

O MINISTÉRIO PÚBLICO E O MANDADO DE SEGURANÇA (*)

José dos Santos Carvalho Filho

I. O mandado de segurança. Origem, contorno jurídico e objeto

A Constituição brasileira de 1934 teve, sem dúvida, marcante relevo em nossa história jurídica, não só porque trazia em seu bojo a restauração da normalidade institucional do país, mas ainda em face da inserção de alguns institutos jurídicos necessários à substanciação daquela normalidade.

E foi exatamente essa Carta que, pela primeira vez em nosso ordenamento jurídico, desenhou as linhas mestras do mandado de segurança por meio do art. 113, inciso 33, que tinha os termos seguintes:

“Dar-se-á mandado de segurança para defesa de direito certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade. O processo será o mesmo do habeas corpus, devendo ser sempre ouvida a pessoa de direito público interessada. O mandado não prejudica as ações petitórias competentes.”

É fato que, se analisarmos o dispositivo, algumas incorreções de ordem técnica poderão ser apontadas e discutidas. Nem por isso deve ser desmerecido. Estão nele os pontos básicos do mandado de segurança, pontos que subsistem até hoje sem embargo do tempo decorrido e das alterações supervenientes que não chegaram a desfigurar o instituto.

Respeitável autor sustenta que o mandado de segurança nasceu com a Constituição de 1891, sob o argumento de que, visando à implantação de um estado-de-direito, não poderia omitir a figura daquele remédio jurídico que concretiza uma garantia individual⁽¹⁾.

(*) O presente trabalho de doutrina obteve o 1º lugar no “Prêmio Associação do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro”, concurso jurídico promovido pela “AMPERJ” em 1980/81. A Comissão Examinadora viu-se composta dos seguintes membros: Dr. James Tubenchlak (Presidente), Dr. Sérgio Demoro Hamilton, Dr. Edmo Rodrigues Lutterbach, Dr. Nicanor Medici Fischer e Dr. Carlos Augusto Vianna de Albuquerque.

(1) J. M. Othon Sidou, *As Garantias Ativas dos Direitos Coletivos*, 1977, pág. 236.

Ousamos discordar. O exame histórico demonstra que o instituto era embrionário antes da Constituição de 1934. A Carta de 1891 previu apenas o *habeas corpus*. Depois, a Lei n.º 221, de 20-11-1894, que organizava a Justiça Federal, propôs-se a tratar de uma esdrúxula e assistemática “ação anulatória de atos da Administração”, distante em forma e conteúdo da figura do mandado de segurança. A doutrina, por seu turno, pugnava paulatinamente por uma medida jurídica paralela à ação constitucional do *habeas corpus* e protetora de direitos individuais⁽²⁾. Em 1922, o Ministro *Muniz Barreto* sugeria a adoção de medida assemelhada ao *juicio de amparo* do direito mexicano. Por fim, seguiram-se diversos projetos de lei tratando do tema. O corpo inteiro do mandado de segurança, porém, apareceu com a Carta de 1934.

Com o propósito de regulamentar o art. 113 inciso 33, da Constituição de 1934, veio a lume a Lei n.º 191, de 16-01-1936. A Carta de 1937, em flagrante retrocesso, omitiu o mandado de segurança e, embora decreto de 16-11-1937 sinalasse o vigor da Lei n.º 191, ficou a ação sem o cunho de constitucional. O Código de Processo Civil de 1939 (Decr.-lei n.º 1.608, de 18-09-39) inseriu o mandado entre os processos especiais e, pouco tempo após, a Constituição de 1946 restabelecia o caráter constitucional da ação (art. 141, § 24), permanecendo, todavia, a sua disciplina a cargo do estatuto processual de 1939.

Finalmente, foi promulgada a Lei n.º 1.533, de 31-12-1951, que é a que atualmente regula o mandado de segurança, conquanto tenha sofrido aqui e ali algumas modificações legislativas⁽³⁾. Em sede constitucional, foi reproduzida a norma da Constituição de 1964 na Carta de 1967 (art. 150, § 21) e na Emenda n.º 1/69 (art. 153, § 21).

A posição topográfica do mandado de segurança através de sua regra primacial, contida no art. 153, § 21, da Carta Magna, indica-o como *instituto constitucional de garantia individual*. Como se trata de permitir a formulação de uma pretensão, há de caracterizar-se como *ação*. Ação civil, de rito célere, sumário, destinada a “suscitar o controle jurisdicional sobre ato de qualquer autoridade, que por sua ilegalidade ou abuso de poder, viole ou ameace direito líquido e certo”⁽⁴⁾.

O objeto da ação de segurança pode bipartir-se em imediato e imediato. Imediato é o *petitum* relativo à correção de ato ilegal da

(2) *Alberto Torres, A Organização Nacional*, 1914, págs. 496 e segs.

(3) Lei nº 2.770, de 04-05-56; Lei nº 4.166, de 04-12-62; Lei nº 4.348, de 26-06-64; Lei nº 4.862, de 29-11-65; Lei nº 5.021, de 09-06-66; Lei nº 6.014, de 27-12-73; Lei nº 6.071, de 03-07-74.

(4) *M. Seabra Fagundes, O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, 5ª ed., 1979, págs. 259.

autoridade administrativa. Mediato é o bem jurídico a ser obtido pelo demandante em decorrência da correção judicial. Como se pretende restaurar o direito líquido e certo do postulante, esse passa a ser o bem jurídico principal, porque, na linguagem filosófica, é a sua principal solicitação dos desejos. No dizer de *Ulpiano* já emanava tal sentido: *bona ex eo dicuntur quod beant, hoc beatos faciunt*. Contudo, outras solicitações e satisfações decorrerão daquele bem jurídico, muitas amparadas pela ordem jurídica; sendo assim, configurarão também bens jurídicos (5) e, portanto, objeto mediato do mandado de segurança.

A norma constitucional (art. 153, § 21) e a regulamentadora (art. 1.º, da Lei n.º 1.533/51) referem-se a ato ilegal e a abuso de poder. O ato é ilegal quando a autoridade emitente da vontade viola os preceitos da lei ou da Constituição. Ao falar em ato, porém, não se pode restringir a idéia de modo a se considerar o ato administrativo típico tão-somente. Alguns atos judiciais, desprovidos de recurso processual específico, bem como certos atos legislativos apenas formais e de destinação individual são também considerados atos para o efeito de correção judicial pela ação de segurança.

Quanto à expressão “abuso de poder” colocada ao lado e por adição à de “ato ilegal”, entendemos que houve equívoco técnico da parte do legislador. O poder administrativo pode ser objeto de *uso* quando o agente administrativo se conduz dentro dos parâmetros legais. Mas se a autoridade exorbita de sua competência (excesso de poder, *excés de pouvoir*) ou se afasta da finalidade administrativa (desvio de poder, *détournement de pouvoir*), estará cometendo *abuso de poder*, que, em qualquer de suas formas, configura atividade ilegal (6). Com toda a razão, portanto, *Seabra Fagundes* (7), para quem a conceituação de abuso de poder terá cunho apenas teórico, não importando a distinção para o mandado de segurança porque aquela figura corresponde, na verdade, à espécie do gênero ilegalidade. Não podemos, assim, endossar posição que admita a ilegalidade e o abuso de poder como duas coisas diversas; nem parece muito clara a argumentação de que abuso de poder “é agir dentro da lei mas contra ela no sentido subjetivo”(8). Ou a atividade se enquadra no permissivo legal ou viola o preceito contido na lei; agir objetiva ou subjetivamente contra a lei reflete sempre um comportamento eivado de ilegalidade.

(5) Clóvis Beviláqua, *Teoria Geral*, 7ª ed., 1955, § 29.

(6) Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, 4ª ed., 1976, págs. 81/85.

(7) *Ob. cit.*, pág. 269.

(8) Othon Sidou, *ob. cit.*, pág. 248.

II. O Ministério Público. As diversas formas de atuação

Nos dias de hoje já não comporta mais analisar nem questionar a relevância do Ministério Público; tal valor se tornou reconhecido, pacífico, unísono, tudo em razão de sua multifária atuação visando à intransigente tutela dos mais altos interesses da sociedade.

Relevância à parte, a missão do Ministério Público é tão nobre quanto bela. Quem tem a veraz sensibilidade de vivê-la — já com a honra de integrar-lhe o quadro, já com o desempenho de outras atividades que possam tocá-la — não pode mesmo deixar de reconhecer a imensidão de sua beleza.

Para *José Frederico Marques*, o Ministério Público “é o órgão através do qual o Estado procura tutelar, com atuação militante, o interesse público e a ordem jurídica, na relação processual e nos procedimentos de jurisdição voluntária”⁽⁹⁾.

Constitui, na verdade, o Ministério Social. Integrante embora da organização administrativa do Estado, não o representa em si mesmo, mas sim a sociedade política e juridicamente organizada. Daí poder concluir-se que o Ministério Público é uma *instituição social*⁽¹⁰⁾.

A natureza deste trabalho não propicia o estudo das origens da instituição, o qual, aliás, admite hipóteses diversas. Certamente sua origem próxima se encontra na França (*les gens du Roi*), ao tempo em que, transferido a magistrados o poder de julgar, competia criar agentes de confiança que pudessem fiscalizar-lhes a atuação. No Brasil, as Ordenações Manuelinas chegaram a fazer menção a Promotor da Justiça. As Constituições de 1824 e 1891 não sistematizaram a instituição. Mas o *Parquet* foi premiado com o merecido destaque na Constituição de 1934, já com o objetivo de cooperar nas atividades governamentais (arts. 95 a 98). A Carta de 1937 produziu um retrocesso no tratamento do Ministério Público, tratando dele de forma esparsa.

O Título III da Constituição de 1946 foi atribuído com exclusividade ao M.P. e ali se desenharam as normas diretrizes da instituição. Em 1967, embora em seção própria, foi insculpido dentro do Poder Judiciário (arts. 137 a 139). Por fim, a Emenda n.º 1/69 inseriu-o no Poder Executivo (seção VII, arts. 94 a 96), e a Emenda n.º 7, de 13-04-77, determinou alteração no sentido de ser editada lei complementar para estabelecer normas gerais a serem observadas pelas organizações estaduais do M.P.

(9) *Manual de Direito Processual Civil*, 1974, vol. 1, pág. 284.

(10) *Sergio de Andréa Ferreira, Princípios Institucionais do Ministério Público e Assistência Judiciária*, 1978, págs. 16/17.

Função primordial do M.P. é a defesa de interesses do Estado e da sociedade⁽¹¹⁾. Sucede que para alcançar esse objetivo precisa atuar nas mais diversas áreas do direito e nas mais variadas formas de atividade. A Lei Orgânica do Ministério Público⁽¹²⁾ prevê a atuação judicial, perante o Poder Judiciário, e a extrajudicial, na forma do que a lei estatuir (art. 3.º). E que a finalidade principal é a defesa da sociedade, quer quando promove, quer quando fiscaliza a execução da lei (art. 2.º).

Sergio de Andréa Ferreira, que se vem dedicando há muito ao estudo sistemático da atuação do M.P., aponta cinco funções básicas⁽¹³⁾.

Dentro de um primeiro plano, o M.P. atua como *parte*. É o que ocorre normalmente nas ações penais, em que figura como *dominus litis*, devendo-se, porém, ressaltar a hipótese das ações penais privadas. No campo do Direito Civil, o M.P. é parte quando propõe a ação de nulidade de casamento (art. 208, parágrafo único, inc. II, do C. Civil) ou a ação rescisória (art. 487, III, C. P. Civil). Sendo parte, estará sujeito aos poderes, deveres e ônus processuais, conquanto se observem algumas prerrogativas no estatuto processual, como em matéria de prazos (art. 188, C.P.C.).

Como *custos legis*, o M.P. protege interesses e direitos indisponíveis inerentes à ordem pública. O Cód. Proc. Civil vigente dispôs expressamente sobre esse tipo de intervenção no art. 82, I (causas em que há interesses de incapazes) e II (causas concernentes a estado, pátrio poder, tutela, curatela, interdição, casamento, declaração de ausência e disposições de última vontade). Essa atuação traz para o M.P. a necessidade de fiscalizar tais interesses em conformidade com a norma *in abstracto* adequada ao caso concreto deduzido no processo. Aqui é imparcial e tem na lei o seu único parâmetro. O C.P. Civil criou forma de intervenção calcada no interesse público (art. 82, III). Como a lei não definiu qual o interesse público que ensejava a intervenção do M.P., houve a princípio alguma discussão a respeito do tema. Segundo uns, somente o interesse patrimonial direto da Fazenda justificaria essa intervenção⁽¹⁴⁾. Para outros, a intervenção dá margem a uma apreciação discricionária feita pelo próprio M.P. no que toca ao *interesse público* previsto na lei⁽¹⁵⁾.

(11) Moacyr Amaral Santos, *Direito Processual Civil*, vol. 1, 1965, pág. 153.

(12) Lei Complementar nº 5, de 06-10-76.

(13) *Ob. cit.*, págs. 45/55.

(14) *Hely Lopes Meirelles, ob. cit.*, pág. 681.

(15) Conclusão apresentada por Comissão de ilustres membros do M.P. no Simpósio dos Magistrados do Brasil (Rio, 1974) a respeito do então recém-vigente Cód. Proc. Civil, a qual teve aprovação em plenário.

Seja como for, objetivo primordial é a *custodia legis*; e de tal relevo é a referida atuação que a lei processual cominou com a pena de nulidade a falta de intervenção do M.P. nos casos em que a lei o impuser (art. 84). Como fiscal da lei, terá vista dos autos depois das partes (art. 83, I) e estará legitimado a recorrer (art. 499, § 2.º, C.P.C.).

O Ministério Público desempenha, ainda, a função de *defesa e representação de incapazes*. Estes, sem embargo de sua situação peculiar, têm o direito de ver defendidos e protegidos os seus interesses. E não se torna com isso parcial; ao revés, protegendo-os, defende a lei e a própria sociedade⁽¹⁶⁾. Representação, por exemplo, ocorre quando o M.P. funciona como curador à lide na função de curador especial, na forma do art. 9.º, do C.P. Civil. Assim como, nesses casos (incapaz sem representante legal ou com interesses colidentes com os destes; réu preso; e revel citado por edital ou com hora certa), a nomeação de curador especial não exclui a necessidade de intervenção do M.P., *ex vi* do art. 82, I, do C.P.C.⁽¹⁷⁾, se curador especial for membro do M.P., ainda assim deverá intervir outro órgão do M.P., porque se não confunde a função do primeiro, de representar o incapaz, com a do segundo, de *custodia legis*.

Pode o *parquet* assumir a posição de *defensor e representante judicial do Estado*. É o que ocorre na União Federal⁽¹⁸⁾ e em alguns Estados da federação. Em nosso entender, sucede uma distorção das finalidades do M.P., sendo fácil perceber que se antagonizam as atuações de defender, esta admitindo conduta parcial e visando exclusivamente aos interesses do constituinte, e a de fiscalizar a execução das lei, que impõe posição mais alta e equidistante das partes de modo que se possa realmente velar pelos interesses da sociedade. Por essa razão, melhor será a bipartição das atividades de fiscalizar, inerente ao M.P., e de patrocinar interesses individuais, devendo esta ser entregue a um quadro próprio de procuradores.

Por fim, se as formas de atuação anteriores são desenvolvidas normalmente dentro do Poder Judiciário, confere a lei ao M.P. a função de tutelar certas atividades e entidades administrativas em razão dos altos interesses a que visam. Estão nessa hipótese a fiscalização das fundações, das casas de diversões; a verificação de funcionamento de estabelecimentos psiquiátricos e das próprias prisões e delegacias.

(16) Sergio de Andréa Ferreira, *ob. cit.*, pág. 48.

(17) Celso Agrícola Barbi, *Comentários ao Cód. Proc. Civil*, vol. 1, tomo I, 1975, pág. 132.

(18) Lei nº 1.341, de 30-01-51.

III. O Ministério Público no mandado de segurança

Ao tratar do procedimento do mandado de segurança, o qual se reveste de indiscutível caráter de sumariedade, a Lei n.º 1.533/51 dispõe:

“Art. 10. Findo o prazo a que se refere o item I do art. 7.º e ouvido o representante do Ministério Público dentro de cinco dias, os autos serão conclusos ao juiz, independente de solicitação da parte, para a decisão, a qual deverá ser proferida em cinco dias, tenham ou não sido prestadas as informações pela autoridade coatora.”

Se se fizer uma análise acurada do procedimento da segurança, chegar-se-á, na verdade, à conclusão de que nele existem quatro grandes passos: a petição inicial, onde se expõe a postulação; a resposta da autoridade coatora, que a lei denomina de *informações*⁽¹⁹⁾; o pronunciamento do Ministério Público, após a manifestação das partes integrantes da relação processual; e, finalmente, a sentença, que comporá a lide e consubstanciará a prestação jurisdicional. É evidente que tais etapas terão seu curso no primeiro grau de jurisdição.

Como a lei previu expressamente o pronunciamento do M.P., cabe examinar a que título se dá esse pronunciamento, ou, em outras palavras, qual a natureza da função exercida pelo M.P. quando se manifesta no mandado de segurança.

A questão suscita controvérsias entre os doutrinadores.

A primeira divergência de posições diz respeito à expressão usada pelo legislador — “representante do Ministério Público”. E a dúvida consiste em saber *se esse representante terá pronunciamento imparcial ou se funcionará em defesa da autoridade coatora.*

E tudo emana de um fato aparentemente simples, mas que acarreta na prática graves repercussões e diversos posicionamentos — a organização do Ministério Público Federal (Lei n.º 1.341, de 31-01-51), que se compõe de Procuradores da República, da Justiça Militar, da Justiça do Trabalho e da Justiça Eleitoral. O cerne do problema reside em que, em sede federal, o Ministério Público *acumula as funções de fiscal da lei e de advogado da União*⁽²⁰⁾, o que, em nosso entender, representa posições absolutamente inconciliáveis. Mais coerente, sem dúvida, é a organização de grande parte dos Estados-membros, segundo a qual para a defesa dos interesses do Poder Público foi criado quadro próprio de procuradores estaduais,

(19) Art. 7º, inc. I, da Lei 1.533/51.

(20) Arts. 30, I, II, III e 37, da Lei 1.341/51.

reservando-se, entretanto, ao Ministério Público sua posição básica de *custos legis*. Essa é, por exemplo, a organização do Estado do Rio de Janeiro.

O certo é que o legislador limitou-se a mencionar que em determinado momento do processo deveria pronunciar-se o Ministério Público.

Assim sendo, dividiram-se os autores logo quanto a essa primeira *vexata quaestio*: se o Ministério Público a que se referia o legislador interviria no processo como advogado da pessoa jurídica pública, à qual pertencesse a autoridade coatora, ou desta mesma; ou se desempenharia a função de fiscal da lei.

De um lado, *Castro Nunes*(²¹), *Temístocles Cavalcanti*(²²), e *Celso Agrícola Barbi*(²³) sustentam que o referido art. 10 da Lei n.º 1.533 estabeleceu a intervenção do Ministério Público apenas como representante judicial da pessoa jurídica de direito público de cujo quadro faz parte a autoridade apontada como coatora.

De outro, *J. M. Othon Sidou*(²⁴), *Seabra Fagundes*(²⁵), *Hely Lopes Meirelles*(²⁶), *José Frederico Marques*(²⁷) e *Ulderico Pires dos Santos*(²⁸) entendem que o Ministério Público atua verdadeiramente como fiscal da lei, e, portanto, de modo imparcial e eqüidistante das partes litigantes.

Entendemos correta a interpretação desta última corrente.

O primeiro entendimento traz em abono de sua tese o disposto no art. 3.º, da Lei n.º 4.348, de 26-06-64, segundo o qual as autoridades coadoras devem enviar, no prazo de 48 horas, ao Ministério ou ao órgão a que se acharem 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 autêntica da postulação contida na inicial, a fim de que tomem providências para impugnar a suspensão do ato, caso deferida a liminar, e preparar a defesa do ato acoimado de ilegalidade.

Esse argumento, *data venia*, não convence.

O referido dispositivo da Lei n.º 4.348/64 não explicitou, a nosso ver, que o Ministério Público *somente* funcionaria como representante da autoridade coatora. Ao contrário, parece ter-se adequado ao

(21) *Do Mandado de Segurança*, 7ª ed., 1967, págs. 268 e 274.

(22) *Do Mandado de Segurança*, 4ª ed., 195, pág. 16.

(23) *Do Mandado de Segurança*, 2ª edição, 1966, págs. 142/143.

(24) *Ob. cit.*, pág. 301.

(25) *A nova lei de Mandado de Segurança*, em "Revista Forense", nº 144, págs. 37 e seguintes.

(26) *Mandado de Segurança e Ação Popular*, 1967, págs. 17/18.

(27) *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. II, 1959, págs. 225.

(28) *O Mandado de Segurança na Doutrina e na Jurisprudência*, 2ª ed., 1977, pág. 374.

entendimento de que o M.P. atua obrigatoriamente e como fiscal da lei. Visou o legislador a possibilitar que a autoridade coatora não restasse indefesa, ou, ao menos, mal defendida. Determinou, por isso, a remessa do mandado notificatório ao Ministério ou ao órgão hierarquicamente superior e ao Procurador-Geral da República ou a quem detenha a representação judicial da União, Estado ou Município, para que formem a defesa do ato impugnado. Ora, se num quadro, como o da União, incumbe ao Ministério Público a defesa da entidade, manifestar-se-á um de seus membros como defensor, mas será obrigatória a intervenção de outro na qualidade de fiscal da lei.

Celso Agrícola Barbi⁽²⁹⁾ colaciona, ainda, em abono de seu entendimento o fato de que haverá tratamento diverso conforme seja federal, de um lado, ou estadual e municipal, de outro, a autoridade coatora. Contudo, a diversidade apontada decorrerá tão-somente das diferentes estruturas dos quadros do Ministério Público dessas entidades. Bastaria, para evitar-se a confusão, que a União, ou eventualmente outra entidade estatal que tenha estrutura similar, desmembre a sua Procuradoria-Geral de modo a separar a Procuradoria, com função de representação judicial, e o Ministério Público, no exercício da fundamental atuação que possui — a de fiscalização das leis.

Por fim, o grande publicista assevera não ver motivos para funcionar o M.P. imparcialmente no mandado de segurança, pois que, para outras ações propostas contra a União, Estado, etc., não impõe o estatuto processual a intervenção daquele órgão.

O argumento não colhe por dois motivos. A uma, porque o mandado de segurança, por ter previsão e amparo em sede constitucional, e justamente por representar uma violação a direito individual em face de ato de uma autoridade administrativa (da qual, aliás, só se deveria esperar conduta conforme a lei), foi o remédio mais eficaz encontrado para a proteção dos direitos líquidos e certos, o que, como é óbvio, exige, a título de fiscalização, a imparcial e rigorosa presença do M.P. A duas, porque o estatuto processual vigente, diversamente do revogado, que vigorava à ocasião em que escreveu o autor a edição de 1960, previu a intervenção obrigatória do M.P. nos casos em que presente estiver o interesse público. Desse modo, o problema não é ser a ação proposta contra esta ou aquela pessoa estatal, e sim que nela o interesse público exija a intervenção do M.P.

Definitiva a propósito, e em nosso entender, acertadíssima, a opinião de *Hely L. Meirelles*, quando conclui, *verbis*:

“O dever indeclinável do Ministério Público é o de manifestar-se sobre o direito pleiteado, podendo opinar

(29) *Ob. cit.*, pág. 142.

pela concessão ou pela denegação da segurança, bem como sobre a regularidade ou irregularidade do processo, segundo a sua convicção pessoal, sem ficar adstrito aos interesses da Administração Pública na manutenção de seu ato”(30).

Partilha do mesmo entendimento Othon Sídou, *verbis*:

“Quando oficia em mandado de segurança, o Ministério Público não defende interesse do coator nem do impenetrante, e sim os altos ditames da justiça”(31).

Por toda a exposição, entendemos presentes duas conclusões básicas: a primeira diz com a obrigatoriedade de intervenção do M.P. no mandado de segurança, por força da melhor interpretação ao art. 10, da Lei n.º 1.533/51; a segunda entende com a posição que assume na relação processual, sendo de considerar-se melhor o entendimento de que figura como *custos legis*, ou seja, longe dos interesses das partes postulantes, vela pelos mais altos interesses da sociedade e emprega seu zelo no sentido de que sejam as leis executadas fielmente, sobretudo por atos de autoridades. Portanto, perfeita, lógica e coerente a sempre elevada atuação do M.P. no mandado de segurança.

Como o mandado de segurança tem a natureza de ação de caráter civil, e, ainda, porque ao Ministério Público caberá funcionar como fiscal da lei, calcado apenas na convicção pessoal e na defesa dos mais elevados interesses da sociedade, é de ver-se o cuidado que deverá ter ao apreciar as várias questões incidentes naquele procedimento, não somente naquilo que se refere à relação processual, mas também no exame da controvérsia deduzida em si mesma.

Nossa proposta tem por objetivo apresentar algumas dessas questões, demonstrando como os autores especializados no tema se têm havido e emitindo nosso entendimento sobre cada uma delas, tudo com o único fim de subsidiar o relevante e sempre acurado pronunciamento do Ministério Público em mandado de segurança.

IV. Os pressupostos processuais

Antes do exame do mérito da controvérsia e até mesmo das condições da ação, compete verificar se estão presentes os supostos prévios para a validade da relação processual. São os denominados pressupostos processuais, requisitos indispensáveis para que a autoridade jurisdicional alcance o estudo e a decisão da *res in iudicium deducta*.

(30) *Ob. cit.*, pág. 18.

(31) *Ob. cit.*, pág. 380.

Por essa razão, alguns autores entendem imprópria a expressão hoje já consagrada. É que, na verdade, tais requisitos correspondem a condições de admissibilidade da tutela jurisdicional e não *de existência* do processo, como parece impor o art. 267, IV, do C.P. Civil, porque mesmo ante a ausência desses pressupostos o processo existe como conseqüência da inauguração da relação jurídica processual⁽³²⁾.

Não obstante, o certo é que a doutrina e agora a própria lei processual civil deram à expressão o cunho de definitividade.

Sem nos prendermos a controvérsias a respeito do tema, em face da natureza deste trabalho, podemos assentar que pressupostos processuais são todos os requisitos necessários a uma relação processual válida.

De acordo com a classificação de *Moacyr Amaral Santos*, apoiado em *Galeno de Lacerda*, os pressupostos processuais são subjetivos ou objetivos. Nestes os requisitos entendem diretamente com a relação processual; naqueles, embora afetada esta relação, os requisitos são inerentes às pessoas que nela figuram. Examinemos, então, tais pressupostos da relação processual do mandado de segurança à luz, sobretudo, do cuidado que o M.P. deve possuir ao manifestar-se em tal ação.

1. Capacidade de ser parte

O primeiro ponto a ser analisado pelo M.P. em seu pronunciamento deve ser o relativo à capacidade de ser parte, ou seja, à verificação da existência, ou não, da capacidade jurídica para a formulação e para a resposta.

A capacidade de ser parte, como é sabido, não se confunde com a personalidade jurídica do direito privado, nem com o problema da pessoa natural (arts. 2.º e 13, do C. Civil). É certo que a lei civil confere capacidade jurídica a pessoas naturais e jurídicas. Sucede que o Direito Processual Civil deu maior extensão a essa capacitação civilística ao considerar como suscetíveis de postular, além daquelas, certos acervos patrimoniais aos quais se tem denominado de *pessoas morais*, como é o caso da massa falida, a herança, as sociedades sem personalidade jurídica, o condomínio⁽³³⁾.

No mandado de segurança cabe então primeiramente examinar se o postulante, ou impetrante⁽³⁴⁾, tem a capacidade de figurar na

(32) *José Frederico Marques, ob. cit.*, vol. 2, págs. 127/128. Em sentido contrário, *Moacyr Amaral Santos, ob. cit.*, vol. 1, pág. 275.

(33) Art. 12, III, IV, V, VII e IX, do Cód. Proc. Civil.

(34) Autor e réu no mandado de segurança, de praxe, são denominados de impetrante e impetrado.

relação processual, de acordo com o conceito de parte no processo. Aplicar-se-ão, no que concerne ao autor da ação, as normas do direito comum.

O problema da capacidade de ser parte encontra, porém, algumas dificuldades no aspecto relativo ao réu, ou impetrado. Aqui divergem os autores. De um lado, *Lopes da Costa*⁽³⁵⁾, *Hely Lopes Meirelles*⁽³⁶⁾ e *Hamilton Moraes e Barros*⁽³⁷⁾ entendem que são partes as autoridades coatoras. De outro, *Seabra Fagundes*⁽³⁸⁾, *Temístocles Cavalcanti*⁽³⁹⁾ e *Celso Agrícola Barbi*⁽⁴⁰⁾ sustentam que parte passiva é a pessoa jurídica de direito público.

A nosso ver, a melhor doutrina é a primeira. Em primeiro lugar, a medida judicial é por lei promovida contra a “autoridade, seja de que categoria for ou sejam quais forem as funções que exerça” (art. 1.º, da Lei n.º 1.533/51). Ademais, quando o juiz recebe a postulação e profere despacho de conteúdo positivo⁽⁴¹⁾, ordena a notificação (*rectius*: citação) do coator para que preste informações (*rectius*: apresente resposta) no prazo de dez dias. Essa a norma do art. 7.º, I, da mesma lei. A conjugação de tais dispositivos não pode comportar outra interpretação. Ré, impetrada, parte passiva é realmente a autoridade coatora emitente do ato ilegal e abusivo.

Não se deve confundir o posicionamento da parte passiva da relação processual com o interesse produzido pelo desfecho da lide. É evidente que, sendo a autoridade dita coatora elemento integrante do Poder Público, a este sempre se atribuirá interesse no que for decidido, pois que poderá haver sobre o mesmo repercussão de ordem administrativa e patrimonial. Mas daí não se pode inferir que no pólo passivo da relação processual se situe a pessoa estatal, e não a autoridade em si. Por essa razão, como salientamos em passagem anterior, a Lei n.º 4.348, de 26-06-64, determinou que tais autoridades informassem às procuradorias das pessoas estatais respectivas o conteúdo da postulação (art. 3.º), o que é de todo aconselhável quando não possuem aquelas o embasamento jurídico necessário para defender o ato acoimado de ilegal. Entretanto, mesmo que a procuradoria elabore a defesa de tal ato, fá-lo-á em nome da autoridade coatora, e não da pessoa administrativa que esta integra.

A conclusão a que se chega é que para o mandado de segurança, cujo objeto é de importantíssimo alcance por proteger o direito

(35) *Manual Elementar de Direito Processual Civil*, 1956, págs. 319/320.

(36) *Ob. cit.*, pág. 12.

(37) *As Liminares do Mandado de Segurança*, 1963, pág. 69.

(38) *Ob. cit.*, pág. 301.

(39) *Ob. cit.*, pág. 313.

(40) *Ob. cit.*, pág. 110.

(41) *José Carlos Barbosa Moreira, O Novo Processo Civil Brasileiro*, vol. 1, 1975, pág. 41.

líquido e certo do indivíduo, o legislador estabeleceu uma forma específica de capacidade de ser parte, pressuposto subjetivo atribuído à autoridade de onde proveio o ato ilegal.

Repousando a premissa maior em que a autoridade coatora é quem tem capacidade de ser parte, há que indagar-se *quem pode ser qualificado como autoridade* para o fim de ser acionado pelo mecanismo do mandado de segurança.

O mandamento constitucional pertinente ao mandado de segurança (art. 153, § 21, da Const. Federal), como programático que é, limita-se a permitir, através daquela medida, a impugnação de *ato de autoridade*. A Lei 1.533/51 incumbiu-se de dar o contorno jurídico à palavra "autoridade", definindo-a, em seu art. 1.º, § 1.º, para os efeitos da lei, como todo aquele que administra ou representa entidades autárquicas e pessoas naturais ou jurídicas com funções delegadas do poder público, ressalvando, todavia, que os atos tenham pertinência com essas funções.

Conquanto sem brilhos de precisão e técnica, pode-se perceber que o intuito do legislador foi estender o que, à luz de estritos princípios de Direito Administrativo, poderia conceituar-se como autoridade⁽⁴²⁾. O cerne do dispositivo para o efeito de interpretação reside na expressão "funções delegadas". Por isso, foi desnecessário fazer-se referência a entidades autárquicas, que são criadas por lei para exercerem atividades típicas a elas delegadas pelo Poder Público⁽⁴³⁾. Afinal, em sentido lato, não só agem por delegação as entidades da Administração Indireta, quais sejam as autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista⁽⁴⁴⁾, como também os entes de cooperação (fundações instituídas pelo Poder Público e serviços sociais autônomos) e outros particulares, pessoas físicas ou jurídicas, aos quais seja delegada atividade em princípio da esfera do Estado.

A lei, entretanto, estabelece exceção: a dos atos que tais delegatários pratiquem sem conexão direta com a função delegada. E é justo que assim seja, porque atos impertinentes à função delegada são atos eminentemente privados, situando-se dentro da esfera da atividade doméstica da entidade delegatária.

2. *A legitimatio ad processum*

Ainda na esteira de *Moacyr Amaral Santos*, capacidade processual, ou *legitimatio ad processum*, é a possibilidade de alguém exercer os direitos e deveres processuais⁽⁴⁵⁾. É enfim a possibilidade de

(42) "Pessoa física que age em nome da pessoa jurídico-administrativa, editando atos administrativos" (*J. Cretella Jr., Dicionário de Direito Administrativo*, 1978, pág. 74).

(43) Art. 5º, Inc. I, Decr.-lei nº 200, de 25-02-67.

(44) Art. 4º, II, "a", "b" e "c", Dec-lei 200/67.

(45) *Ob. cit.*, pág. 299.

praticar-se atos processuais com o revestimento de legitimidade. Esse pressuposto, na teoria geral do processo, trata da representação especial que no processo se confere aos absolutamente incapazes e os de incapacidade relativa (arts. 5.º e 6.º, do Cód. Civil), bem como às pessoas jurídicas de direito público (art. 12, I, II e VI, CPC) e de direito privado (art. 12, VI, VIII, C.P.C.), e, ainda, às pessoas morais (art. 12, III, IV, V, VII e IX, do C.P. Civil).

No mandado de segurança, o tema terá maior importância que toca à figura do impetrante. O representante do M.P. deverá acautelar-se na verificação da capacidade processual do postulante, que bem pode ser um menor, ou incapaz, ou uma pessoa jurídica ou moral, todos, como vimos, capazes de serem partes e de terem algum direito líquido e certo violado por ato da autoridade. Deverá o *custos legis* ater-se às normas gerais de processo que regulam a matéria⁽⁴⁶⁾.

Quanto ao impetrado, difícil, ou praticamente impossível, é o encontro de questões dessa natureza. Nota-se que os problemas que acaso possam surgir entendem realmente com o pressuposto processual estudado no tópico anterior, ou seja, saber-se quem é que deve figurar como parte na relação processual. Mas em relação à capacidade processual, ficam praticamente sem aplicação as normas processuais citadas, porque, em primeiro lugar, não há que se falar em capacidade plena ou relativa de autoridade, e, em segundo, porque, sendo parte a própria pessoa física emitente da vontade administrativa, não há falar-se em pessoa jurídica ou moral, a não ser como titulares de interesse no desfecho do litígio, matéria objeto de reflexões no estudo da *legitimatío ad causam*, que é uma das condições da ação.

3. Capacidade postulatória

O impetrante deverá fazer-se representar em Juízo por advogado regularmente inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil.

Já a legislação anterior⁽⁴⁷⁾ impunha a exigência de ser o postulante representado por advogado habilitado no Estatuto vigente àquela ocasião⁽⁴⁸⁾. Hoje a matéria é pacífica, uma vez que o atual Estatuto dos advogados ⁽⁴⁹⁾ confere a capacidade postulatória exclusivamente ao advogado, ressalvada a hipótese excepcional do *habeas-corpus*, processo que admite seja instaurado pela impetração de qualquer pessoa, ainda que sem advogado⁽⁵⁰⁾.

(46) Arts. 7º a 13, do Cód. Proc. Civil.

(47) Lei nº 191, de 16-01-36, art. 6º.

(48) Decr. nº 20.784, de 14-11-31.

(49) Art. 70, Lei nº 4.215, de 24-07-63.

(50) Art. 654, do Cód. Proc. Penal.

Mais uma vez, portanto, incide o C.P. Civil. Isto significa que o juiz, ao receber o pedido sem que este tenha sido formulado através de advogado, deve extinguir o processo sem julgamento do mérito⁽⁵¹⁾, porque a este faltará o pressuposto processual da capacidade postulatória.

4. Outros pressupostos processuais

4.1. Jurisdição e competência

Cabe ao M.P., na sua função de fiscalizar a execução das leis, proceder ao exame de outros pressupostos processuais além daqueles sobre os quais fizemos as abordagens acima. Tais pressupostos outros, entretanto, não apresentam peculiaridade própria no que concerne ao mandado de segurança. Precisam, contudo, ser examinados à luz dos preceitos pertinentes do processo civil, os quais, como se disse, têm incidência sobre aquela medida especial em razão de constituírem normatização genérica e de ser o mandado de segurança uma ação cuja disciplina é feita por lei de caráter substantivo e adjetivo.

É importante que se saliente que a própria Lei 1.533/51, em seu art. 20, revogou expressamente apenas os dispositivos do Código de Proc. Civil de 1939 que dispunham sobre essa modalidade de ação especial, bem como outras disposições contrárias. Essa norma processual, entretanto, tem o condão de permitir, *a contrario sensu*, a incidência de outras normas processuais do estatuto respectivo que não alterem o rito especial traçado na lei própria, mas somente apontem as linhas mestras do processo em geral.

Em primeiro lugar, é de analisar-se os aspectos relativos ao *órgão jurisdicional*. Sabido como é, o *órgão* julgador deve estar investido do poder de *jurisdição*, ou de *ius dicere*, de modo que sua decisão tenha a aptidão de se fazer imutável dentro e fora do processo.

Como medida desse poder genérico e limitação à atuação dos *órgãos* dele investidos, aparece o instituto da *competência*, definido como o âmbito dentro do qual poderá o *órgão* julgador proferir decisão válida. No mandado de segurança, porém, a matéria relativa à competência envolve alguns dados de apreciação específicos.

Dispõe o art. 2.º, da Lei 1.533/51:

"Art. 2.º — 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 suportadas pela União Federal ou pelas entidades autárquicas federais."

(51) Art. 36 c/c art. 267, IV, do Cód. Proc. Civil.

O dispositivo, em nosso entender, cometeu o equívoco de vincular matéria de competência a efeitos patrimoniais do ato impugnado. Nem sempre haverá efeitos patrimoniais decorrentes da violação do direito, como é o caso em que mais afetado é o patrimônio moral; por outro lado, tais efeitos são de difícil apuração e, na prática, acabam por nada significar. Além do mais, o dispositivo atualmente está incompleto, porque algumas entidades, como as empresas públicas, não têm natureza autárquica e, no entanto, litigam no mesmo foro das consideradas autoridades federais, ou seja, a Justiça Federal, *ex vi* do art. 125, I, da Constituição Federal. Por isso, a vinculação estatuída no dispositivo trata de coisas heterogêneas. Quando o direito líquido e certo violado suscitar a possibilidade de recomposição patrimonial de prejuízos provavelmente ocorridos e suscetíveis de indiscutível apuração, o lesado formulará a pretensão nos moldes jurídicos normais à luz do que dispõe o art. 107, da Constituição Federal.

O cuidado que deve ter o M.P. no exame da competência do órgão jurisdicional está em que algumas dessas normas se situam na própria Constituição Federal. Assim, o S.T.F. é o órgão competente para processar e julgar mandados de segurança impetrados contra atos do Presidente da República, do Presidente do próprio S.T.F., do Presidente do Tribunal de Contas da União, das Mesas da Câmara e do Senado Federal⁽⁵²⁾. Contra atos dos Ministros de Estado, do Presidente do Tribunal Federal de Recursos ou de suas turmas, e do responsável pela direção geral da polícia federal, o órgão competente é o *Tribunal Federal de Recursos*⁽⁵³⁾. Aliás, aqui compete observar que a competência do S.T.F., por força da Emenda n.º 7, de 13-04-77, acrescentou à enumeração original o processamento e julgamento de mandados de segurança interpostos contra atos do Conselho Nacional da Magistratura, órgão criado pela citada Emenda. Por fim, com competência residual estão os *juízes federais*, incumbidos de processar e julgar mandados de segurança contra atos de autoridades federais não suscetíveis de apreciação originária dos Tribunais Federais⁽⁵⁴⁾. Essa a matéria de competência em âmbito federal.

Quanto a atos providos de autoridades estaduais e municipais, a competência será a estabelecida nos *códigos de organização judiciária* dos Estados-membros e Territórios.

Pode-se afirmar, em tema de competência, como regra geral, que há uma certa *correspondência de nível* entre o órgão jurisdicional competente e a autoridade administrativa, judicial ou legislativa coatora. Realmente haveria notória disparidade se um ato do

(52) Art. 119, I, "i", da Const. Federal.

(53) Art. 122, I, "c", da Const. Federal.

(54) Art. 125, VIII, da Carta Constitucional.

Presidente da República fosse apreciado por um Juiz Federal; ou se um ato de determinado chefe de fiscalização fosse passível de exame pelo Pretório Excelso. Daí a existência da referida correspondência de nível, a qual está presente nos diversos estatutos estaduais de organização judiciária, atendendo aos parâmetros constantes da Constituição.

Finalmente, deve-se sublinhar que se coatora for autoridade judicial, competente será o Tribunal que tiver a incumbência de apreciar eventuais recursos interpostos de decisões da mesma. Sendo legislativo-formal o ato violador, competente é o órgão jurisdicional correspondente à autoridade que o tiver sancionado ou à Mesa do corpo legislativo que o houver decretado, antes da sanção⁽⁵⁵⁾.

4.2. *Requisitos da inicial*

A petição inicial do mandado de segurança deve observar os requisitos gerais de validade previstos no estatuto processual civil⁽⁵⁶⁾, por força de determinação da própria lei do mandado de segurança.

Pela especificidade e celeridade do procedimento do mandado de segurança, importante é o atendimento ao requisito de que a petição inicial deve vir acompanhada necessariamente dos documentos que instruem o pedido⁽⁵⁷⁾. É que o rito de tal ação não tem a divisão de fases dos ritos comuns, a postulatória, a instrutória e a decisória. Há na verdade uma postulação e a decisão. Como a postulação não comportará fase própria posterior para fundamentá-la, deverá já trazer a prova necessária ao agasalho do pedido. Por essa razão é que se diz que o direito líquido e certo do impetrante deve ser *comprovado de plano*.

A fixação do valor da causa está sujeita às mesmas regras aplicáveis às demais ações⁽⁵⁸⁾, entendendo-se que o juiz não deve despachar a inicial que o não mencionar⁽⁵⁹⁾.

No procedimento comum, a inobservância dos requisitos que devem estar presentes na inicial ou a falta dos documentos indispensáveis à propositura da ação recebem sanção amena, pois que, nesses casos, ao juiz caberá determinar ao autor a emenda, ou a complementação, da inicial no prazo de dez dias⁽⁶⁰⁾. Se não o fizer

(55) Othon Sidou, *ob. cit.*, pág. 273.

(56) Art. 6º, Lei 1.533/51 c/c art. 282, I a VII, CPC.

(57) Art. 283, C.P.C.

(58) Arts. 258 a 261, C.P.C.

(59) Celso A. Barbi, *ob. cit.*, págs. 121/122.

(60) Art. 284, C.P.C.

o autor, aí sim a sanção será a do indeferimento da inicial⁽⁶¹⁾. No mandado de segurança a lei é mais draconiana por autorizar o juiz a *indeferir de plano* a inicial quando faltar algum dos requisitos estabelecidos na própria lei e dentre estes, como vimos, está o de observância aos requisitos da inicial preceituados no Cód. Proc. Civil⁽⁶²⁾.

Como o presente trabalho visa mais diretamente à atuação do M.P. no processo da segurança, é de todo conveniente supor a hipótese de não ter o impetrante atendido a tais requisitos, e, ainda, de o juiz não ter atentado para essa omissão, nem a própria autoridade impetrada, quando ofereceu as suas informações. Nesta hipótese, como o M.P. se pronuncia após as partes, entendemos deva o fiscal da lei atacar a petição inicial, apontando o desatendimento ao art. 8.º, da Lei 1.533/51, e, ressaltando que a inicial já deveria ter sido indeferida quando da apreciação preliminar do juiz, opinar pela *extinção do processo sem julgamento do mérito* por falta dos necessários pressupostos processuais para o alcance efetivo da decisão sobre a *res in iudicium deducta*.⁽⁶³⁾

Convém, não obstante, tecer considerações, embora sucintas, sobre outros dois aspectos pertinentes à impetração do mandado de segurança e que, como não podia deixar de ser, exigem a atenção do órgão do Ministério Público.

A medida especial da segurança, como sabemos, se calca na violação de um direito líquido e certo por ato de autoridade. Por essa razão, além da celeridade normal do procedimento autorizada pelo legislador, é de prever-se a ocorrência de situações que demandem urgência maior. Assim, dispõe o art. 4.º, da Lei 1.533/51:

“Art. 4.º — Em caso de urgência, é permitido, observados os requisitos desta lei, impetrar o mandado de segurança por telegrama ou radiograma ao juiz competente, que poderá determinar seja feita pela mesma forma a notificação à autoridade coatora.”

Entendemos louvável essa autorização. Permite maior proteção ao direito líquido e certo violado, retirando a postulação, em certos casos, do emperrado mecanismo judicial, freqüentemente causador de enormes desventuras face à sua conhecida morosidade. O impetrante, pois, defronte a um caso de urgência, sempre apreciado *in casu*, poderá valer-se do telegrama ou radiograma (ou, ainda, de *telex*, por interpretação extensiva) para formular a sua postulação.

O segundo exame diz respeito à instrução imediata do feito pelo impetrante, tal como o exige o art. 6.º, da Lei 1.533/51.

(61) Art. 284, parág. único, C.P.C.

(62) Art. 8º, Lei 1.533/51.

(63) Art. 267, inc. IV, C.P.C.

Às vezes, não poderá o impetrante apresentar com a inicial determinados documentos, ou porque se encontre em poder de autoridade pública, ou porque esta muitas vezes, de forma arbitrária e abusiva, se recuse a fornecê-los. Nesse caso, o juiz requisita o documento e determina sua exibição preliminar no prazo de dez dias (art. 6.º, parágrafo único, da Lei 1.533/51).

4.3. *Litispêndência, coisa julgada, preempção, compromisso arbitral*

Ocorre a litispêndência quando é reproduzida ação que se ajuizou anteriormente e que ainda está em curso⁽⁶⁴⁾. A filosofia do instituto é simples. Primeiramente não cabe ao titular do direito de ação invocar a prestação jurisdicional do Estado em relação a uma determinada pretensão se já deduziu pretensão idêntica anteriormente em processo sem ultimação. Em segundo lugar, não haveria mesmo como permitir-se esse *bis in idem* porque o Estado correria o risco de ver hipóteses iguais decididas de forma diametralmente opostas, com grande prejuízo para o prestígio da Justiça.

O mesmo se pode dizer, *mutatis mutandis*, no que se refere à coisa julgada. Neste caso, repete-se ação que já recebeu decisão insuscetível de reexame judicial através de recurso⁽⁶⁵⁾. Não é difícil entender-se essa proibição processual de repetição de ação. Se fosse dado ao órgão jurisdicional reexaminar ações já definitivamente julgadas, romper-se-ia a segurança que deve revestir tais decisões, com irreparável prejuízo ao princípio da estabilidade das relações jurídicas. Por isso, desde que a decisão judicial deslinde a controvérsia deduzida, a essa mesma decisão deverá atribuir-se o caráter de *lex inter partes*.

Quer a litispêndência, quer a coisa julgada, são consideradas como pressupostos processuais *negativos* do desenvolvimento do processo, isto porque a validade deste dependerá justamente da *inexistência* de uma ou de outra⁽⁶⁶⁾.

No mandado de segurança deverão estar presentes tais pressupostos negativos, sob pena de ser o processo extinto sem julgamento do mérito⁽⁶⁷⁾. Para tanto, se a autoridade coatora, nas informações, como lhe cabe, suscitar essas alegações, embora não as comprove, deverá incumbir ao M.P., em seu pronunciamento, requerer ao juiz as medidas necessárias para a verificação efetiva das alegações, como requisições de processos ou obtenção de informes

(64) Art. 301, §§ 1º e 3º, C.P.C.

(65) *Idem*.

(66) J. J. Calmon de Passos, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. III, 1975, pág. 258.

(67) Art. 267, V, CPC.

de outras autoridades jurisdicionais, tudo porque da confirmação, ou não, das citadas alegações dependerá o seu pronunciamento. Havendo confirmação, outra não poderá ser a sua manifestação senão a de opinar pelo fim do processo sem julgamento do mérito.

O autor de uma ação não pode abandonar a causa por negligência. Pode, isto sim, ou *renunciar* ao direito em que se funda a ação, caso que ensejará a extinção do processo com julgamento do mérito⁽⁶⁸⁾ ou, de outro lado, *desistir* da ação proposta, extinguindo-se o feito sem julgamento do mérito⁽⁶⁹⁾. Entretanto essas são formas de manifestação expressa do autor. Não é o que ocorre, porém, quando por negligência não dá seguimento à ação. Por isso, o Cód. Proc. Civil comina a sanção de extinção do processo sem julgamento do mérito se o autor abandonar a causa por mais de 30 (trinta) dias, deixando de promover os atos que lhe incumbam⁽⁷⁰⁾.

Pode ocorrer, contudo, que esse mesmo autor negligente o seja por três vezes. Se o for, não poderá mais intentar nova ação contra o réu⁽⁷¹⁾, ressaltando-se-lhe apenas alegar o seu direito em defesa, o que configura o princípio da imperecibilidade da exceção no processo⁽⁷²⁾. A essa perda do direito de ação, embora intacta a pretensão de direito material, se dá o nome de *perempção*.

A perempção é suscetível de ocorrer no mandado de segurança, conquanto sejam em menor quantidade as oportunidades em que o impetrante seja considerado negligente por ter abandonado a causa. Uma delas, por exemplo, ocorre quando o impetrante deixa de pagar as custas do processo, as quais, como autor, deve naturalmente adiantar (art. 19, § 2.º, CPC). Se tal negligência se verificar por três vezes, ocorrerá sem dúvida a perempção. A menor possibilidade da incidência da perempção no mandado de segurança, como dissemos, decorre também de ter essa ação o prazo máximo de 120 dias, a partir do conhecimento do ato ilegal, para ser proposta, como estatui a lei respectiva⁽⁷³⁾; é que, em se tratando de *prazo decadencial*, sucederá a impossibilidade de interrupção por ações propostas e sucessivamente abandonadas. Desse modo, parece difícil consiga o impetrante, nesse prazo, propor 4 (quatro) mandados de segurança, três abandonados por negligência e o quarto objeto da alegação e apreciação do instituto da perempção.

De qualquer forma, provada que seja a perempção, o processo será extinto sem julgamento do mérito como impõe a lei processual⁽⁷⁴⁾.

(68) Art. 269, V, CPC.

(69) Art. 267, VIII, CPC.

(70) Art. 267, III, CPC.

(71) Art. 268, parág. único, CPC.

(72) Hélio Tornaghi, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. II, 1975, pág. 343.

(73) Art. 18, da Lei 1.533/51.

(74) Art. 267, V, CPC.

Por fim, temos que o *compromisso arbitral*, que também constitui matéria de defesa⁽⁷⁵⁾, rende ensejo à extinção do processo sem julgamento do mérito⁽⁷⁶⁾.

No ensinamento de *J. J. Calmon de Passos*⁽⁷⁷⁾, o art. 1.072, do C. Civil, permite que pessoas capazes de contratar se louvem em árbitros incumbidos de resolver-lhes conflitos de interesses, em relação aos quais a lei admita transação. Tal compromisso, como se sabe, exclui a lide da apreciação jurisdicional.

Essa hipótese é inviável de ocorrer em mandato de segurança. Os interesses defendidos nesta ação não têm cunho patrimonial e, portanto, inadmitem transação. Além do mais, é importante acentuar que não cabe a agentes da Administração renunciar às funções que lhes são atribuídas por lei. Diz-se, assim, que os agentes têm um *poder-dever de agir*, ou seja, “o *poder* tem para o agente público o significado de *dever* para com a comunidade e para com os indivíduos, no sentido de que quem o detém está sempre na obrigação de exercitá-lo”⁽⁷⁸⁾. Desse modo, enquanto para os particulares, é lícito fazer tudo o que a lei não proíba⁽⁷⁹⁾, para os agentes públicos só é permitido fazer o que a lei autoriza⁽⁸⁰⁾.

Concluimos, desse modo, que não compete ao agente transigir; e, se não pode transigir, não pode ajustar qualquer compromisso arbitral. Sua atividade é legal ou ilegal. Se for ilegal, ele mesmo, como órgão da Administração, poderá anulá-lo⁽⁸¹⁾. Se não o fizer, caberá ao Judiciário fazê-lo. Em uma ou outra hipótese, todavia, inadmissível será qualquer transação com o particular.

4.4. *Impedimento, suspeição e citação*

Um dos pressupostos processuais relativos ao juiz consiste em sua imparcialidade; daí entender a doutrina deva ele ser subjetivamente capaz.

Há situações, no entanto, em que o juiz é suspeito de parcialidade, porque um fato o vincula de alguma forma a uma das partes no processo. Diz-se, então, que ocorre a *suspeição*, cujas hipóteses estão arroladas no art. 135, I a V, do C.P. Civil. Em outros casos, a vinculação do juiz é ainda mais estreita; ocorre, então, o que se chama de *impedimento* (art. 134, CPC)⁽⁸²⁾.

(75) Art. 301, IX, CPC.

(76) Art. 267, VII, CPC.

(77) *Ob. e vol. cit.*, pág. 265.

(78) *Hely Lopes Meirelles, Direito Administrativo Brasileiro*, 1976, pág. 76.

(79) Art. 153, § 2º, Const. Federal.

(80) *Hely L. Meirelles, ob. cit.*, pág. 68.

(81) Súmula nº 346 e 473, do S.T.F.

(82) *Moacyr Amaral Santos, Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, 1º vol., 1977, págs. 289/290.

De um modo geral, os autores que trataram do mandado de segurança não vislumbraram a ocorrência dessas hipóteses de impedimento e suspeição. Mas como o mandado de segurança é ação, e de natureza cível, nada impede que na relação processual esteja afetada a capacidade subjetiva do juiz, uma vez que não é impossível que o impetrante seja amigo íntimo do juiz (suspeição, art. 135, I, CPC) ou que este tenha intervindo no processo como mandatário daquele (impedimento, art. 134, II, CPC).

Sabendo-se que tal forma de defesa não pode ser discutida na contestação como preliminar do mérito, já que não se encontra enumerada no art. 301, do C.P. Civil, caberá à autoridade coatora, que figura no pólo passivo da relação processual, formulá-la através do meio judicial próprio, ou seja, através da exceção, como preceitua o estatuto processual nos arts. 304 a 314.

O certo é que a suspeição e o impedimento afetam o processo, e a parte interessada tem o direito de suscitá-las, a menos que permaneça indefesa. E esse direito só pode ser exercido na forma estabelecida pelo Cód. Proc. Civil, isto é, por exceções.

Poder-se-á objetar que o procedimento da exceção é incompatível com a celeridade do rito do mandado de segurança, tendo em vista dever ser processada em apenso aos autos principais⁽⁸³⁾. Essa objeção, entretanto, não prospera diante do instituto da *medida liminar*, que suspende os efeitos do ato impugnado. Por essa razão, a imposição da lei processual no sentido de que, recebida a exceção, reste sobrestado o processo principal até o julgamento daquela, não enseja prejuízo à parte; afinal, suspensos os efeitos do ato, fica este desprovido de operatividade, e sem esta não há violação ao direito líquido e certo alegado.

Seja como for, se improcedente a exceção levantada deverá ser arquivada. Se for procedente, os autos serão remetidos ao substituto legal do juiz suspeito ou impedido⁽⁸⁴⁾.

Neste passo, convém lembrar que a lei processual previu ainda a exceção de incompetência⁽⁸⁵⁾. Mas a incompetência que o réu pode suscitar por meio de exceção é a *relativa*, ou seja, aquela *ratione loci* ou *ratione valoris*, por força do que estatuem os arts. 112, c/c arts. 102 e 111, do C.P.C.⁽⁸⁶⁾. No caso do mandado de segurança, tais critérios são irrelevantes, porquanto a competência se operará sempre diante do critério da pessoa (*ratione personae*) de onde emana o ato violador do direito. Desse modo, incompatível com essa ação a interposição da exceção de competência. Ao revés, é comum a arguição da *incompetência absoluta*; mas esta prescinde do pro-

(83) Art. 299, CPC.

(84) Art. 314, CPC.

(85) Arts. 307 a 311, CPC.

(86) J. Frederico Marques, *ob. cit.*, vol. 2, pág. 84.

cedimento da exceção e constitui matéria de defesa como preliminar do mérito *na contestação*⁽⁸⁷⁾. Além do mais, pode ser declarada de ofício e alegada em qualquer tempo e grau de jurisdição⁽⁸⁸⁾.

Portanto, o órgão do M. P. deverá zelar pela correta constituição da relação processual e, em atentando para a incompetência absoluta quando lhe couber pronunciar-se, deverá requerer ao juiz que a declare e proceda na forma do art. 113, § 2.º, CPC, anulando-se os atos decisórios e remetendo os autos ao juiz competente.

Finalmente, como pressuposto processual relativo ao desenvolvimento válido do processo temos a *citação*, que a lei processual definiu como “o ato pelo qual se chama a juízo o réu ou o interessado a fim de se defender”⁽⁸⁹⁾.

Tão relevante para o processo é a citação que os antigos a consideravam como norma de Direito Divino. Mais modernamente veio a ser considerada como um direito processual, o que levou *E. D. Moniz de Aragão* a afirmar que o processo iniciado sem a citação do réu não tem existência jurídica⁽⁹⁰⁾.

A Lei 1.533/51 não falou em citação. O art. 7.º, I, determinou ao juiz que, ao despachar a inicial, *notificasse* a autoridade coatora a fim de que em dez dias prestasse *informações*. Assim, nem falou em citação, nem em defesa. *Othon Sidou*⁽⁹¹⁾, porém, é quem está com a razão, ao asseverar que tais informações equivalem à resposta do réu (art. 297, CPC) e, especificamente, à contestação, uma vez que a autoridade impetrada pode nelas colacionar toda a matéria de defesa processual e de mérito.

Desse modo, assim como as informações correspondem à defesa do réu, a notificação equivale à citação. Aliás, o disposto no art. 9.º, da Lei 1.533/51, revela que é o mesmo o conteúdo de tais atos, pois que ordena ao serventuário que, feita a notificação, junte aos autos cópia do ofício endereçado à autoridade, bem como a *prova da entrega* daquele ou da recusa de seu recebimento.

Para reforçar esse entendimento, a doutrina é uníssona praticamente quando admite que, não prestadas as informações no prazo legal, ocorrerá a *revelia* e com ela a presunção ficta dos fatos alegados na inicial⁽⁹²⁾.

É importante, assim, para o M.P. verificar a existência de citação válida no mandado de segurança, até porque sua inocorrência anula irremediavelmente o processo.

(87) Art. 301, II, CPC.

(88) Art. 113, CPC.

(89) Art. 213, CPC.

(90) *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. II, 1ª ed., pág. 172.

(91) *Ob. cit.*, págs. 299/300.

(92) *Ulderico Pires dos Santos, O Mandado de Segurança na Doutrina e na Jurisprudência*, 1977, pág. 274.

5. As condições da ação

A ação suscita o processo, que é o instrumento da jurisdição. O grande objetivo da jurisdição é realmente compor os litígios que lhe são apresentados. Como o processo é o seu instrumento, a primeira providência é sempre a de examinar se, como relação jurídica que é, inexistem vícios que o possam afetar, ou seja, se estão presentes os pressupostos processuais, que acabamos de comentar.

Ultrapassando a fase de verificação da regularidade do processo, é necessário que se apreciem os requisitos que legitimam o direito de ação. Esses requisitos denominam-se de *condições da ação*⁽⁹³⁾, que são a possibilidade jurídica do pedido, a legitimidade para a causa e o interesse de agir.

Essas as condições da ação que nos propomos a estudar dentro do mandado de segurança e à luz da intervenção do Ministério Público.

1. A possibilidade jurídica do pedido

Ocorre a possibilidade jurídica do pedido quando a pretensão, abstratamente considerada, está inserida entre aquelas que o direito objetivo disciplina.

Exemplos clássicos dados pela doutrina de ausência dessa condição eram o divórcio e o pedido de cobrança de dívida de jogo. O primeiro caso hoje é tutelado pelo ordenamento jurídico pátrio⁽⁹⁴⁾; o segundo persiste como insuscetível de ser formulado por ação⁽⁹⁵⁾.

No mandado de segurança não há ensanchas para a análise dessa condição da ação, porque a lei de antemão agasalha o pedido de proteção do direito líquido e certo violado por ato da autoridade.

2. A legitimidade para a causa

A legitimidade para a causa (*legitimatío ad causam*) é condição que pertine com o título que as partes devem possuir em relação aos interesses em conflito. Assim, deve o autor ser titular do interesse contido na pretensão, bem como deve o réu sê-lo do contido na resistência àquela pretensão. Em razão disso, haverá a bipartição do instituto em *legitimação ativa* e *legitimação passiva*. Às vezes, entretanto, com caráter de exceção, a lei confere o direito de ação a quem não é o titular da pretensão de direito material, como é o

(93) Moacyr Amaral Santos, *ob. cit.*, vol. I, pág. 144.

(94) Art. 175, § 1º Const. Fed., com a redação da Emenda nº 9, de 28-06-77; e Lei nº 6.515, de 26-12-77.

(95) Art. 1.477, Cód. Civil.

caso do marido que postula proteção aos bens dotais da mulher. A essa forma anômala denomina-se de *legitimação extraordinária*, na qual aparece a figura do substituto processual.

Essa condição apresenta alguns aspectos peculiares dentro do mandado de segurança.

Como regra geral, o direito de requerer a segurança assiste a todas as pessoas que podem usar as ações cíveis em sede judicial, sejam físicas ou jurídicas. *Hely L. Meirelles* estende a legitimação a órgãos públicos despersonalizados e universalidades patrimoniais, desde que sejam titulares de direito líquido e certo violado por atividade pública ilegítima⁽⁹⁶⁾.

A doutrina, todavia, tem discutido sobre a possibilidade de ser o mandado de segurança impetrado por pessoas jurídicas de direito público. *Celso A. Barbi*⁽⁹⁷⁾ e *Othon Sidou*⁽⁹⁸⁾ mostram-se contrários a essa possibilidade. Mas a doutrina dominante, e dentro dela, *Seabra Fagundes*⁽⁹⁹⁾, *Hely Meirelles*⁽¹⁰⁰⁾ e *Arnoldo Wald*⁽¹⁰¹⁾, bem como jurisprudência do Pretório Excelso e de outros Tribunais, têm demonstrado aceitação à tese da possibilidade. Estamos com esta última posição. A lei não fez qualquer distinção; limitou-se a dizer que sempre que "alguém" tivesse violado um seu direito líquido e certo por ato de autoridade faria jus à impetração da segurança. Ora, "alguém" significa "alguma pessoa"; e os organismos públicos também são juridicamente configurados como pessoas. Sendo pessoas, serão titulares de direitos líquidos e certos e, para a sua proteção, nada impede que se lhes confira o acesso judicial através do mandado de segurança.

O importante a ser assinalado é que o impetrante seja realmente o titular do direito violado. Por isso é que os Tribunais se têm orientado no sentido de que sociedades, associações, corporações e sindicatos não têm legitimidade ativa para a causa quando defendem direito de seus associados.

O *litisconsórcio ativo* é expressamente previsto na lei que regula a segurança⁽¹⁰²⁾, dispondo-se que quanto ao instituto incidem as normas pertinentes do C. P. Civil. Ao mesmo tempo, a lei que disciplina a segurança estabeleceu duas regras que, por sua forma esdrúxula, merecem ligeiro comentário.

(96) *Mandado de Segurança e Ação Popular*, 1967, págs. 12/13.

(97) *Ob. cit.*, págs. 61/62.

(98) *Ob. cit.*, págs. 267/268.

(99) *Ob. cit.*, pág. 332.

(100) *Ob. e loc. citados*.

(101) *O Mandado de Segurança na Prática Judiciária*, 1968, págs. 174/175.

(102) Art. 19, Lei 1.533/51.

A primeira (art. 1.º, § 2.º, Lei n.º 1.533/51) dispõe que “quando o direito ameaçado ou violado couber a várias pessoas, qualquer delas poderá requerer o mandado de segurança”. Ora, isso é repetir o óbvio. Como a atividade jurisdicional atua sempre, *in casu*, é claro que cada um fará a sua postulação em juízo, de forma que a sentença apenas abrangerá as partes litigantes. Se todas as pessoas atingidas postularem juntas, dar-se-á o litisconsórcio, que a própria lei, como dissemos, prevê em seu art. 19.

A segunda regra (art. 3.º, Lei n.º 1.533) admite caso de *substituição processual*, criticado por alguns autores, segundo o qual poderá impetrar a segurança o titular de direito líquido e certo *decorrente* de direito idêntico de terceiro, quando este não o faz apesar de notificado, conferindo-se ao primeiro a legitimidade extraordinária de defender em seu nome o direito do citado terceiro. Essa é uma regra que certamente demandará toda a atenção do M.P., o qual deverá verificar se o direito do impetrante *decorre efetivamente* do direito defendido na ação.

Tem legitimidade passiva para a causa no mandado de segurança a autoridade coatora que emite a vontade contida no ato impugnado. Autoridade coatora tem sentido diverso de autoridade executora. Esta é parte ilegítima para a causa, porque sua atuação deriva do poder hierárquico a que obedece. Além do mais, não teria competência para corrigir o ato ilegal, incidindo aí o princípio de que *ad impossibilia nemo tenetur*. Se o ato impugnado é complexo, legítima para a causa é a autoridade que por último se manifestou. Caso o ato promane de órgão colegiado, a impetração deverá dirigir-se contra o presidente, responsável pela execução do ato.

Neste passo, comporta um rápido exame da hipótese da *avocação*, fenômeno administrativo em que uma autoridade, dentro de suas atribuições, conferidas sempre pela lei⁽¹⁰³⁾, traz para si a prática de ato originariamente cometida a autoridade inferior, responsabilizando-se por suas conseqüências.

Aqui poderá haver duas hipóteses. Se a *avocação* se consubstancia *antes* da impetração da segurança, a *legitimatío* será atribuída à autoridade avocadora, agora responsável pela coação. Depois da propositura da ação, no entanto, não mais será possível a *avocação*, porque, a não ser assim, se conferiria à Administração alterar a seu sabor a competência judicial para corrigir o ato impugnado. Se houver recurso administrativo concomitante, e, antes de proferida a sentença no mandado de segurança, for o mesmo decidido por autori-

(103) Armando de Oliveira Marinho e Zairo Lara Filho, *Programa de Direito Administrativo*, 1976, pág. 89.

dade superior, no sentido da manutenção do ato ilegal, tendo essa última autoridade foro diverso do da anterior, para aquele deverão ser remetidos os autos com vistas à decisão⁽¹⁰⁴⁾.

Embora já tenhamos tratado da matéria quando do estudo relacionado à capacidade de ser parte (tópico IV, n.º 1), importa lembrar, pela conexão que oferece, o conceito de *autoridade* no mandado de segurança, ou seja, aquelas pessoas que a lei expressamente considerou como legitimadas a figurar no pólo da relação processual da segurança. Para não repetir matéria, todavia, remetemos o leitor àquele tópico. Não obstante, repisamos que, de acordo com o art. 1.º, § 1.º, da Lei n.º 1.533/51, pode a autoridade ser uma pessoa jurídica privada, desde que tenha *funções delegadas* do poder público e pratique o ato ilegal no exercício dessas funções ou pretexto de exercê-las. Assim, além das autoridades públicas em geral, podem sofrer a segurança agentes de empresas concessionárias e permissionárias de serviço público e de outras entidades com atividade autorizada, como é o caso de faculdades, colégios, etc.

Como se pôde constatar, revestida da maior importância é a matéria relativa à legitimidade para a causa no mandado de segurança, o que exigirá decerto grande acuidade do M.P. à ocasião em que se manifestar na forma do art. 10, da Lei n.º 1.533/51. Seja como for, deparando partes desprovidas da titularidade do direito pleiteado e, portanto, ilegítimas para a causa, deve o órgão do M.P. opinar no sentido da extinção do processo *sem julgamento do mérito* por carência da ação⁽¹⁰⁵⁾.

3. O interesse de agir

Ainda na esteira de *Moacyr A. Santos*, interesse de agir "é um interesse secundário, instrumental, subsidiário, de natureza processual, consistente no interesse ou necessidade de obter uma providência jurisdicional quanto ao interesse substancial contido na pretensão"⁽¹⁰⁶⁾.

No mandado de segurança o tema é de indiscutível relevo e oferece aspectos característicos. E tais aspectos entendem sobretudo com as hipóteses de *descabimento* da medida, previstas no art. 5.º, da Lei n.º 1.533/51. Passemos, então, ao exame dessas hipóteses, as quais deverão ser proficientemente analisadas pelo *custos legis*.

Em primeiro lugar, descabe a segurança contra ato do qual caiba recurso administrativo *com efeito suspensivo*, independente

(104) *Hely Meirelles, ob. cit.,* pág. 16.

(105) Art. 267, inc. VI, CPC.

(106) *Ob. e vol. cits.,* págs. 145/146.

de caução (art. 5.º, I). O dispositivo é correto, a nosso ver, em sua *mens*, conquanto falho na redação. Deveria dizer "contra ato do qual se tenha interposto recurso administrativo com efeito suspensivo, independente de caução". Realmente, se o recurso tem efeito suspensivo, o ato é ainda inoperante e, por isso, impossível de produzir lesão ao direito; e, não exigindo caução, não sofre o interessado qualquer gravame. Ora, *se não há ainda lesão, nem gravame, inexistente o interesse de agir para a impetração da segurança*. Do modo como está regidido o artigo, poder-se-ia pensar que o só fato de haver recurso administrativo com aquelas características impediria a segurança. E não é assim, porque se o interessado, mesmo dispondo desse recurso, deixar transcorrer *in albis* o prazo para interpô-lo, o ato, ao passar a ter operatividade, renderá ensejo à ação. Importa, isto sim, que o cerceamento à impetração decorra da presença de ambos os requisitos *cumulativamente*.

Algumas decisões de Tribunais encontraram no dispositivo infringência ao princípio da *una jurisdictio una lex*, insculpido no art. 153, § 4.º, da Constituição Federal. Não lhes assiste razão, porém. A lei da segurança não subtraiu a lesão do direito ao Poder Judiciário, mas apenas *regulamentou* o uso da ação à existência efetiva da lesão, o que não ocorre enquanto o ato impugnado está com seus efeitos suspensos pelo recurso administrativo. E o fez bem, porque bem podia ocorrer que durante o curso da ação de segurança fosse o recurso provido, ficando aquela inteiramente prejudicada. Isso mostra a falta de interesse de agir em hipóteses como a citada⁽¹⁰⁷⁾.

O dispositivo em tela sofre, contudo, uma exceção quando o direito do indivíduo é violado por *ato omissivo* da autoridade, como, por exemplo, quando recusa a outorga de uma licença ou o registro de um diploma ou a admissão a um estabelecimento público. Nesses casos, sem embargo de respeitáveis opiniões em contrário⁽¹⁰⁸⁾, a omissão provoca de imediato a ilegalidade e logo admite a propositura da ação, mesmo que tal recusa propicie o pedido de reexame administrativo com efeito suspensivo⁽¹⁰⁹⁾.

O segundo impedimento à impetração da segurança consiste na hipótese de decisão judicial, quando para sua correção exista recurso processual próprio ou se admita a reforma por meio de correção (art. 5.º, II). Aqui se encontra presente outra análise pertinente ao interesse de agir, que vale como "necessidade" ou "utilidade" da via judicial. Parece evidente que, dispondo o interessado da via recursal adequada para impugnar o ato lesivo, não poderia, ou melhor, não precisaria socorrer-se do mandado de segurança.

(107) Celso A. Barbi, *ob. cit.*, pág. 65.

(108) Castro Nunes, *O Mandado de Segurança*, 1967, pág. 106.

(109) No sentido apontado, Súmula 429, do S.T.F.

A jurisprudência, em notável evolução interpretativa desse preceito, veio, no entanto, mitigar-lhes a rigidez para admitir o mandado de segurança quando da decisão judicial impugnada *não couber recurso com efeito suspensivo*, apontando-se inúmeros acórdãos nesse sentido e, assim, firmando-se tal orientação⁽¹¹⁰⁾. Em nosso entender foi extremamente salutar essa nova interpretação. De fato, não é raro acontecer que uma decisão judicial ilegal, que não possa ser sustada através de recurso sem efeito suspensivo, ameaça causar ao interessado um dano irreparável em face do *periculum in mora* decorrente da espera do reexame jurisdicional. Emerge, então, o mandado de segurança como ação adequada à imediata sustação dos efeitos da decisão judicial, sobretudo através da medida liminar. Fora dessa hipótese excepcional, porém, o impetrante será julgado carecedor da ação por falta de interesse.

Por fim, é incabível a segurança quando impugnar ato disciplinar, a menos que este se encontre inquinado de vício na forma essencial ou na competência do agente, dois dos elementos do ato administrativo⁽¹¹¹⁾. Naquele caso, a manifestação da vontade não se exteriorizou em conformidade com o mandamento legal; neste, o agente que emitiu a vontade não estava legalmente capacitado a fazê-lo, sendo, pois, nulo o ato que dele emanou.

O interesse de agir merece comentado ainda, agora sob a forma de permissividade, que é o que se contém no art. 16 da Lei n.º 1.533/51. Consoante essa norma, o pedido de mandado de segurança admite *renovação* se a decisão anterior denegatória não chegar a alcançar o *meritum causae*. A razão é simples. Se a ação visa ao exame do mérito e o processo restou paralisado por força de decisão prévia e necessária a respeito de uma das etapas anteriores, caso dos pressupostos processuais ou das condições da ação, não poderá deixar-se de conferir interesse de agir se são atendidos tais requisitos na renovação do pedido.

Não podemos encerrar o estudo do interesse de agir sem fazer uma ligeira abordagem sobre o mandado de segurança *preventivo*, o qual, apesar de pouco comum na prática judiciária, tem previsão expressa no art. 1.º, da Lei n.º 1.533/51. Admite a lei a segurança preventiva sempre que alguém tiver justo receio de sofrer violação de seu direito líquido e certo por ato de autoridade, à semelhança, aliás, do que acontece no *habeas corpus*. Neste ponto é de vital importância que se precise o sentido de *perfeição* e *exequibilidade* do ato administrativo. Perfeito será o ato que tenha ultrapassado todas as etapas de sua formação. Exequível será quando esteja com inteira aptidão para produzir os seus efeitos⁽¹¹²⁾. Sucede que às vezes,

(110) Arnoldo Wald, *ob. cit.*, págs. 145/157; Othon Sidou, *ob. cit.*, págs. 370/373.

(111) Sergio de Andréa Ferreira, *Direito Administrativo Didático*, 1979, págs. 95/96.

(112) Celso Antonio Bandeira de Mello, *Elementos de Direito Administrativo*, 1980, pág. 39.

embora perfeito e exeqüível, o ato por alguma razão não é imediatamente *executado* pelo agente administrativo. Somente haverá interesse de agir para a ação de segurança preventiva quando ocorrer exatamente essa hipótese, porque apenas aí surgirá o "justo receio" a que alude a lei. Em formação ainda, ou, formado, mas sem a aptidão para despejar os efeitos a que se propõe, o ato não comportará a impugnação através do mandado de segurança, e o impetrante carecerá da ação por falta do interesse de agir.

Ao M.P. caberá, quando ausente o interesse de agir, manifestar-se pela extinção do processo sem julgamento do mérito por carência da ação (art. 267, VI, C.P.C.).

VI. O mérito

1. A decadência

A sistemática processual vigente considerou a prescrição e a decadência como institutos que ensejam a extinção do processo com julgamento do mérito (art. 269, IV, C.P.C.). Foi, sem dúvida, uma tomada de posição. A doutrina, porém, levanta diversas controvérsias a respeito. Não iremos perscrutar as razões delas, pois que tal refoge à natureza deste trabalho. O certo é que ambos os institutos exigem apreciação anterior ao mérito em si; esta representa de fato a *res in iudicium deducta*, ou seja, lide posta ao exame jurisdicional. Para se chegar a ela cumprirá ao julgador verificar antes se ocorreu a prescrição ou a decadência. Por isso é que, apesar do que estabelece o estatuto processual, a doutrina as considera como *preliminares de mérito*.

Da mesma forma, não nos deteremos nas distinções entre a prescrição e a decadência, tema de altíssimas indagações e reconhecido, como o fez *Caio Mário da Silva Pereira*⁽¹¹³⁾, como os pontos mais controvertidos da ciência jurídica. A questão do objeto delas, se o direito ou a ação, traduz complexidade insuscetível de análise em nosso estudo singular.

O problema é que, como *legem habemus*, nos cabe examiná-las dentro do mandado de segurança, sempre com vistas à atuação do M.P.

Diz o art. 18, da Lei n.º 1.533/51, que o direito de requerer mandado de segurança se extinguirá após o decurso de 120 dias a partir da ciência do ato impugnado. A doutrina é uníssona, praticamente, em que se trata de prazo decadencial⁽¹¹⁴⁾. Sendo assim, não se sus-

(113) *Instituições de D. Civil*, 1961, vol. I, pág. 483.

(114) *O. Sidou*, ob. cit., pág. 327; *Hely Meirelles*, ob. cit. pág. 11; *T. Cavalcanti*, ob. cit., pág. 270.

pende nem se interrompe, mesmo que no interstício temporal tenha o interessado formulado pedido de reconsideração do ato impugnado⁽¹¹⁵⁾.

A um exame superficial, dessa maneira, se interposto após esse prazo o mandado de segurança, deveria o processo ser extinto *com julgamento do mérito*, em consonância com o art. 269, IV, do CPC. Entendemos, porém, que não deva ser essa a forma de deslinde. Em primeiro lugar, porque na verdade não se terá alcançado o mérito, que é, como veremos, a apreciação de ter havido direito líquido e certo violado, ou não, pela autoridade. A autoridade jurisdicional não decidiu rigorosamente sobre a pretensão de direito material. Além disso, deve-se conjugar o CPC com o art. 16, da Lei n.º 1.533, que, como vimos, admite a renovação da segurança se a anterior não houver apreciado o mérito.

Desse modo, entendemos que ao decretar a decadência, estará o julgador declarando apenas que o impetrante *não poderá postular a pretensão material na via especial do mandado de segurança*. Daí ter *Othon Sidou*, embora sem o asseverar expressamente, incluído o prazo referido no direito formal, em contraposição ao direito material propriamente dito (*op. cit.*, pág. 266).

Concluimos, pois, que, conquanto tido como decadencial o prazo do citado art. 18, não pode fazer coisa julgada; ao revés, permite que o interessado formule a sua pretensão pelas vias ordinárias comuns, nas quais será realmente apreciado o mérito da controvérsia. E, por isso, a sentença naquele caso mais se enquadra como extintiva do processo *sem julgamento do mérito*, por despido o impetrante da condição do *interesse de agir*.

2. O direito líquido e certo

O mérito no mandado de segurança consiste em saber-se se houve, ou não, direito líquido e certo violado por ato de autoridade. Este é que é, de fato, o cerne do litígio instaurado pela ação de segurança. Em complementação, releva se relembre que o dito direito líquido e certo não seja amparado por *habeas corpus*, ação que visa diretamente ao direito de locomoção (art. 153, § 20 da Const. Federal).

Não se desconhece o quanto já se discutiu a propósito da expressão “direito líquido e certo”, que a Carta de 1946 usou em substituição à de “direito certo e incontestável”, da Const. de 1934, esta, sem dúvida, geradora de maiores dissídios ainda. Os autores, de um modo geral, sustentam, com acerto a nosso ver, que, se há direito, este será necessariamente líquido e certo. Como ensina

(115) Súmula nº 430, S.T.F.

Seabra Fagundes⁽¹¹⁶⁾, a liquidez e certeza têm pertinência com os aspectos de fato da relação jurídica, ou seja, com os pressupostos materiais de individualização da norma. No mesmo sentido, *Hely Meirelles*⁽¹¹⁷⁾ leciona que a alusão da lei indica ser necessário que o direito seja comprovado de plano, ou seja, sem necessidade que haja uma fase autônoma de instrução probatória. Dispõe-se, para fins de segurança, a prova pré-constituída dos fatos que amparam a postulação.

O direito líquido e certo protegido pelo mandado de segurança é aquele violado por ato da autoridade. Sobre o conceito de autoridade, já tecemos alguns comentários anteriormente. Resta saber, neste passo, qual o ato objeto da incidência da ação de segurança.

O ato violador deverá ser ilegal. Superando antigas controvérsias, a doutrina moderna considera ilegal não apenas o que infringe as leis, como a própria Constituição, que, de resto, é a lei maior. Não importa sejam comissivos ou omissivos, ou seja, pequem por ação ou por inação; exige-se apenas que violem o direito.

Também não comporta examinar de que Poder proveio o ato. Embora mais comumente impugnados sejam os atos administrativos típicos, emanados do Executivo, não escapam, como vimos, à incidência da ação os atos judiciais nas condições que examinamos (art. 5.º, II, Lei n.º 1.533). Contra a lei em tese, como ato legislativo típico, é incabível o mandado de segurança⁽¹¹⁸⁾, pela simples razão de que não afetam, como normas gerais e abstratas, direitos individuais. O mesmo ocorre com decretos e regulamentos gerais e normativos. Mas se o ato legislativo tem caráter específico, ou seja, é formalmente legislativo, embora materialmente administrativo, denominado de *lei de efeitos concretos*⁽¹¹⁹⁾, passa a sofrer a incidência do mandado de segurança, dada a sua possibilidade de violação de direitos líquidos e certos. Ainda quanto aos atos judiciais, já se discutiu sobre a viabilidade de o mandado de segurança atacar a coisa julgada; hoje é pacífica a jurisprudência no sentido da vedação⁽¹²⁰⁾. Por fim, se um ato dilapida o patrimônio público pode ser anulado por ação popular (art. 153, § 31, Const. Fed.; Lei n.º 4.717, de 29-06-65); o mandado de segurança, contudo, não tem o condão de substituir aquela ação especial, conforme já assentado no Pretório Excelso⁽¹²¹⁾.

Em conclusão, temos que ao M.P., ultrapassadas as etapas preliminares, compete verificar se, à luz da prova pré-constituída, houve,

(116) Ob. cit., pág. 272.

(117) Ob. cit., pág. 6.

(118) Súmula 266, STF.

(119) *Hely Meirelles, ob. cit.*, pág. 8.

(120) Súmula 268, STF.

(121) Súmula 101, STF.

ou não, direito líquido e certo violado. E calcado nesse aspecto, que sempre demandará o exame da lei (o ato é *ilegal*), formular o seu pronunciamento, opinando agora pela concessão ou denegação da segurança, que refletem a procedência ou improcedência da ação.

VII. A liminar, a sentença e os recursos

A *medida liminar* é providência cautelar prevista na Lei n.º 1.533 e conferida de plano ao impetrante, à ocasião em que o juiz profere o despacho inicial de conteúdo positivo. O dispositivo impõe a presença cumulativa de dois requisitos, um de ordem subjetiva (deixado, aliás, à discricionariedade do juiz, que deverá mais do que nunca agir aqui com *arbitrium boni viri*), quando for relevante o pedido; e um de ordem objetiva, assentada no *periculum in mora*, ou, em outras palavras, no risco de ser a decisão de mérito, delongada pelo decurso do tempo, ineficaz e inócua quando de sua prolação. Neste último caso, pretendeu-se evitar que um ato ilegal, produzindo ininterruptamente os seus efeitos, viesse a causar dano irreparável ao titular do direito. Com a medida liminar, ficam suspensos os efeitos do ato até a decisão do litígio oposto no mandado de segurança.

A duração da liminar é de 90 dias, prorrogáveis por mais 30 em caso de acúmulo de serviço para o juiz⁽¹²²⁾. A concessão da medida é vedada em casos previstos em algumas leis complementares⁽¹²³⁾, como liberação de mercadorias vindas do estrangeiro, reclassificação de servidores e aumento de vantagens ou, ainda, pagamento de vencimento.

O M.P. tem, na prática, pouca ingerência na apreciação do pedido liminar, pois que este fica sob imediata tutela do juiz antes da manifestação do órgão. Apesar disso, entendemos que como, *custos legis*, pode o M.P. opinar pela concessão da liminar quando, tendo sido negada esta inicialmente, persistir, no momento de sua intervenção, o conjunto de motivos que aconselhem a concessão, e estiverem presentes os requisitos do art. 7.º, II.

A *sentença* denegatória do mandado de segurança enquadra-se como de natureza *declaratória*, uma vez que declara inexistente direito líquido e certo violado por ato da autoridade. Duvidoso, contudo, é o enquadramento quando a decisão é *concessiva*. Para uns⁽¹²⁴⁾, poderá ser condenatória, constitutiva ou declaratória, conforme a direção que imprimir. Estamos, porém, com aqueles que aceitam a categoria das sentenças *mandamentais*⁽¹²⁵⁾. Na verdade, a senten-

(122) Art. 1º, "b", da Lei 4.348, de 26-06-64.

(123) Lei 2.770/56; Lei 4.348/64; Lei 5.021/66.

(124) Celso A. Barbí, *ob. cit.*, pág. 151.

(125) Goldschmidt, *Derecho Procesal Civil*, 1936, pág. 113; Pontes de Miranda, *Comentários ao CPC*, tomo I, págs. 231/232; Hely Meirelles, *op. cit.* pág. 25.

ça na segurança tem o conteúdo de uma ordem à autoridade, no sentido de fazer (*facere*), não fazer (*non facere*) ou tolerar que se faça (*pati*). Por isso, a execução da sentença é *in natura*, devendo-se concretizar o mandamento contido na decisão. Daí ser o mandado de segurança meio inábil para a obtenção de reparação pecuniária em substituição à ação de cobrança⁽¹²⁶⁾.

No que concerne à modalidade de mandado de segurança impenetrado, pode ainda a sentença ser *repressiva*, quando se destina à correção da ilegalidade praticada, ou *preventiva*, quando objetiva impedir se cometa a ilegalidade. De qualquer forma, a recusa a seu cumprimento tipifica o crime de *desobediência* (art. 330, C. Penal).

Por fim, cumpre ressaltar que, sem embargo da orientação do S.T.F.⁽¹²⁷⁾, deveria fixar-se na sentença os honorários da parte sucumbente. Afinal, não há mais como adotar aquele caminho ante a sistemática processual vigente (art. 20, CPC), que determina a condenação do *vencido*. Ora, como o mandado de segurança é ação, cujo processo contém uma lide, há necessariamente de aparecer um vencido; a este será de cominar-se o ônus dos honorários advocatícios.

O *recurso* cabível da sentença concessiva ou denegatória é a apelação⁽¹²⁸⁾. No primeiro caso, fica sujeita ao duplo grau de jurisdição, o que não impede de ser executada provisoriamente⁽¹²⁹⁾.

Legitimados para recorrer estão a parte vencida, o terceiro prejudicado e o Ministério Público (art. 499, CPC). Aqui se faz presente toda a força de atuação do M.P. Se a sentença se posiciona contrariamente ao entendimento do órgão, que a esta altura já terá examinado todo o contorno da controvérsia, não só pode o mesmo, como deve, apelar da decisão. Importante é que o órgão se cinja aos lindes legais e use de toda a sua autonomia para impedir que a decisão os ultrapasse.

O agravo de instrumento é incompatível com o rito da segurança, embora possa teoricamente ocorrer decisão que resolva questão incidente (art. 162, § 2.º, c/c — art. 522, CPC). Para a hipótese de dúvida, obscuridade, omissão ou contradição, cabem embargos de declaração (arts. 463, II e 525, CPC). Nos casos previstos na Constituição, pode a decisão ser atacada por recurso extraordinário (art. 119, III, "a" a "d"). Quanto aos embargos infringentes, interpostos de julgado não unânime em apelação (art. 530, CPC), o S.T.F. incompreensivelmente assentou sua inviabilidade no mandado de segurança⁽¹³⁰⁾. O entendimento, porém, sofre muitas contestações. Re-

(126) Súmula 269, S.T.F.

(127) Súmula 512.

(128) Art. 12, Lei 1.533 c/redação Lei 6.014, 27-12-73.

(129) Art. 12, parág. único, L. 1533 c/red. Lei 6.071, 3-7-74.

(130) Súmula 597.

centemente mesmo, o Tribunal de Justiça do RJ (Embargos Infringentes na Ap. Cível n.º 5.856, relator o Eminentíssimo Des. J. C. Barbosa Moreira) admitiu expressamente o citado recurso, em orientação, a nosso ver, irrepreensível⁽¹³¹⁾.

Os autores, de um modo geral, ensinam que da decisão que indefere a liminar, ou a concede, ou ainda a cassa, não cabe recurso. Ousamos discordar. Todas essas decisões estarão resolvendo questão no processo, sendo, pois, atacáveis por agravo de instrumento. Dissemos ser incompatível esse recurso em face da sabida morosidade da máquina judiciária. Não fora assim, ou se se conferisse prioridade de rito e julgamento a esse recurso, bem poderia ser utilizado em tais casos, sobretudo quando a atuação judicial fosse inquinada de arbitrariedade.

VII. Considerações finais

O escopo do presente estudo foi o de tecer comentários sobre os vários aspectos que recobrem o mandado de segurança, quer de caráter formal, quer de cunho substancial. Mas principalmente analisá-los à vista da intervenção do Ministério Público. Esta, na pesquisa a que procedemos, nunca recebeu um tratamento provido da detença indispensável aos temas de relevo.

E, conforme já acentuamos no início deste trabalho, consideramos a posição do M.P. no mandado de segurança de irretorquível importância. Primeiro, porque a missão cheia de nobreza do M.P. já é relevante em si mesma por causa dos objetivos a que se propõe. E, depois, porque tal missão se engrandece na medida em que sucede dentro do mandado de segurança, cuja nobreza de propósitos também é incontestável. Por esse motivo, seria de indagar-se se, numa ação de mandamento constitucional e determinada a proteger os direitos subjetivos líquidos e certos, afrontados por ato emanado de autoridade pública, que precisa necessariamente pautar-se pelo princípio da legalidade, seria de indagar-se, repetimos, se a alguém mais poderia outorgar-se a *custodia legis*, senão ao Ministério Público.

Pois foi na confluência do mandado de segurança e do Ministério Público que ousamos tecer os comentários contidos neste modesto trabalho.

(131) "Rev. Dir. Proc.-Geral Est. R.J.", nº 34, págs. 139/149.