais". Se se cuidar de agente de pessoa jurídica de direito privado, observar-se-á se a delegação de atribuições é federal para situar o órgão competente.

A competência julgadora do mandado de segurança na justiça estadual será estabelecida na respectiva Constituição e nas leis de organização judiciária, observados os princípios estabelecidos na Constituição da República.

Compete às justiças eleitoral, trabalhista e militar o julgamento de mandado de segurança quando o ato questionado envolver matéria sujeita à sua jurisdição.

Quanto aos mandados de segurança contra atos das autoridades federais não indicadas em normas especiais, a competência é das Varas da

Justiça Federal, nos limites de sua jurisdição territorial, com recurso para o TRF.<sup>30</sup>

É importante observar que a Lei Orgânica da Magistratura Nacional (Lei Complementar nº 35, de 14.3.79) reafirmou a competência de todos os tribunais para “julgar, originariamente, os mandados de segurança contra seus atos, os dos respectivos Presidentes e os de suas Câmaras, Turmas ou Seções” (art. 21, VI).

Para os mandados de segurança contra atos das autoridades estaduais e municipais o juízo competente será sempre o da respectiva comarca, circunscrição ou distrito, segundo a organização judiciária de cada Estado, observados os princípios constitucionais e legais pertinentes. A atual Constituição atribui o julgamento do Prefeito ao Tribunal de Justiça (art. 29, VIII), donde se conclui que os mandados de segurança, mandados de injunção e *habeas data* impetrados por essa autoridade ou contra ela serão julgados originariamente por esse Tribunal.<sup>31</sup>

Como já dito alhures, para a fixação do juízo competente em mandado de segurança não interessa a natureza do ato impugnado; o que importa é a sede da autoridade coatora e sua categoria funcional, reconhecida nas normas de organização judiciária pertinentes. Se a impetração for dirigida a juízo incompetente, ou no decorrer do processo surgir fato ou situação jurídica que altere a competência julgadora, o Magistrado ou o Tribunal deverá remeter o processo ao juízo competente.<sup>32</sup>

Quando a União, o Estado ou suas autarquias intervêm no feito, a competência é deslocada, respectivamente, para a Justiça Federal ou para a Vara privativa estadual. Mas para isso, é necessário ocorrer interesse direto e jurídico do interveniente, e não apenas interesse indireto, fático ou circunstancial no desfecho da demanda.<sup>33</sup>

---

<sup>30</sup> Idem, ibidem. p. 76.

<sup>31</sup> Idem, ibidem. p. 73.

<sup>32</sup> Idem, ibidem. p.74.

<sup>33</sup> Idem, ibidem. p 74.

Nas comarcas quando existirem varas privativas das Fazendas Públicas, o juízo competente para mandado de segurança será sempre o dessas varas, conforme o ato impugnado provenha de autoridade federal, estadual ou municipal, ou de seus delegados, por outorga legal, concessão ou permissão administrativa. O que não se pode conceber é que, havendo juízos especializados, possam as Varas Cíveis comuns conhecer e decidir mandados de segurança contra atos de autoridade ou de delegados do Poder Público, visto que a competência dos juízes cíveis é unicamente para solucionar questões de Direito Privado, entre particulares, e não de Direito Público, entre os administrados e a Administração.<sup>34</sup>

A Súmula 556 do STF<sup>35</sup> não autoriza o deslocamento do mandado de segurança para varas cíveis, da Justiça Ordinária Estadual, pois que essa Súmula só contempla os litígios de Direito Privado, em que as entidades paraestatais (empresas públicas e sociedades de economia mista) discutam questões decorrentes de atos negociais, e não de atos administrativos resultantes de suas funções delegadas, assemelhadas às de concessionários de serviços públicos.<sup>36</sup>

## 2.6 Espécies

### 2.6.1 INDIVIDUAL E COLETIVO

A evolução constante do mandado de segurança, enquanto instrumento de defesa contra os excessos do Estado, traduz-se hoje no alargamento considerável de sua hipótese de incidência (utilização), efetivado pelo texto constitucional vigente.

---

<sup>34</sup> Idem, *ibidem*. p 75.

<sup>35</sup> *É competente a justiça comum para julgar as causas em que é parte sociedade de economia mista.*

<sup>36</sup> MEIRELLES, Hely. **Mandado de Segurança**. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 76.

Dentre as inovações que a Constituição Federal de 1988 promoveu no mandado de segurança destaca-se, preliminarmente, a ampliação na legitimação passiva, consoante expresso no art. 5º, inciso LXIX. É que a ação mandamental pode ser utilizada contra agente de pessoa jurídica, no exercício de atribuições do Poder Público.

O art. 5º, inciso LXX, da Carta Magna, deu origem à modalidade diversa de ação mandamental, com legitimação ativa própria e peculiar, o mandado de segurança coletivo.

São espécies do mesmo gênero, por isso apresentam pressupostos em comum, vale dizer: a) a existência de um direito líquido e certo a ser tutelado, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*; b) a existência de uma ação ou omissão causadora da ilegalidade ou abuso de poder, proveniente de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

Diferem, contudo, quanto à legitimação ativa para a impetração e no interesse de agir. Enquanto no mandado de segurança individual é parte legítima para propor o writ, aquele que se reconheça como titular do direito líquido e certo, objeto da pretensão, tratando-se sempre de interesse individual do impetrante ou de quem o represente, no mandado de segurança coletivo a titularidade é reservada, exclusivamente, a determinadas pessoas elencadas na Carta Magna que têm como escopo imediato ou mediatamente a defesa de interesses transindividuais coletivos (partido político com representação no Congresso Nacional; organização sindical; entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros e associados, que não necessitam de autorizações específicas para agir, pois a proteção constitui objetivo da própria pessoa jurídica).

Vale salientar que muito embora o art. 5º, XXI, da Constituição Federal confira legitimidade ativa às entidades associativas, quando expressamente autorizadas, para representarem seus filiados judicial ou extrajudicialmente, tal hipótese não corresponde a uma nova modalidade de mandado de segurança,

uma vez que este se limita às espécies anteriormente citadas. Trata-se, tão-somente, de caso típico de substituição processual, ou seja, através de representação, uma associação postula em nome próprio o direito de terceiro. Quando ocorre tal substituição processual em mandado de segurança trata-se da espécie tradicional, ou seja, do individual.

Merece destaque, ainda, o fato de que na sentença prolatada em ação na qual se verifica a substituição processual retro aludida, os efeitos destinam-se apenas ao substituído, preservando-se assim a própria essência da substituição.

Tendo em vista que as duas espécies de mandado de segurança diferem no que diz respeito a uma das condições essenciais da ação, qual seja a parte ativa legítima, resulta daí outra distinção, quanto aos efeitos da decisão de mérito nelas proferidas.

Em mandado de segurança individual, concedida a segurança, esta aproveitará apenas ao sujeito ativo.

Diversamente, em mandado de segurança coletivo proposto por sindicato (a quem cabe a tutela dos direitos dos seus associados e da categoria por força do que dispõe o art. 513 da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT), a sentença concessiva da segurança protegerá além dos seus associados, toda a categoria econômica ou operária abarcada pelo sindicato. Tal sentença terá, pois, o caráter normativo, beneficiando todos aqueles que integram o campo de abrangência do sindicato.

Caso o writ coletivo seja impetrado pelas demais entidades previstas constitucionalmente (partido político, entidade de classe ou associação), os efeitos da decisão abarcarão somente os verdadeiramente associados. A segurança frustrada no writ coletivo não obstaculiza a proposição individual, plúrima ou não, tendo em vista que a denegação constituirá coisa julgada para parte diversa daquela a quem compete o ajuizamento da segurança tradicional.

## 2.6.2 PREVENTIVO (ameaça de lesão) E REPRESSIVO (lesão concretizada)

O artigo 1º da Lei 1.533/51 especifica e agrega direta e expressamente à garantia do mandado de segurança à proteção de ameaça de lesão (“justo receio” de sofrer violação). Tal mérito é de ordem meramente sistemática e de modo algum inova ou amplia a configuração constitucional de instituto, pois a proteção à ameaça a direito decorre expressamente de outra norma constitucional que assegura, que “a lei não excluirá de apreciação do Poder Judiciário a lesão ou ameaça a direito” (art. 5º, XXXV, Constituição Federal).

A proteção almejada pelo regime constitucional do mandado de segurança, decorrente da conjugação dos incisos XXXV e LXIX da Constituição Federal de 1988, tem caráter tanto preventivo como repressivo.

O mandado de segurança pode apresentar-se sob as modalidades repressiva e preventiva. A sua figura preventiva não é posterior ou anterior à repressiva do mandado de segurança.

A tutela repressiva, também denominada de sucessiva ou sancionatória, é aquela que se opera *a posteriori*, ou seja, tem por escopo eliminar o prejuízo produzido pela lesão de um determinado direito, permitindo-se ao titular do direito violado a restituição ao estado anterior, quando possível, ou a reparação ou ressarcimento em face desse direito violado. A finalidade dessa tutela é tentar eliminar ou compensar do prejuízo produzido pela lesão ao direito.

O mandado de segurança repressivo dirige-se contra ato já praticado pela autoridade coatora e tem por finalidade evitar que seus efeitos atinjam irremediavelmente a esfera jurídica do particular. Em matéria tributária, a Administração pratica atos de diversa ordem que interferem no plano jurídico do contribuinte, especialmente o ato de lançamento e o ato de aplicação de penalidades (multas e juros moratórios) ou mesmo atos praticados no curso de procedimento de fiscalização tributária. Praticado ato ilegal, de lançamento ou aplicação de penalidades (auto de infração), e não mais havendo possibilidade

de impugnação administrativa, pode o contribuinte lançar mão do mandado de segurança visando reprimir os efeitos do ato já praticado, de modo a que não produza efeitos lesivos.

A tutela preventiva, por seu turno, é aquela que se opera antes, com a finalidade de evitar que seja concretizada a ameaça de lesão a um direito, tendo em vista que seria inócuo um sistema jurídico que de um lado assegura direitos fundamentais, mas, de outro, não detém instrumentos eficazes que os ponham a salvo de qualquer ameaça, o que certamente impediria o acesso eficaz e efetivo à Justiça.

Sua previsão encontra-se expressamente delineada no Capítulo I, dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, artigo 5º XXXV, de nossa Carta Magna, *in verbis*:

*“A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça do direito”.*

Trata-se, pois, o mandado de segurança de uma garantia constitucional, com o escopo de proteger direito líquido e certo do impetrante. As garantias constitucionais traduzem como instrumento de efetivação dos direitos individuais e coletivos; diferentemente dos direitos fundamentais, que consagram a limitação da atuação do Estado em face do indivíduo ou da coletividade.

E o suporte infraconstitucional do mandado de segurança preventivo encontra-se no artigo 1º, *caput*, da Lei 1.533/51, que assim prescreve:

*“Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus, sempre que, ilegalmente ou com abuso do poder, alguém sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-lo por parte de autoridade, seja de que categoria for sejam quais forem as funções que exerça”.*<sup>37</sup>

---

<sup>37</sup> NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JÚNIOR, Nelson. **Código de processo civil comentado**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 1813.

Exceto as hipóteses de cabimento de *habeas corpus* (liberdade de locomoção) e *habeas data* (obtenção de informações que pertencem ao próprio impetrante pelo Poder Público), o mandado de segurança é o remédio legal para proteger direito líquido e certo, contra lesão ou ameaça de lesão, praticada pela administração com ilegalidade ou abuso de poder.

Para identificar a tutela preventiva, é preciso antes de qualquer coisa, identificar as condições prévias de procedibilidade, que se dividem em pressupostos genéricos e específicos.

Os pressupostos genéricos são todos aqueles comuns às modalidades repressiva e preventiva, quais sejam: direito líquido e certo, ato de autoridade, ilegalidade e abuso de poder.

Por derradeiro, o mandado de segurança preventivo exige além dos pressupostos genéricos os pressupostos específicos, sem o qual acarretará a extinção da ação mandamental, sem o julgamento de mérito.

O que deve ser comprovada para fins de impetração do mandado de segurança preventivo é a ocorrência da ameaça de lesão ao direito firmado em juízo.

A esse respeito encontra-se o ensinamento de Celso Agrícola Barbi:

Entendemos que a ameaça será 'objetiva' quando 'real', traduzida por fatos e atos, e não por meras suposições, e será 'atual' se existir no momento, não bastando existindo em outros tempos e haja desaparecido.<sup>38</sup>

O interesse que se pretende proteger na tutela preventiva decorre da própria necessidade de obter um provimento jurisdicional que impeça a violação ou lesão de um direito ameaçado, ou seja, se protege o próprio direito; enquanto que a tutela cautelar visa proteger diretamente o processo e indiretamente o direito objeto da controvérsia judicial.

---

<sup>38</sup> BARBI, Celso Agrícola. **Do mandado de segurança**. 10<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 82.

O mandado de segurança preventivo em nosso ordenamento desempenha papel de importante relevo como meio de controle jurisdicional da administração e, se não bastasse, possui determinadas particularidades que fazem desse remédio ser, verdadeiramente, uma tutela diferenciada, já que busca a reparação específica do direito que foi ameaçado ou violado não se satisfazendo, pois, com uma reparação de natureza subsidiária. Busca-se, essencialmente, a restauração do direito tal ele foi erigido.<sup>39</sup>

Restrições têm sido colocadas ao uso do mandado de segurança preventivo. Existem decisões judiciais segundo as quais a prevenção é incabível para impedir a prática do ato administrativo. O contribuinte teria de esperar a feitura do lançamento do tributário, para somente depois impetrar assegurado, que seria cabível apenas para impedir os efeitos do ato, vale dizer, do lançamento.<sup>40</sup>

Tais restrições evidentemente não devem prevalecer, porque incompatíveis com o destino constitucional do mandado de segurança. Por existirem, devem ser examinadas.

Especificamente, o *writ* preventivo é largamente utilizado no campo do Direito Tributário, com a finalidade de proteger direito líquido e certo do impetrante contra ameaça manifestada pela Administração Pública, por abuso de poder ou ilegalidade em suas ações (omissão), ressalvadas as específicas hipóteses de *habeas corpus*, do *habeas data* e mandado de injunção.

Nas palavras de Hugo de Brito Machado:

(...) atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional. Isto significa dizer que, tendo conhecimento da ocorrência de fato tributável, a autoridade administrativa não pode deixar de fazer o lançamento correspondente. Assim, editada uma lei criando ou aumentando tributo, desde que ocorrida a situação de fato sobre a qual incide, gerando a possibilidade de sua cobrança,

---

<sup>39</sup> FERRAZ, Sérgio. **Mandado de segurança**. São Paulo: Malheiros, 1992. p. 10.

<sup>40</sup> É expressiva, a propósito, a jurisprudência nesse sentido. Confira-se: TRF – 1ª. Região, 3ª. T., MAS 1999.010.00.12521-0 MG, v.u., rel. Eustáquio Silveiro, DJU 29.10.1999; TRF – 1ª. Região, 3ª. T., MAS 1999.380.10.02867-7 MG, v.u., rel. Márcio César Ribeiro, DJU 23.02.2001.

desde logo a autoridade está obrigada a exigir o tributo, e a impor penalidades aos inadimplentes.<sup>41</sup>

É perfeitamente cabível o mandado de segurança preventivo, reconhecido pelo artigo 151, V do Código Tributário Nacional, não necessitando o contribuinte aguardar a concretização da cobrança do tributo, que foi criado ou instituído, sendo certo que o justo receio do contribuinte provém da presunção da autoridade irá promover o lançamento daquele tributo, impondo as penalidades decorrentes, e fará, certamente, a correspondente cobrança.

Todavia, no que tange ao prazo para impetração do mandado de segurança, existem controvérsias. Afirmando que o prazo de cento e vinte dias para impetração da segurança “passa a fluir do dia em que, inequívoca e provadamente, o titular do direito toma conhecimento do ato infringente ou ameaçador”, admite Sérgio Ferraz a extinção, por decurso de prazo, do direito de requerer mandado de segurança preventivo.<sup>42</sup>

Porém, esse não parece ser o melhor entendimento. Pontes de Miranda ensina que a *“ameaça, se houve, não determina o início do prazo preclusivo para as ameaças futuras, nem, com mais forte razão, para as ofensas futuras”*. Para ele, se a impetração é contra uma ameaça determinada, deve ocorrer em cento e vinte dias, mas o decurso desse prazo não extingue o direito à impetração contra ameaça da prática do mesmo ato lesivo, nem contra a própria prática deste.<sup>43</sup>

Se a impetração é contra a ameaça, pode-se cogitar do prazo extintivo do direito à impetração. Se a ameaça está consubstanciada em ato objetivo, que anuncia a prática de ato lesivo a direito líquido e certo, e são decorridos mais de cento e vinte dias, já não é possível impetrar o mandado de segurança preventivo apontando aquela ameaça como fonte do justo receio de lesão de

---

<sup>41</sup> MACHADO, Hugo de Brito. **Mandado de segurança em matéria tributária**. 3. ed. São Paulo: Dialética, 1998.

<sup>42</sup> FERRAZ, Sérgio. **Mandado de segurança**. São Paulo: Malheiros, 1992. p. 100/101.

<sup>43</sup> PONTES DE MIRANDA. **Comentários à constituição de 1946**. 2 ed. São Paulo: Max Limonad, 1968. V.4. p. 354.

direito ameaçado. Não se extingue, é claro, o direito à impetração contra outra ameaça, ou contra a concretização da ameaça, ou seja, contra a lesão ao direito.

### **3 CABIMENTO DE MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO JUDICIAL**

O mandado de segurança contra atos judiciais tem por objetivo garantir que o Estado se contenha dentro dos parâmetros da legalidade. É uma proteção contra a inexistência ou falta de eficácia de instrumentos nas normas ordinárias do processo, de forma que evite a consumação de lesão grave e de difícil reparação aos direitos das partes.

Comumente, o objeto normal do mandado de segurança é o ato do Executivo, porém, excepcionalmente, pode ser utilizado contra atos do Legislativo e Judiciário. Fielis a essa orientação, os tribunais têm decidido, reiteradamente, que é cabível mandado de segurança contra ato judicial de qualquer natureza e instância, desde que ilegal e violador de direito líquido e certo do impetrante e quando não há possibilidade de coibição eficaz e pronta pelos recursos comuns.

Contudo, tal medida mostra-se contrária à tentativa de supressão de recursos e, assim, promover maior efetividade ao processo. Por isso que tal alternativa deve ser utilizada apenas em casos graves ou teratológicos, evitando-se, assim, a banalização do uso do mandado de segurança.

Sobre o uso indiscriminado do mandado de segurança contra ato judicial, afirma Kazuo Watanabe:

“ser garantia constitucional não torna o mandado de segurança um substituto incondicional dos recursos e tampouco panacéia geral para toda e qualquer situação, ora

servindo como recurso, ora como sucedâneo da ação cautelar, às vezes substituto da ação rescisória.”<sup>44</sup>

Na verdade, a doutrina e jurisprudência promoveram um alargamento das hipóteses de cabimento de mandado de segurança no sentido de admiti-lo contra decisões judiciais.

O entendimento de Cássio Scarpinella Bueno, além de sintetizar bem o assunto, é bastante coerente:

Toda vez que se puder evitar a consumação da lesão ou da ameaça pelo próprio sistema recursal e pela *dinâmica* do efeito suspensivo dos recursos, descabe o mandado de segurança contra ato judicial á minguia de *interesse jurídico* na impetração. Inversamente, Toda vez que o sistema recursal não tiver aptidão para evitar a consumação de lesão ou ameaça na esfera jurídica do recorrente, o mandado de segurança contra ato judicial tem pleno cabimento.<sup>45</sup>

Lúcia Valle Figueiredo chama de atípico o mandado de segurança contra ato judicial, com o argumento de que a sua finalidade seria suspender temporariamente a eficácia da decisão, provisória ou definitiva, da primeira instância ou, eventualmente, de um tribunal. Mas o objetivo da impetração do mandado de segurança seria unicamente a suspensão da eficácia da decisão, uma vez que não é possível mandado de segurança contra ato judicial se houver outro remédio impeditivo da executoriedade da liminar, como, também da sentença, desde logo executável.<sup>46</sup>

Isso quer dizer, segundo entendimento da autora, que o mandado de segurança contra ato judicial seria considerado como atípico por evidenciar tutelas diferentes oriundas do mesmo remédio, pois no caso do mandado de segurança típico busca-se atingir a composição final da lide instaurada entre administrado e autoridade, nos termos em que concebido no texto

---

<sup>44</sup> WATANABE, Kazuo. **Controle jurisdicional (princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional no sistema jurídico brasileiro) e mandado de segurança contra atos judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 105.

<sup>45</sup> BUENO, Cássio Scarpinella. **Mandado de Segurança: comentários às Leis n° 1.533/51, 4.348/64 e 5.021/66**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004. pp. 55/56.

<sup>46</sup> FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Mandado de Segurança**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 71.

constitucional. Já no caso do mandado de segurança contra ato judicial, verifica-se a função nitidamente acautelatória.<sup>47</sup>

Outra diferença marcante entre as duas modalidades diferentes de mandado de segurança seria o fato de que, no mandado de segurança contra ato judicial, o mérito não será discutido. Ou seja, ambos têm objetos completamente diferentes.<sup>48</sup>

### **3.1 Ato que nega efeito suspensivo ao agravo e pode causar gravame ao agravante**

Com o advento do Código de Processo Civil em 1973, passando todas as decisões interlocutórias a serem atacadas por meio de agravo, a discussão voltou-se à suficiência de via recursal ou correicional para evitar prejuízos irreparáveis às partes.

Hodiernamente, com as alterações trazidas pelas Leis 9.139/95 e 10.352/2001 ao regime de agravo de instrumento, mais do que nunca permaneceu atual a redação do artigo 5º, II da Lei 1.533/51, que determina:

*“Não se dará mandado de segurança quando se tratar de despacho ou decisão judicial, quando haja recurso previsto nas leis processuais ou possa ser modificado por via de correição.”*

A Súmula 267 do STF reforçou a literalidade do dispositivo supra mencionado, ao dispor: *“Não cabe mandado de segurança contra decisão judicial passível de recurso ou correição”*.

---

<sup>47</sup> Idem, ibidem.p. 71.

<sup>48</sup> Idem, ibidem.p. 72.

Tal decisão sumulada foi posteriormente abrandada pelo o julgamento do RE 76.909-RS<sup>49</sup>, formando-se precedente histórico para essa matéria e ampliando a utilização do mandado de segurança contra atos judiciais.

Assim, todas as mudanças legislativas promovidas, permitiram um abrandamento da Súmula 267 do STF. Na realidade, a recorribilidade ou não do ato não é fator que sozinho afasta o cabimento do remédio constitucional, outros fatores conjugados deverão ser levados em conta, como condições e requisitos de seu cabimento (*fumus boni iuris e periculum in mora*).

Desse modo, a utilização do mandado de segurança tornou-se usual na vida forense, tornando-se prática comum a utilização do mandado de segurança para dar efeito suspensivo ao recurso de agravo de instrumento.

A nova redação dada pela Lei 9.139/95, aos artigos 524 e 558 *caput* e parágrafo único, do Código de Processo Civil, praticamente eliminaram a problemática existente de cunho processual e constitucional, e a função que antes era exercida pelo mandado de segurança passou a ser realizada pelo próprio recurso de agravo de instrumento, sem a necessidade de impetração daquele.

Sobre tal assunto, discorre Lúcia Valle Figueiredo:

Todavia, em face da Lei 9.139, de 30.11.95, que modificou o Código de Processo Civil, mercê do art. 524, que determina a interposição do agravo diretamente ao tribunal, e dos arts. 527, II, e 558, este último possibilitador da atribuição do efeito suspensivo em certas situações, as hipóteses de mandado de segurança contra ato judicial viram-se reduzidas.<sup>50</sup>

---

<sup>49</sup> RE 76909 / RS - RIO GRANDE DO SUL

RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Relator(a): Min. XAVIER DE ALBUQUERQUE

Julgamento: 05/12/1973

Órgão Julgador: Tribunal Pleno

Publicação DJ 17-05-1974

Ementa

1. Ação de segurança formulada para impugnar ato judicial. é admissível no caso em que do ato impugnado advenha dano irreparável cabalmente demonstrado. 2. votos vencidos. 3. recurso extraordinário conhecido, mas não provido.

<sup>50</sup> FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Mandado de Segurança**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 66.

A seguir transcreve-se o teor do referido artigo 524 do Código de Processo Civil:

“Art. 524 – O agravo de instrumento será dirigido diretamente ao tribunal competente, através de petição com seguintes requisitos:

I – a exposição do fato e do direito;

II – as razões do pedido de reforma da decisão;

III – o nome e o endereço completo dos advogados, constantes do processo.”

No sistema anterior, o agravo era interposto perante o juízo *a quo* e remetido o instrumento posteriormente ao tribunal. Atualmente o agravo deve ser interposto diretamente no tribunal, acompanhado das razões do recurso e das peças obrigatórias e outras que o agravante queira juntar. Interposto o agravo diretamente no tribunal competente, o relator apreciará o pedido de suspensão do ato agravado.

O novo texto do artigo 558 do Código de Processo Civil, redação dada pela Lei 9.139/95, assim dispõe:

“Art. 558 – O relator poderá, a requerimento do agravante, nos casos de prisão civil, adjudicação, remição de bens, levantamento de dinheiro sem caução idônea e em outros casos dos quais possa resultar lesão grave e de difícil reparação, sendo relevante a fundamentação, suspender o cumprimento da decisão até o pronunciamento definitivo da turma ou câmara.

Parágrafo único. Aplicar-se-á o dispositivo neste artigo às hipóteses do artigo 520.”

Portanto, permitiu o referido artigo, tanto para o agravo quanto para as hipóteses nas quais a apelação não tem efeito suspensivo, a possibilidade do relator suspender o efeito da decisão recorrida.

Não obstante, mesmo em face das mais recentes alterações introduzidas no sistema do agravo pela Lei 10.352/01, para alguns doutrinadores<sup>51</sup>, seria ainda justificável a utilização do remédio constitucional, sempre que seja necessária a proteção a direito líquido e certo em face de ilegalidade ou abuso de poder por ato de autoridade pública (inclusive, no exercício do poder jurisdicional do Estado), que não seja solucionável por vias recursais ordinárias.

A segunda reforma dos artigos 523 e 527 do Código de Processo Civil (Lei 10.352/2001) buscou corrigir alguns pontos em relação aos quais o sistema processual não estava operando a contento.

O ato que nega efeito suspensivo ao agravo é decisão interlocutória e pode causar gravame ao agravante, fazendo surgir o interesse do recorrente em impugnar a referida decisão. Aplica-se, por extensão o artigo 557, § 1º, cabendo agravo, no prazo estabelecido em lei, para o órgão colegiado apreciar o pedido de concessão de efeito suspensivo. Ou, ainda, mandado de segurança para obter a suspensão da eficácia da decisão agravada.

Caso a decisão impugnada seja de conteúdo negativo, como, por exemplo, o indeferimento da medida liminar, o relator pode conceder, liminar e provisoriamente, a medida pleiteada como mérito do recurso, atuando neste caso como juiz preparador do recurso, legitimando a parte agravante a obtenção de um efeito ativo no agravo de instrumento. O órgão colegiado competente para julgamento do mérito do recurso pode manter a medida concedida pelo relator ou revogá-la.

Outra reforma introduzida pela Lei 10.352/01, antes reconhecida apenas em sede doutrinária, foi o cabimento da interposição de agravo de instrumento contra a decisão que denegava em primeira instância a tutela antecipada. Reconheceu o legislador a possibilidade do relator deferir em antecipação a

---

<sup>51</sup> Nessa linha encontram-se Lúcia Valle Figueiredo (FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Mandado de Segurança**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 65) e Seabra Fagundes in **O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário**. 6ª ed., p. 229, quando afirma que: "Os atos dos juízes sujeitam-se ao mandado de segurança, tanto quanto os atos dos membros dos Poderes Legislativo e Executivo, uma vez que aqueles- os magistrados- são tão agentes públicos, tão autoridades, quanto estes últimos. Necessário, apenas, que o ato seja ilegal ou abusivo".

tutela à pretensão recursal, comunicando o juiz para cumprimento de sua decisão.

Obtinha-se, dessa forma, por força de extensão do disposto no artigo 273 do CPC, aquela medida cuja obtenção, se inexistesse essa via, teria sido buscada por meio do mandado de segurança.<sup>52</sup>

Apesar de existirem autores que admitem o cabimento de mandado de segurança contra ato judicial mesmo em casos em que não seja absolutamente manifesta a ilegalidade ou em casos que não são considerados teratológicos, é necessário que se observe que as reformas processuais (promovidas pelas Leis 9.139/95 e 10.352/01) tiveram o escopo de extinguir a utilização banal do mandado de segurança.

Portanto, admitir o cabimento do mandado de segurança contra ato judicial, em qualquer hipótese, representaria uma atitude na contramão das últimas reformas processuais, as quais tiveram o objetivo de promover maior efetividade e celeridade da tutela jurisdicional.

Além de que a jurisprudência predominante é no sentido de que o mandado de segurança é cabível quando é comprovada a ilegalidade ou abusividade do ato e estejam presentes o *fumus boni jûris* e o *periculum in mora*, não podendo o remédio constitucional atuar como substitutivo recursal. A jurisprudência a seguir colacionada ilustra tal situação:

**RECURSO ORDINARIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ATO JUDICIAL. CABIMENTO.**

1.O mandado de segurança contra ato judicial, impugnável por recurso sem efeito suspensivo, é cabível desde que interposto o recurso a tempo e modo; seja comprovada a ilegalidade ou abusividade do ato e estejam presentes o "fumus boni juris" e o "periculum in mora".

2.A falta de qualquer desses requisitos inviabiliza a impetração, tanto mais quando esta tem efeito de substitutivo recursal.

---

<sup>52</sup> FERREIRA, Willian Santos. **Breves reflexões acerca da tutela antecipada no âmbito recursal.** In: ARRUDA ALVIM, Eduardo Pellegrini; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Aspectos polêmicos e atuais dos recursos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 680-684.

3.Recurso ordinário improvido. (STJ, 2ª T., ROMS 95.0006081-SP, rel. Min. Peçanha Martins, j. 6.11.95, v.u., DJU 4.3.96).

### **3.2 Sentença desprovida de efeito suspensivo**

Outra situação impugnável por mandado de segurança seria aquela da apelação nas hipóteses em que esse recurso não apresenta efeito suspensivo, seja por estar incluso no rol do artigo 520 do CPC ou por encontrar disposição semelhante na legislação esparsa ou no próprio código que a lei preveja apenas o efeito devolutivo para a apelação, como por exemplo, nas hipóteses do CPC 1.184, LI, 58, V, LMS 12 parágrafo único, LPBPS 130 etc.

O efetivo cumprimento da decisão, nos casos em que a apelação não tem efeito suspensivo, poderá acarretar risco de lesão grave ou de difícil reparação para a parte sucumbente. Para dar uma resposta a essa situação bastante delicada, estendeu a esses casos a possibilidade de conceder o efeito suspensivo a decisão.

O efeito suspensivo excepcional poderá ser conferido pelo o juiz de primeiro grau ou pelo relator, sempre que verificadas as circunstâncias mencionadas no caput do artigo 558 do CPC.

Nota-se, porém, o surgimento de uma problemática no mecanismo de suspensão da decisão quando se tratar de recurso de apelação, haja vista que como é cediço, a apelação é interposta perante o juízo *a quo*, subindo para o juízo *ad quem* apenas após a resposta do apelado.

Isto significa que entre o seu recebimento, resposta (contra-razões), remessa ao tribunal, distribuição e vista ao relator para concessão do efeito suspensivo, ocorre um lapso temporal significativo, capaz de resultar lesão grave e de difícil reparação.

Neste caso, abre-se, em tese, a oportunidade da propositura do mandado de segurança para suprir a crise de eficácia, contudo, a doutrina majoritária rechaça a necessidade de impetração do remédio constitucional.

A primeira solução, diz respeito à possibilidade do pedido, devidamente instruído e acompanhado da comprovação da interposição do recurso e do seu preparo, ser encaminhado diretamente ao tribunal, a fim de que o relator sorteado delibere sobre o pedido de suspensão da medida apelada. Solução esta que figura como a mais adequada, em razão de não contrariar o texto do dispositivo legal e permitir o tratamento da questão diretamente pelo tribunal competente para conhecer do recurso.

A outra solução, seria submeter a questão à apreciação do juízo *a quo*. Todavia, tal alternativa, pode cominar em solução parcial do problema, se a decisão for denegativa, indeferindo o pedido de suspensão do ato, situação em que o problema persistirá.

De uma maneira ou de outra, de acordo com o sinteticamente demonstrado, fica definitivamente afastada a necessidade de utilização do mandado de segurança para obtenção do efeito suspensivo na apelação, o qual poderá ser obtido por meio de agravo de instrumento, possibilidade facultada pelo art. 558 do CPC, introduzido pela Lei 9.139/95, com o fito de evitar a impetração do mandado de segurança contra ato judicial, como já referido alhures.

Há de ser destacadas, também, outras hipóteses passíveis de ser atacadas por mandado de segurança, além das duas acima mencionadas: nos casos de agravo regimental ou interno, carentes de efeitos suspensivos; nos casos em que a lei federal estabeleça irrecorribilidade, mas o ato venha a causar prejuízo à parte, a qual tenha sido negada pelo relator e pela via de agravo regimental; mandado de segurança impetrado por terceiro para defesa de direitos de alguma forma afetados por ato judicial.

Como se percebe, todos os casos mencionados e nos demais que o caso concreto apontar, o mandado de segurança coloca-se como medida cujo

cabimento há de ser cogitado para a garantia de uma adequada prestação jurisdicional ao litigante, colocando-se a salvo de risco de lesões irreparáveis ou de difícil reparação aos seus direitos, não equacionados adequadamente pelas vias processuais ordinárias.

### **3.3 Decisão Judicial Transitada em Julgado**

A questão referente à possibilidade ou não de impetração de mandado de segurança contra decisão judicial transitada em julgado é muito controvertida.

A Súmula 268 do STF estabelece que *“não cabe mandado de segurança contra decisão transitada em julgado”*.

Tal qual referida Súmula 267 do STF, a Súmula 268 vem sendo alvo de fortes questionamentos pela doutrina e pela jurisprudência, pois há situações concretas que não encontram outro remédio para a satisfação da tutela jurisdicional senão a impetração do mandado de segurança.

Entende-se, por coisa julgada, o momento processual depois de ultrapassada a fase recursal, quer porque não recorreu, quer porque o recurso não foi conhecido por intempestividade, quer porque foram esgotados todos os meios recursais, a sentença transitada em julgado.

A referida Súmula 268 do STF deve ser entendida em sentido amplo, remetendo a todas as decisões em relação as quais operou-se o efeito preclusivo.

Ademais, a coisa julgada tem caráter relativo, em razão da intensidade de atuação para o Poder Judiciário em relação aos Poderes Legislativo e Executivo, uma vez que perde a sua eficácia mediante a ação rescisória.

Parcela da doutrina e jurisprudência têm reconhecido a possibilidade do uso do mandado de segurança contra decisão judicial transitada em julgado, em situações de extrema gravidade, nas quais a rescisória não se mostre em remédio efetivo, seja pela ineficácia ou inadequação, para preservar o direito do impetrante.

Teresa Arruda Alvim filia-se a esse corrente ao afirmar que:

Acreditamos, entretanto, que esta “certeza” pode e deve cair por terra, ante a prova de direito líquido e certo, incompatível com o teor e com a exeqüibilidade do ato impugnado. Nesta hipótese, o mandado de segurança terá, mesmo, função rescindente.<sup>53</sup>

No mesmo sentido, entende Kazuo Watanabe:

(...) a admissão, em caráter excepcional, do mandado de segurança contra sentença transitada em julgado não repugna à consciência jurídica e tampouco contraria o nosso ordenamento jurídico.<sup>54</sup>

O jurista ainda conclui com a seguinte justificativa:

O próprio legislador, à consideração de que, em certos casos, ‘a natureza do vício causador da injustiça é de tal ordem, que apresenta inconveniente maior do que o da instabilidade de julgado’, criou o remédio especial da ação rescisória.<sup>55</sup>

Vale dizer que, o cabimento dessa medida não é regra, devendo, portanto, ser utilizada excepcionalmente em determinadas situações de evidente direito da parte e preclusão por não interposição de recursos cabíveis.

Em relação a terceiros, o mandado de segurança se presta para evitar a ilegal extensão de efeitos da sentença sobre quem não foi parte da lide, embora o remédio constitucional não tenha o condão de rescindir o julgado, acaba por incidir no âmbito de sua aplicabilidade, limitando o entendimento e a extensão da Súmula 268.

---

<sup>53</sup> ARRUDA ALVIM PINTO, Teresa Celina de. **Mandado de Segurança contra ato judicial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.p. 53.

<sup>54</sup> WATANABE, Kazuo. **Controle Jurisdicional e Mandado de Segurança contra atos judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. pp. 105/106.

<sup>55</sup> A semelhante conclusão chegou J.J. Calmon de Passos: “Também a coisa julgada formal ou material não prejudica o cabimento do mandamus” (**Do mandado de segurança contra atos judiciais**, in Estudos sobre o Mandado de Segurança. Rio de Janeiro: Forense, 1963, cit., p. 108, conclusão “i”).

Outra hipótese de cabimento do mandado de segurança em face da coisa julgada refere-se aos casos de julgados nulos de pleno direito.

É o entendimento de Helly Lopes Meirelles sobre o assunto:

(...) inadmissível é, entretanto, o mandado de segurança contra a coisa julgada (STF, Súmula 268), só destrutível por ação rescisória, a menos que o julgado seja substancialmente inexistente ou nulo de pleno direito, ou não alcance o impetrante nos seus pretendidos efeitos.<sup>56</sup>

A seguir colaciona-se algumas ementas a título de exemplo, que demonstram situações que se mostra necessária a impetração do mandado de segurança em face de decisão transitada em julgado:

*“Mandado de segurança. Ato judicial. Réu que não foi citado regularmente. Sentença proferida inválida. Inexistência, portanto, de coisa julgada. Cabimento do mandamus. Ofensa ao direito líquido e certo. Presença dos requisitos fumus boni iuris e periculum in mora. Ordem concedida. Declarações de votos.”<sup>57</sup>*

*“Mandado de segurança. Ato judicial transitado em julgado. Cabimento excepcional. Decisão teratológica, violadora de direito líquido e certo e causadora de dano irreparável. Contestação tempestiva não juntada nos autos por desídia do cartório. Anulação da sentença, com determinação do prosseguimento do processo após sua juntada e apreciação.”<sup>58</sup>*

Como se pode perceber, a coisa julgada sana a grande parte dos vícios processuais, de modo que a admissibilidade do *writ* fica restrita às hipóteses de vícios maiores que sobrevivem à coisa julgada, que são os que ensejam a propositura da ação rescisória, e assim mesmo desde que compostos os demais pressupostos específicos, que são a lesão de direito líquido e certo por ato ilegal ou abuso de poder, apurável sem dilação probatória e a irreparabilidade de dano.

---

<sup>56</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção e habeas data**. São Paulo: Malheiros, 1995.p. 37.

<sup>57</sup> RT 697/189.

<sup>58</sup> RT 628/178.

Não obstante o valioso ensinamento de Kazuo Watanabe e Teresa Arruda Alvim Pinto, parte majoritária da doutrina e da jurisprudência, não admitem a possibilidade da impetração do mandado de segurança contra coisa julgada.

Inúmeros são os fundamentos apontados, em especial o Enunciado 268 da Súmula do STF, segundo o qual “*não cabe mandado de segurança contra decisão judicial transitado em julgado*”.

Ademais, afirmam que a decisão judicial transitada em julgado se impõe ao respeito de todos e só pode ser alterada excepcionalmente, por ação rescisória.

Castro Nunes assevera, ainda, que a admissibilidade do *writ* não vai a ponto de alcançar a coisa julgada, porque, se admitindo, se transformará em recurso rescisório, sucedâneo da ação.<sup>59</sup>

No entanto, o principal pressuposto para impedimento do uso do mandado de segurança contra decisão judicial transitada em julgado parece ser o fato de existir instrumento dotado pelo sistema processual adequado e idôneo a evitar danos irreparáveis ou de difícil reparação, denominação de ação cautelar inominada com pedido de liminar de efeito suspensivo.

Efetivamente, tanto o Regimento Interno do STJ e do STF, prevêm a possibilidade de conferir efeito suspensivo aos recursos extraordinário, especial e ordinário.

É salutar, destacar o julgado subscrito pelo Ministro Vicente Cernicchiaro:

“Recurso especial – Constitucional – Previdenciário – Coisa julgada – Fraude – a coisa julgada é resguardada pela Constituição Federal (art. 5º, inciso XXXVI). A execução, por seu turno, instrumentaliza a satisfação obtida pelo Exeqüente. O judiciário não se restringe, na prestação jurisdicional, a mero chancelar de petições, ou encara a lei como símbolo, vazio de conteúdo. Cumpre-lhe fiscalizar o processo, a fim de emitir

---

<sup>59</sup> NUNES, Castro. **Do mandado de segurança e de outros meios de defesa contra atos do poder público**. 8ª ed. Rio de Janeiro, 1980.p. 126.

provimento justo. Não pode pactuar com atitudes indignas, espúrias, fraudulentas. Cumpre impedir o locupletamento ilícito, ainda que o fato seja conhecido após a coisa julgada. O princípio que a informa deve ser conectado com a lealdade processual. Constatada a trapaça, durante a liquidação, cumpre expedir medida cautelar, suspendendo-o por prazo certo. Neste período, deverá ser proposta ação rescisória para que, também com a garantia constitucional, seja esclarecido fato tão grave”.<sup>60</sup>

---

<sup>60</sup> Edcl no Resp 45.174-4-RJ, STJ, 6a. T1, rel. Min. Vicente Cernicchiaro, DJU 26.09.1994, p. 25.670.

## **4 CABIMENTO DE MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO DO RELATOR EM AGRAVO DE INSTRUMENTO**

### **4.1 A Lei nº 11.187/05 e a utilização do mandado de segurança para impugnar ato judicial**

Entrou em vigor em janeiro de 2006 a Lei nº. 11.187, de 20 de outubro de 2005, de autoria do Poder Executivo, que "Altera a Lei nº. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, para conferir nova disciplina ao cabimento dos agravos retido e de instrumento, e dá outras providências".<sup>61</sup>

---

<sup>61</sup> Segue o inteiro teor da Lei nº 11.187, de 2005:

Art. 1º Os arts. 522, 523 e 527 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, passam a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 522. Das decisões interlocutórias caberá agravo, no prazo de 10 (dez) dias, na forma retida, salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, quando será admitida a sua interposição por instrumento." (NR)

"Art. 523.

§ 3º Das decisões interlocutórias proferidas na audiência de instrução e julgamento caberá agravo na forma retida, devendo ser interposto oral e imediatamente, bem como constar do respectivo termo (art. 457), nele expostas sucintamente as razões do agravante." (NR)

"Art. 527.

II – converterá o agravo de instrumento em agravo retido, salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, mandando remeter os autos ao juiz da causa;

V – mandará intimar o agravado, na mesma oportunidade, por ofício dirigido ao seu advogado, sob registro e com aviso de recebimento, para que responda no prazo de 10 (dez) dias (art. 525, § 2º), facultando-lhe juntar a documentação que entender conveniente, sendo que, nas comarcas sede de tribunal e naquelas em que o expediente forense for divulgado no diário oficial, a intimação far-se-á mediante publicação no órgão oficial;

Apesar do objetivo nobre da lei, essa *reforma da reformada reforma* com o condão de imprimir celeridade aos processos judiciais e reduzir o número de recursos disponíveis em nosso sistema processual civil, cria mais problemas que soluções, e contraria o próprio espírito da necessária Reforma Processual Civil.

Percebe-se na referida lei um grave problema que advém da nova redação dada ao parágrafo único do art. 527 do Código de Processo Civil (CPC), que estabelece, peremptoriamente, que *"A decisão liminar, proferida nos casos dos incisos II e III do caput deste artigo [art. 527 do CPC], somente é passível de reforma no momento do julgamento do agravo, salvo se o próprio relator a reconsiderar"*.

Conforme Bruno Dantas Nascimento, o dispositivo legal em comento acarretou quatro nefastos efeitos, quais sejam: insegurança jurídica, desprestígio dos juízes de primeiro grau e do colegiado, potencialização de erros judiciários e reavivamento do mandado de segurança para impugnar atos judiciais.<sup>62</sup>

O autor ainda critica que o referido dispositivo ainda incorre em violações aos princípios constitucionais do acesso à justiça e do juiz natural, o que conduz o dispositivo à inconstitucionalidade material. A justificação de tal afirmação é feita da seguinte forma:

---

VI - ultimadas as providências referidas nos incisos III a V do caput deste artigo, mandará ouvir o Ministério Público, se for o caso, para que se pronuncie no prazo de 10 (dez) dias.

*Parágrafo único.* "A decisão liminar, proferida nos casos dos incisos II e III do caput deste artigo, somente é passível de reforma no momento do julgamento do agravo, salvo se o próprio relator a reconsiderar." (NR)

Art. 2º Esta Lei entra em vigor após decorridos 90 (noventa) dias de sua publicação oficial.

Art. 3º É revogado o § 4º do art. 523 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil.

<sup>62</sup> NASCIMENTO, Bruno Dantas. **Breves reflexões sobre a reforma do agravo na Lei nº 11.187/2005**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1104, 10 jul. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8616>>. Acesso em: 17 set. 2007.

Para justificar o fato de o relator, autonomamente (e não mais por delegação do colegiado), haver passado à condição de juiz natural das decisões liminares em agravo de instrumento, tem-se afirmado que *juiz natural* é simplesmente aquele apontado pela lei. É óbvio que este é um dos vetores do conceito de juiz natural. O outro vetor é mais complexo e está associado à formatação do sistema recursal e à estrutura dos tribunais, delineada pela Constituição Federal, e, em razão do princípio da simetria, pelas Constituições Estaduais, que acaba por se espalhar nas leis de organização judiciária dos Estados: a necessidade imperiosa de que a lei que elege o juiz natural o faça de forma razoavelmente compatível com o sistema.<sup>63</sup>

Como já visto, a atual disciplina legal do agravo, que hoje é cabível contra qualquer decisão interlocutória, está praticamente descartada a utilização do mandado de segurança para impugnar decisões judiciais, salvo as situações excepcionais autorizadas pela jurisprudência.<sup>64</sup>

Portanto, a consequência inevitável da irrecorribilidade das decisões liminares proferidas pelo relator do agravo de instrumento é a indesejável reabilitação do *writ of mandamus* para a tutela de direitos líquidos e certos eventualmente ameaçados pelo *decisum* do relator do agravo.

A respeito desse assunto, pondera Celso Agrícola Barbi:

A verdade é que, no curso das demandas, com bastante frequência, surgem atos judiciais ilegais, cuja execução é capaz de causar dano grave ou irreparável a uma das partes. A existência de recurso contra esse ato não é suficiente para evitar o dano, quando o recurso não tiver efeito suspensivo.<sup>65</sup>

<sup>63</sup> NASCIMENTO, Bruno Dantas. **Breves reflexões sobre a reforma do agravo na Lei nº 11.187/2005**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1104, 10 jul. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8616>>. Acesso em: 17 set. 2007.

<sup>64</sup> No regime anterior à Lei nº 9.139, de 1995, que deu nova redação ao art. 558 do CPC, para permitir a atribuição de efeito suspensivo aos agravos de instrumento em "*casos dos quais possa resultar lesão grave e de difícil reparação, sendo relevante a fundamentação*", o mandado de segurança foi vulgarizado, exercendo função estritamente cautelar. A respeito do assunto, vale mencionar as palavras de Carlos Alberto de Salles: "*Este emprego do mandado de segurança com função exclusivamente cautelar deveu-se, em grande parte, a uma deficiência do procedimento do agravo de instrumento, que não permitia suspensão do ato impugnado, mesmo se capaz de produzir lesão grave ou de difícil reparação*". (SALLES, Carlos Alberto de. **Mandado de segurança contra atos judiciais: as súmulas 267 e 268 do STF revisitadas**. In Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança: 51 anos depois. Coord. BUENO, Cassio Scarpinella *et al.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 128)

<sup>65</sup> BARBI, Celso Agrícola. **Do mandado de segurança**. 10ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 91.

E ainda conclui o jurista:

Nesses casos, o único meio de evitar o dano era mesmo o mandado de segurança, notadamente pela possibilidade da suspensão liminar do ato impugnado. Esta era a realidade a que não se podia fugir e a que nos rendemos, modificando, portanto, nossa posição exposta nas 1ª, 2ª e 3ª edições deste livro. Se o mandado de segurança não pretendia, inicialmente, ser instrumento de controle de atos judiciais, as necessidades da vida judiciária, todavia, acabaram levando-o a preencher essa finalidade.<sup>66</sup>

Nesse mesmo sentido, entende Eduardo Talamini:

(...) admitiu-se recentemente no STF mandado de segurança contra decisão monocrática que havia concedido liminar em ação direta de inconstitucionalidade. Esse exemplo pode ser ampliado: toda vez que se reputar não caber agravo interno ou regimental contra decisões individuais de integrantes dos tribunais, haverá de admitir, em contrapartida, o mandado de segurança – tal como no precedente do Supremo ora mencionado.<sup>67</sup>

Dessa forma, o esforço empreendido para restringir o número de recursos no processo civil estaria anulado pela possibilidade de impetração do mandado de segurança, que, por ser previsto constitucionalmente, não pode ser excluído. Assim, a situação gerada é ainda pior do que a anulação dos esforços, pois gerará uma ação própria com todo o cabedal de recursos a ela inerente. Assim, o referido dispositivo estaria atentando contra o próprio sistema.

Athos Gusmão Carneiro, que já foi contrário à recorribilidade das decisões liminares proferidas pelo relator do agravo de instrumento, reviu sua posição, após observar as peculiaridades do sistema processual brasileiro, passando a adotar o seguinte entendimento:

Já tive oportunidade, em sede doutrinária, de acompanhar a opinião de Araken de Assis, no sentido da irrecorribilidade da decisão liminar do relator do agravo, nos casos do art. 558. Três fundamentos, principalmente de ordem

---

<sup>66</sup> Idem, *ibidem*. p. 92.

<sup>67</sup> Eduardo Talamini. ***O emprego do mandado de segurança e do hábeas corpus contra atos revestidos pela coisa julgada.*** In: MARINONI, Luiz Guilherme. *Estudos de Direito Processual Civil – Homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005.

pragmática, levam-nos todavia a reconsiderar tal ponto de vista, passando, portanto, a admitir, em tais casos, o emprego do agravo interno.

Em primeiro lugar, a inexistência de recurso contra a decisão singular do relator poderá motivar o litigante a novamente utilizar, de forma anômala e vitanda, o mandado de segurança como sucedâneo recursal, e conduzir a jurisprudência a novamente tolerar tal despautério processual. Além disso, se é certo que as decisões monocráticas, em sua grande maioria, são justas e razoáveis, algumas podem apresentar injuridicidade gritante, que necessite de correção a mais pronta e eficaz; e a objeção decorrente da celeridade do rito do agravo de instrumento nem sempre encontra respaldo na realidade (v.g. relator enfermo ou em férias, extremo acúmulo de processos pendentes de julgamento, greve de servidores forenses, problemas na intimação do agravado, demoras decorrentes de temerária conduta processual das partes, pedidos de vista acarretando demorada suspensão do julgamento colegiado etc.)<sup>68</sup>

Observe-se que considerando-se a irrecorribilidade das decisões liminares proferidas pelo relator do agravo de instrumento, três serão, basicamente, as hipóteses ensejadoras de impetração de mandado de segurança para impugná-las:

- 1) quando o relator converter o agravo de instrumento em agravo retido;
- 2) quando o relator deferir ou indeferir a antecipação da tutela recursal;
- 3) quando o relator deferir ou indeferir o efeito suspensivo ao agravo.

Na primeira hipótese, diante da própria imprecisão dos conceitos utilizados pela norma ("quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação"), instalar-se-á controvérsia, pois, evidentemente, para o agravante, na defesa de seus interesses, qualquer mínima lesão pode ser afirmada como grave ou de difícil reparação, pois o conceito é deveras subjetivo, dando margem as mais diversas interpretações e tornando necessária a análise casuística de cada situação fática.

Na segunda e na terceira hipóteses, ante a irrecorribilidade da decisão liminar exarada pelo relator, cogitar-se-á em impetração de mandado de segurança para suspender-lhe os efeitos.

---

<sup>68</sup> CARNEIRO, Athos Gusmão. **Recurso especial, agravos e agravo interno**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 176.

É importante referir que o relator do mandado de segurança (geralmente membro do órgão especial, por se tratar de impetração contra ato de desembargador) poderá adotar três diferentes posturas, todas elas recorríveis mediante agravo interno: 1) indeferir a petição inicial, por entender ausentes os requisitos de admissibilidade do *writ* (art. 8º, da Lei nº 1.533/51); 2) deferir o processamento do mandado de segurança, mas indeferir a liminar (art. 7º, inciso II, da Lei nº 1.533/51); e 3) deferir o processamento do mandado de segurança e deferir a liminar (art. 7º, inciso II, da Lei nº 1.533/51).<sup>69</sup>

Ao final, contra o acórdão que denegar a ordem, caberá recurso ordinário para o Superior Tribunal de Justiça. Em caso de acórdão concessivo, os recursos cabíveis serão o especial, para o Superior Tribunal de Justiça, e o extraordinário, para o Supremo Tribunal Federal, conforme se trate de violação ao texto infraconstitucional ou constitucional, respectivamente.

Assim, percebe-se que, mesmo que o mandado de segurança seja manejado observando os critérios impostos pela jurisprudência, a simples demonstração de proliferação de recursos é suficiente para que se entenda que tal dispositivo se mostra totalmente na contramão da proposta central das reformas processuais empreendidas.

Ainda é importante referir a crítica que Araken de Assis tece à nova disciplina do agravo retido, nesse mesmo sentido de que dificilmente se atingirá a finalidade de diminuir o número de agravos de instrumento:

A inexistência de sanção para o emprego da modalidade imprópria (agravo de instrumento) em lugar da modalidade própria (agravo retido), vez que a única consequência consistirá na conversão do primeiro no segundo (art. 527, II), representará veemente tentação para o uso do agravo de subida imediata.<sup>70</sup>

---

<sup>69</sup> NASCIMENTO, Bruno Dantas. **Breves reflexões sobre a reforma do agravo na Lei nº 11.187/2005**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1104, 10 jul. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8616>>. Acesso em: 17 set. 2007.

<sup>70</sup> Assis, Araken de. **Regime Vigente do Agravo Retido**. In: Revista Jurídica. Ano 55, nº 352, fevereiro de 2007. p. 26.

#### **4.2 Irrecorribilidade das decisões que convertem o Agravo de Instrumento em Agravo Retido (Art. 527 e parágrafo único do CPC)**

A nova redação do inciso II e parágrafo único do artigo 527 do Código de Processo Civil deixou clara a possibilidade de reforma da decisão que converte o agravo de instrumento em sua forma retida, somente quando do julgamento do agravo, ou mediante reconsideração do relator:

*“Art. 527...*

*II - converterá o agravo de instrumento em agravo retido, salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, mandando remeter os autos ao juiz da causa;*

*Parágrafo único. A decisão liminar, proferida nos casos dos incisos II e III do caput deste artigo, somente é passível de reforma no momento do julgamento do agravo, salvo se o próprio relator a reconsiderar.”*

Contudo, o que parte da doutrina entende, como já explicitado acima, é que se verifica uma incongruência do legislador, constante no parágrafo único do artigo 527, conquanto seria inócuo o relator reformar sua decisão que converteu o agravo em sua forma retida apenas na ocasião do julgamento do agravo retido, ou seja, uma vez considerado que o agravo deva comportar a forma retida, somente na ocasião do julgamento do recurso de apelação é que tal decisão poderia ser reformada, tornando-se assim, inviável e sem utilidade prática alguma a reforma da decisão liminar proferida nos casos dos incisos II e III do *caput* do art. 527 do CPC.

Diante dessas considerações, conclui-se que a redação do referido parágrafo único do art. 527 acaba limitando o direito de recorrer da decisão que converte o agravo de instrumento em sua forma retida somente mediante o pedido de reconsideração, de modo a extinguir a figura do agravo regimental. Justamente por esse motivo, que a maior parte da doutrina defende o

cabimento de outras espécies recursais diante desta decisão específica, como, o mandado de segurança no papel de sucedâneo recursal.

Tal situação evidencia um dano marginal que a parte poderá sofrer através da espera do julgamento de seu agravo somente quando interposto recurso de apelação. Logo, a decisão que converte agravo de instrumento em agravo retido deveria comportar recorribilidade, sob pena de mitigação do princípio do duplo grau de jurisdição.

Basta imaginar que, nesta hipótese, o tribunal de segunda instância sequer apreciou o agravo de instrumento, cuja irresignação reclama apreciação e provimento imediato, diante das circunstâncias vivificadas nos autos, que em alguns casos prescindem a presença de dano irreparável ou de difícil reparação.

Ainda na linha que critica o novo art. 527, II e parágrafo único do CPC, tem-se o entendimento de Fernando da Fonseca Gajardoni:

Quem já chegou no 2º grau sob o fundamento de que urge a reforma da decisão interlocutória de 1º grau (o caso, ao menos para o agravante, é urgente!), levará a coisa adiante a qualquer custo. E o art. 5º, II, da Lei 1.533/1951, admite o cabimento do mandado de segurança como sucedâneo de recurso toda vez que não haja meio de impugnação previsto nas leis processuais.

Pois aí está: a restrição à recorribilidade sempre desemboca na utilização do mandado de segurança contra ato judicial, ressuscitado insanamente pelo advento da Lei 11.187/2005. Certamente quem já está em 2º grau para ganhar tempo vai se valer do mandado de segurança contra o ato do relator que converteu o instrumento em retido, *writ* que será julgado pelo próprio Tribunal.<sup>71</sup>

---

<sup>71</sup> GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Brevíssimas considerações sobre a nova sistemática do recurso de agravo introduzida pela Lei nº 11.187/2005: uma visão pessimista.** Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 949, 7 fev. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7927>>. Acesso em: 17 set. 2007.

Araken de Assis, em artigo que trata da recorribilidade das interlocutórias no mandado de segurança, compila o entendimento de alguns juristas sobre a irrecorribilidade das interlocutórias, senão vejamos:

Na opinião de Nelson Nery Jr., por exemplo, o princípio da irrecorribilidade em separado das interlocutórias não ostenta o alcance originário. Ele não traduz, atualmente, a inexistência de recurso próprio contra as interlocutórias, nem se compreende no sentido puramente físico, como o regime do agravo, que dá origem a "autos" separados, parece sugerir. Significa apenas veto à paralisação do processo, *para que, separadamente, seja examinada a impugnação da interlocutória*. Como entre nós, o agravo jamais tranca a marcha do processo (art. 497, segunda parte), e na pior das hipóteses o Relator somente inibirá os efeitos da própria decisão recorrida (art. 558), paralisando o processo em casos raríssimos e de forma indireta, tal princípio restaria consagrado no direito pátrio. No alvitre sensato de Barbosa Moreira, *não se pode dizer que a multiplicação dos agravos de instrumento haja trazido qualquer contribuição positiva*.<sup>72</sup>

Guilherme Rizzo Amaral atenta para a questão da inocuidade da interposição de agravo retido contra decisão indeferitória da antecipação de tutela e da conversão do agravo de instrumento em agravo retido em tais situações sustentando que, não havendo urgência *in concreto*, é de se negar provimento ao agravo de instrumento, pura e simplesmente, e não de convertê-lo em agravo retido.<sup>73</sup>

Nesse sentido, encontra-se o pensamento de Athos Gusmão Carneiro sobre tal assunto:

As decisões de *adiantamento dos efeitos da tutela*, à toda evidência e dado seu caráter satisfativo, *somente comportam agravo por instrumento*; o propósito da tutela antecipada é, com efeito, superar *de imediato* os possíveis efeitos deletérios ao direito da parte, decorrentes do tempo em que o processo

---

<sup>72</sup> ASSIS, Araken de. **Recorribilidade das interlocutórias no mandado de segurança**. Ajuris, Porto Alegre, v. 69, p. 76-92, 1997.

<sup>73</sup> AMARAL, Guilherme Rizzo. **O agravo de instrumento na lei n.º 11.187/05 e as recentes decisões do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul: um alerta necessário**. Disponível em: [www.tex.pro.br](http://www.tex.pro.br). Acesso em: 15.03.07.

corre (ou lentamente marcha...) em juízo. (...) O adiantamento tardio equivalerá, freqüentes vezes, ao não adiantamento.<sup>74</sup>

Guilherme Rizzo Amaral também se preocupa em demonstrar a confusão entre o juízo de admissibilidade do agravo de instrumento e o juízo de mérito recursal em que vêm incorrendo as recentes decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Sobre tal acontecimento e suas conseqüências deletérias, argumenta o autor:

As recentes decisões só podem ser atribuídas a uma interpretação apressada da nova lei do agravo. Os transtornos, no entanto, são evidentes, pois, após os pedidos de reconsideração eventualmente apresentados e indeferidos (não cabe mais agravo interno da decisão de conversão), poderá vir a ocorrer a utilização, pelos recorrentes, dos mais diversos expedientes para reverter o evidente prejuízo causado pela má interpretação da lei (mandados de segurança, medidas cautelares, etc.), gerando indesejável tumulto processual.<sup>75</sup>

#### **4.3 Competência para julgar mandado de segurança contra ato do relator em agravo de instrumento**

O cabimento de mandado de segurança contra ato jurisdicional, como já demonstrado anteriormente, é questão pacífica e assente na doutrina e jurisprudência, a questão controversa parece girar em torno de seus limites e da competência para julgar a ação de mandado de segurança contra ato do relator em agravo de instrumento.

O Tribunal de Justiça do rio Grande do Sul possui posição consolidada no sentido de que o Grupo Cível não pode atuar como instância recursal de

---

<sup>74</sup> CARNEIRO, Athos Gusmão. **Do Recurso de Agravo ante a Lei nº. 11.187/2005**. In Revista Dialética de Direito Processual nº. 35, p. 16.

<sup>75</sup> AMARAL, Guilherme Rizzo. **O agravo de instrumento na lei nº. 11.187/05 e as recentes decisões do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul: um alerta necessário**. Disponível em: [www.tex.pro.br](http://www.tex.pro.br). Acesso em: 15.03.07.

decisões proferidas por seus membros. É nesse sentido o seguinte julgado, ora colacionado:

Agravo Regimental. Mandado de Segurança contra decisão de Desembargador. Incabível a interposição de mandado de segurança contra decisão proferida por desembargador em agravo de instrumento. Impossibilidade deste Grupo Cível de atuar como instância recursal de decisões proferidas por seus Membros . Precedentes da Corte. Agravo Regimental não provido. (6 Fls.)... Agravo Regimental 70001401223. Relator Des. Henrique Osvaldo Poeta Roenick

Decisão do Pleno:

Mandado de segurança contra ato de relator componente de Câmara Cível negando efeito suspensivo a recurso de agravo de instrumento. Não cabimento do remédio constitucional para atacar, ante o Órgão Especial do Tribunal, esse ato do relator, magistrado do mesmo grau de jurisdição e da mesma hierarquia institucional que é. Admissível não é o writ como via processual de ataque, junto ao Órgão Especial do Tribunal, de decisão tomada por órgão fracionário seu, ou juiz componente de órgão fracionário seu, eis que praticada por juizes do mesmo grau de jurisdição e da mesma hierarquia institucional. Hipótese que leva à extinção do processo por ausência das especiais condições que devem estear a ação constitucional, com fundamento no art.267, VI, do Código de Processo civil. (5fls.) Mandado de segurança nº 70000682518, Tribunal Pleno, Tribunal de Justiça do RS, relator: Osvaldo Stefanello, julgado em 17/04/2000.

José Maria Rosa Tesheiner<sup>76</sup> entende que a reversão dessa jurisprudência poderá ocorrer porque das decisões denegatórias de mandado de segurança cabe recurso ordinário para o Superior Tribunal de Justiça, que tem outra orientação:<sup>77</sup>

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO DO WRIT. ATO DE DESEMBARGADOR.

Esta Corte, em mais de uma oportunidade, já se manifestou no sentido de que, a partir da interpretação do art. 21, VI, da

<sup>76</sup> TESHEINER, José Maria Rosa. **Mandado de Segurança contra ato do relator em Agravo de Instrumento**. In: Revista Jurídica. Ano 55, nº 352, fevereiro de 2007. p. 97.

<sup>77</sup> Contrariamente a esse entendimento, aduz Nei Comis Gracia. (In GARCIA, Nei Comis. **Algumas opiniões acerca dos artigos 285-A e 527 do CPC**. <http://www.tex.pro.br/wwwroot/00/060504algumas.php>. Acesso em 17.09.07.

LOMAN, o mandado de segurança impetrado em ataque a ato de Desembargador deve, necessariamente, ser julgado pelo respectivo Tribunal. Recurso provido. (RMS 19.588/RS, Rel. Ministro CASTRO FILHO, TERCEIRA TURMA, julgado em 13.12.2005, DJ 20.02.2006 p. 329).

A respeito da à alegada ausência de hierarquia entre membros de um mesmo tribunal, Tesheiner assevera que, individualmente considerados, não há hierarquia sequer entre um desembargador e um juiz de 1º grau.<sup>78</sup>

O jurista esclarece, contudo, que é hierárquica a organização do Poder Judiciário. Quem diz hierarquia diz subordinação do inferior ao superior. Há, efetivamente, órgãos superiores, como STF e o STJ, e há órgãos inferiores, como os Juizes de 1º grau. Entre uns e outros, os Tribunais de 2ª instância, superiores em relação a estes e inferiores em relação àqueles.<sup>79</sup>

O controle hierárquico mediante a devolução ao superior do ato praticado pelo inferior não se limita aos recursos. Há que se acrescentar as ações de impugnação, como a rescisória, a revisão criminal e o mandado de segurança.

Relativamente às formas de hierarquia, salienta Tesheiner:

Dentre as formas de hierarquia, uma das mais interessantes é a que se estabelece entre o todo e as partes. O todo é hierarquicamente superior a cada uma de suas partes. Por isso mesmo, o colegiado é necessariamente superior a cada um dos membros que o integra.<sup>80</sup>

Assim, Tesheiner nos leva á conclusão de que efetivamente existe hierarquia entre o colegiado e cada um dos membros que o integram, e em termos estritamente jurídicos, porque, mesmo os que sustentam o descabimento de mandado de segurança contra decisão do relator, têm de admitir que, se o Pleno, ou outro órgão fracionário, equivocadamente ou não, concede a segurança, é a decisão do colegiado que prevalece.

---

<sup>78</sup> TESHEINER, José Maria Rosa. **Mandado de Segurança contra ato do relator em Agravo de Instrumento**. In: Revista Jurídica. Ano 55, nº 352, fevereiro de 2007. p. 97.

<sup>79</sup> Idem, ibidem.p. 97.

<sup>80</sup> Idem, ibidem.p. 98.

Portanto, o problema da hierarquia parece ser no sentido de se exercitar o controle hierárquico, pois a sua existência, de acordo com tal entendimento, existe. Ao menos do ponto de vista constitucional, esse controle terá que ser exercido, haja vista que, havendo ilegalidade ou abuso de poder, deve ser concedido mandado de segurança, seja qual for a autoridade pública responsável pelo ato.<sup>81</sup>

Assim, parece claro que o legislador cometeu um erro ao tornar irrecuráveis decisões monocráticas do juiz. Reconhece-se que o juiz deve ter autoridade de decisão e que tal fato é até mesmo saudável para o sistema como um todo, porém há que se ventilar as hipóteses em que tais decisões estejam eivadas de ilegalidades e abusos de poder, situações que são previstas constitucionalmente e que, portanto, comportam o manejo do remédio do mandado de segurança.

Tesheiner ainda conclui fazendo a importante diferenciação:

Subsiste, porém, uma diferença importante. O recurso, que a lei omitiu, devolveria ao colegiado a decisão do relator em todos os seus aspectos. Em mandado de segurança, a análise é limitada aos aspectos de legalidade ou abuso de poder. Há ilegalidade, por exemplo, se o relator converte agravo de instrumento em retido, sem que se vislumbre futura apelação para examiná-lo.<sup>82</sup>

Portanto, considerando-se o cabimento do mandado de segurança, o órgão competente para julgá-lo seria a Câmara que seria competente para julgar o Agravo Interno, já que, nesse caso, o mandado de segurança estaria a substituir o Agravo que não cabe mais, em que pese não haver previsão legal ou regimental para tanto, pois o art. 125, § 1º da Constituição Federal confere a determinação da competência dos tribunais à Constituição do Estado e, em tal diploma, não há a previsão de órgão competente para julgar mandado de segurança contra órgão fracionado (relator), nem mesmo na lei de organização judiciária.

---

<sup>81</sup> Idem, ibidem.p. 98.

<sup>82</sup> Idem, ibidem.p. 98.

Como bem ensinou Tesheiner, o todo é hierarquicamente superior a cada uma das suas partes, o colegiado é necessariamente superior a cada um dos membros que o integram e, portanto, a competência seria da Câmara. Todavia, essa situação se daria a *contrario sensu* do posicionamento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (como já demonstrado nos julgados acima transcritos), o qual não admite mandado de segurança contra decisão de Desembargador, nem perante o Grupo Cível nem perante o Órgão Especial do Tribunal, por considerar decisão tomada por órgão fracionado seu, praticada por juízes do mesmo grau de jurisdição e da mesma hierarquia institucional.

O fato de não ser unânime o entendimento de que cabe mandado de segurança contra ato do relator, como é o caso do entendimento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, acarreta inevitavelmente na interposição de recurso ordinário ao STJ, no caso do indeferimento da inicial do mandado de segurança, por força do art. 539, II, "a" (decisão denegatória do MS decidido em única instância pelo Tribunal de Justiça) c/c 540 e 496, V do CPC.

O STJ, de acordo com a sua Súmula 41, entende que *não tem competência para processar e julgar, originariamente, mandado de segurança contra ato de outros tribunais ou dos respectivos órgãos.*

Porém, relativamente a tal questão, remanesce uma dúvida de caráter prático: O STJ reconheceria o recurso ordinário contra ato de relator, uma vez que não foram esgotadas todas as instâncias, uma vez que ainda caberia o agravo regimental contra a decisão denegatória da inicial do mandado de segurança pela Câmara que apreciou o recurso?

Neste caso, o mais prudente seria primeiro a interposição do agravo regimental com o fito de esgotar todas as instâncias antes da interposição do recurso ordinário ao STJ, mesmo que tal recurso fosse improvido.

## 5 CONCLUSÃO

Estas breves argumentações esposadas no presente trabalho monográfico tiveram o objetivo de discutir a controvertida questão do cabimento do remédio constitucional do mandado de segurança contra ato judicial.

Apesar de ser um assunto amplamente discutido pela doutrina e jurisprudência, é de salutar importância o estudo do assunto, principalmente após o advento da Lei nº 11.187/05, a qual promoveu mudanças significativas, as quais acarretaram na inevitável reativação do manejo do mandado de segurança como sucedâneo recursal.

Eis o ponto crítico: a utilização do mandado de segurança como recurso. Tal questão traduz-se em um ponto de crise do sistema, uma vez que enseja uma série de conseqüências perniciosas, como a banalização do mandado de segurança, intensamente discutida pela doutrina e reconhecida como fator de desnaturação do remédio constitucional.

O problema maior não se encontra na simples desnaturação do mandado de segurança, mas sim no que isso representa, uma vez que a realidade atual clama por uma prestação jurisdicional mais célere e efetiva, e esse tem sido o argumento central das últimas reformas promovidas, porém a utilização do mandado de segurança como sucedâneo recursal está na contramão deste espírito.

Ou seja, o que se verifica é um verdadeiro desserviço, uma vez que uma reforma empreendida (a Lei nº 11.187/05) que deveria promover a diminuição do número de recursos disponíveis em nosso sistema processual civil acaba por proporcionar mais problemas do que soluções, ferindo a própria essência da Reforma Processual Civil.

Apesar de a lei apresentar pontos louváveis, como a restrição do cabimento do agravo de instrumento e a obrigatoriedade de apresentação oral

das razões do agravo retido, percebe-se que há nela um grave problema cujo cerne é a nova redação dada ao parágrafo único do art. 527 do Código de Processo Civil, que estabelece, que: "A decisão liminar, proferida nos casos dos incisos II e III do caput deste artigo (art. 527 do CPC), somente é passível de reforma no momento do julgamento do agravo, salvo se o próprio relator a reconsiderar".

A irrecorribilidade estatuída em tal dispositivo, além de reavivar o uso do mandado de segurança para impugnar ato judicial, acaba gerando incerteza jurídica e potencialização dos erros judiciários, uma vez que no caso de eventual erro, não haveria a possibilidade de saná-lo.

Outra questão atinente a tal problemática é a que está ligada à estruturação do sistema recursal e à estrutura dos tribunais, delineada pela Constituição Federal, e, em razão do princípio da simetria, pelas Constituições Estaduais, que acaba se distribuindo nas leis de organização judiciária dos Estados. Assim, é clara a necessidade de que a lei que elege o juiz natural o faça de forma razoavelmente compatível com o sistema.

Portanto, verifica-se que a irrecorribilidade imposta pela nova redação do parágrafo único do art. 527 do CPC, em que pese demonstre uma preocupação em se atribuir maior crédito e autoridade ao juiz, acaba sendo negativa na medida em que enseja a impetração do mandado de segurança contra o *decisum* do relator, o qual, por sua vez, trará todo um cabedal de recursos propícios a assoberbar, ainda mais, nossos tribunais.

Dessa forma, o esforço empreendido para restringir o número de recursos no processo civil estaria anulado pela possibilidade de impetração do mandado de segurança, que, por ser previsto constitucionalmente, não pode ser excluído.

Vicente Greco Filho observa que o problema é de política legislativa e de técnica processual, salientando que o sistema brasileiro prefere os recursos

às ações autônomas, de modo a reduzir o número de ações tendentes a reverter atos judiciais<sup>83</sup>.

O que se pode concluir de todo o exposto neste trabalho é que o mandado de segurança é um remédio constitucional tendente a proteger as partes da consumação de lesão grave e de difícil reparação, frente à inexistência ou falta de eficácia de instrumentos nas normas ordinárias do processo. Tal instrumento geralmente se destina a controlar ato do Executivo ou Legislativo, todavia, também pode servir como meio de impugnação de ato jurisdicional, quando o sistema recursal não disponibilizar outro instrumento capaz de evitar a consumação da lesão ou da ameaça.

Com relação ao cabimento do *mandamus* contra ato do relator em agravo de instrumento, entende-se que tal situação foi reativada pelo advento da Lei nº 11.187/05, a qual, no afã de proporcionar maior celeridade à prestação jurisdicional, acabou por dificultar ainda mais tal ideal.

A questão da irrecorribilidade imposta pelo parágrafo único do art. 527 do Código de Processo Civil acaba por gerar mais problemas do que soluções, como já dito alhures, em função da insegurança jurídica e potencialização dos erros judiciários, sem esquecer do problema mais grave, qual seja: a manipulação indevida do mandado de segurança, o qual, por sua vez, geraria o problema da determinação da competência para julgar o *writ of mandamus* dentro do tribunal, tema ainda distante de disciplina satisfatória e consentânea.

---

<sup>83</sup> GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. vol. 2. 16ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 266.

**OBRAS CONSULTADAS**

AMARAL, Guilherme Rizzo. **O agravo de instrumento na lei nº. 11.187/05 e as recentes decisões do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul: um alerta necessário.** Disponível em: [www.tex.pro.br](http://www.tex.pro.br). Acesso em: 15.03.07.

ARRUDA ALVIM. **A argüição de relevância no recurso extraordinário.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988.

ARRUDA ALVIM PINTO, Teresa Celina de. **Mandado de Segurança contra ato judicial.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. **Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

\_\_\_\_\_. **Mandado de segurança contra ato judicial.** Revista do Advogado. 21/97. n. 64, out. 2001.

\_\_\_\_\_. **Os agravos no CPC Brasileiro.** 3ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

Assis, Araken de. **Recorribilidade das interlocutórias no mandado de segurança.** Ajuris, Porto Alegre, v. 69, p. 76-92, 1997.

\_\_\_\_\_. **Regime Vigente do Agravo Retido.** In: Revista Jurídica. Ano 55, nº 352, fevereiro de 2007.

BARBI, Celso Agrícola. **Do mandado de segurança.** 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

BUENO, Cássio Scarpinella. BUENO, Cássio Scarpinella; ALVIM, Eduardo Arruda; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Aspectos polêmicos e atuais ao mandado de segurança; 51 anos depois.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

\_\_\_\_\_. **Liminar em mandado de segurança.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

\_\_\_\_\_. **Mandado de Segurança: comentários às Leis nº 1.533/51, 4.348/64 e 5.021/66.** 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

CALMON DE PASSOS, J.J. **Do mandado de segurança contra atos judiciais,** in Estudos sobre o Mandado de Segurança. Rio de Janeiro: Forense, 1963.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Do Recurso de Agravo ante a Lei nº. 11.187/2005.** In Revista Dialética de Direito Processual nº. 35.

\_\_\_\_\_. **Recurso especial, agravos e agravo interno.** Rio de Janeiro: Forense, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes. **Manual do mandado de segurança.** Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

FERRAZ, Sérgio. **Mandado de segurança (individual e coletivo) – Aspectos Polêmicos.** São Paulo: Malheiros, 1992.

FERREIRA, Willian Santos. **Breves reflexões acerca da tutela antecipada no âmbito recursal.** In: ARRUDA ALVIM, Eduardo Pellegrini; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Aspectos polêmicos e atuais dos recursos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Mandado de Segurança.** 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Brevíssimas considerações sobre a nova sistemática do recurso de agravo introduzida pela Lei nº 11.187/2005: uma visão pessimista.** Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 949, 7 fev. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7927>>. Acesso em: 17 set. 2007.

GARCIA, Nei Comis. **Algumas opiniões acerca dos artigos 285-A e 527 do CPC.** <http://www.tex.pro.br/wwwroot/00/060504algumas.php>. Acesso em 17.09.07.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro.** vol. 2. 16ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Mandado de segurança coletivo: legitimação, objeto e coisa julgada.** In Recursos no Superior Tribunal de Justiça. Coord. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. São Paulo: Saraiva, 1991.

GUIMARÃES, Ary Florêncio. **Do Mandado de Segurança contra ato jurisdicional no direito brasileiro.** Curitiba, 1962.

MACHADO, Hugo de Brito. **Mandado de segurança em matéria tributária.** 3. ed. São Paulo: Dialética, 1998.

MEIRELLES, Hely. **Mandado de Segurança.** 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

\_\_\_\_\_. **Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção e habeas data.** São Paulo: Malheiros, 1995.

MONIZ DE ARAGÃO, E.D. **Mandado de segurança contra ato judicial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

NASCIMENTO, Bruno Dantas. **Inovações na regência do recurso de agravo trazidas pela Lei 11.187/2005**. In Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos e assuntos afins. Vol. 9. Coord. Nelson Nery Junior e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

\_\_\_\_\_. **Breves reflexões sobre a reforma do agravo na Lei nº 11.187/2005**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1104, 10 jul. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8616>>. Acesso em: 17 set. 2007.

NERY JUNIOR, Nelson. **Atualidade sobre processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

\_\_\_\_\_. **Código de processo civil comentado**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NUNES, Castro. **Do mandado de segurança e de outros meios de defesa contra atos do poder público**. 8ª ed. Rio de Janeiro, 1980.

PACHECO, José da Silva, **O Mandado de Segurança e outras Ações Constitucionais Típicas**, 2001.

PONTES DE MIRANDA. **Comentários à constituição de 1946**. 2 ed. São Paulo: Max Limonad, 1968.

SALLES, Carlos Alberto de. **Mandado de segurança contra atos judiciais: as súmulas 267 e 268 do STF revisitadas**. In Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança: 51 anos depois. Coord. BUENO, Cassio Scarpinella, et al. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

SANTOS, Moacyr Amaral dos. **Natureza jurídica do mandado de segurança**. RDP 17/9.

TALAMINI, Eduardo. **O emprego do mandado de segurança e do hábeas corpus contra atos revestidos pela coisa julgada**. In: MARINONI, Luiz Guilherme. *Estudos de Direito Processual Civil – Homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005.

TESHEINER, José Maria Rosa. **Mandado de Segurança contra ato do relator em Agravo de Instrumento**. In: Revista Jurídica. Ano 55, nº 352, fevereiro de 2007.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **Código de processo civil anotado**. São Paulo: Saraiva, 1996.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

\_\_\_\_\_. **Decisão interlocutória: o problema da recorribilidade das interlocutórias no processo civil brasileiro**. *In* Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil. Ano V. N. 27. Janeiro/Fevereiro, 2004.

WATANABE, Kazuo. **Controle jurisdicional (princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional no sistema jurídico brasileiro) e mandado de segurança contra atos judiciais**. São Paulo: Revista d