

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E A AÇÃO DE MANDADO DE SEGURANÇA INDIVIDUAL – BREVES ASPECTOS¹

Marta Maria Gomes Silva
Mestranda em Direito pela UNAERP/SP
martamggs@yahoo.com.br

Resumo: A jurisdição constitucional pode ser estudada sob vários prismas, um deles é existência no ordenamento jurídico de instrumentos garantidores da supremacia constitucional e dos direitos encartados na lei máxima do Estado: são as intituladas ações constitucionais. O presente trabalho tem como objetivo a abordagem de certos aspectos da ação constitucional do Mandado de Segurança Individual – levando em conta as posições doutrinárias e jurisprudenciais existentes – como sua natureza jurídica, seu objeto, a qualidade do ato que pode ser contestado pela via mandamental, o prazo para impetração, a competência e a intervenção do órgão ministerial.

Palavras-chave: jurisdição constitucional; justiça constitucional; ação constitucional; mandado de segurança; procedimento.

Resumen: La jurisdicción constitucional puede ser estudiada bajo varios prismas, uno de ellos es la existencia en el ordenamiento jurídico de instrumentos garantidores de la supremacía constitucional y de los derechos encartados en la ley máxima del Estado: son las intituladas acciones constitucionales. El presente trabajo tiene como objetivo el abordaje de ciertos aspectos de la acción constitucional del Mandado de Seguridad Individual – llevando en cuenta las posiciones doctrinarias y jurisprudenciales existentes – como su naturaleza jurídica, su objeto, la calidad del acto que puede ser contestado por la vía mandamental, el plazo para enjuiciamiento, la competencia y la intervención del órgano ministerial.

Palabras-llave: jurisdicción constitucional; justicia constitucional; acción constitucional; mandado de seguridad; procedimiento.

1. Introdução

A jurisdição constitui um dos institutos fundamentais do direito processual civil e o conceito clássico trazido pela doutrina se refere ao chamado poder-dever atuante do Estado, por intermédio do Poder Judiciário, de solucionar os litígios que são apresentados pelos particulares.

¹ Artigo jurídico elaborado para cumprimento de exigência parcial da disciplina "Jurisdição Constitucional", ministrada pelo Prof. Dr. Augusto Martinez Perez, do Programa de Pós-Graduação stricto sensu, nível Mestrado, em Direitos Coletivos, Função Social do Direito e Cidadania da Universidade de Ribeirão Preto (UNAERP).

Theodoro Júnior (1997, p. 70) esclarece que a jurisdição desenvolvida pelo Estado constitui “o poder-dever de fazer atuar a vontade concreta da ordem jurídica nas situações litigiosas, quer por meio de declaração do direito do caso concreto, quer por meio de execução efetiva do direito reconhecido à parte”.

Nesse sentido, também, expõe Vechiato Júnior (2002, p. 1):

Jurisdição é a atividade do Estado-Juiz, que substitui a vontade das partes, num determinado processo regular, mediante provocação, acobertado pelo princípio constitucional denominado devido processo legal, para aplicar processualmente o direito material ao caso concreto e solucionar pacificamente o conflito individual ou metaindividual.

Cintra; Grinover e Dinamarco (2003, p. 131) acrescentam que a jurisdição é, simultaneamente, poder, função e atividade:

Como poder, é manifestação do poder estatal, conceituado como capacidade de decidir imperativamente e impor decisões. Como função, expressa o encargo que têm os órgãos estatais de promover a pacificação de conflitos interindividuais, mediante a realização do direito justo e através do processo. E como atividade ela é o complexo de atos do juiz no processo, exercendo o poder e cumprindo a função que a lei lhe comete. O poder, a função e a atividade somente transparecem legitimamente através do processo devidamente estruturado (devido processo legal).

Assim, temos que o termo jurisdição significa dizer o direito, porém não somente no sentido de declará-lo, mas, outrossim, no de concretizá-lo efetivamente para fins de pacificação social.²

Pois bem. Resta, agora, neste intróito estabelecer, em linhas gerais, no que consiste a jurisdição constitucional.

Apesar de não haver certo consenso na doutrina sobre o alcance das expressões “justiça constitucional”, “jurisdição constitucional” ou mesmo “tribunal constitucional”, valemo-nos, inicialmente, do conceito trazido por Tavares (2005, p. 144): “A idéia de uma jurisdição constitucional tem sido trabalhada para identificar a parcela de atividade pela qual se realiza, jurisdicionalmente, vale dizer, consoante um método jurídico-processual, a proteção da Constituição em todas as suas dimensões”.

² Cf. Lopes (2005, p. 67). Observa ainda o autor que: “Costuma-se dizer que a jurisdição vem sendo revisitada, quer dizer, vem ganhando nova configuração para melhor atender aos seus fins. Assim, além da possibilidade de exercício da jurisdição por particulares, inclina-se a doutrina moderna a incluir, nesse sentido, não só a *jurisdição contenciosa*, mas também a *jurisdição voluntária*. (2005, p. 68). Nesse diapasão, insta salientar também os dizeres de Tavares (2003, p. 216): “A jurisdição, como se sabe, desenvolveu modernamente a vertente de controle da constitucionalidade dos atos normativos do Estado, deixando o clássico conceito de apenas “dizer o Direito para o caso concreto”. O controle da constitucionalidade, praticado pelos tribunais constitucionais, desenvolve-se em abstrato, sem qualquer referência a um caso concreto. Trata-se, contudo, em muitos países, de atividade que se pode dizer jurisdicional”.

Segundo Canotilho (2002, p. 886 e 887-888):

No constitucionalismo recente parece defender-se, em geral, a conexão entre constituição e jurisdição constitucional. [...] A título de noção tendencial e aproximativa, pode definir-se justiça constitucional como o complexo de actividades jurídicas desenvolvidas por um ou vários órgãos jurisdicionais, destinadas à fiscalização da observância e cumprimento das normas e princípios constitucionais vigentes. [...]

A justiça constitucional é hoje também um aparo para a defesa de direitos fundamentais, possibilitando-se aos cidadãos, em certos termos e dentro de certos limites, o direito de recurso aos tribunais constitucionais, a fim de defenderem, de forma autónoma, os direitos fundamentais violados ou ameaçados (a justiça constitucional no sentido de “jurisdição da liberdade”).

No que respeita o tema observa Moraes (2000, p. 68) que “a jurisdição constitucional retira sua legitimidade formalmente da própria Constituição e materialmente da necessidade de proteção ao Estado de Direito e aos Direitos Fundamentais”.

Tavares (2003, p. 217) aponta que a expressão “jurisdição constitucional” é empregada no intuito de designar “a sindicabilidade desenvolvida judicialmente tendo por parâmetro a Constituição e por hipótese de cabimento o comportamento em geral e, principalmente do Poder Público, contrário àquela norma paramétrica”.

Sem dúvida, é possível afirmar que a fiscalização do cumprimento da Constituição se baseia na idéia de sua primazia jurídica no ordenamento de leis do Estado, bem como na manutenção de sua rigidez.

Tal rigidez, segundo Afonso da Silva (2005, p. 45), significa que:

A constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos. É, enfim, a lei suprema do Estado, pois é nela que se encontram a própria estruturação deste e a organização de seus órgãos; é nela que se acham as *normas fundamentais* de Estado, e só nisso se notará sua superioridade em relação às demais normas jurídicas.

Nesse prisma, portanto, a jurisdição constitucional pode ser vista pelo seu papel de garantidora da supremacia da lei fundamental do Estado, bem como de asseguradora de instrumentos de controle que possibilitem o respeito às garantias constitucionais. Tais instrumentos constituem as chamadas ações constitucionais.

A Constituição, sob seu aspecto contemporâneo, é fruto do resultado de um longo processo de elaboração.

Isso porque, indubitavelmente, a constitucionalização dos Estados se revelou uma conquista das liberdades individuais frente ao poder absoluto e incontestável dos antigos governantes, uma forma de limitação dos poderes estatais.

Por conseguinte, as declarações de direitos passaram a figurar como parte essencial em todas as Constituições, enumerando, assim, os direitos fundamentais dos cidadãos.

Nesse prisma, as ações constitucionais – também denominadas de remédios constitucionais³ – se mostram como meios indispensáveis à proteção de tais prerrogativas.

Na lição de Direito, o sistema constitucional de garantias dá vigor e eficácia à declaração de direitos. Sem tais garantias, explana o autor, “os direitos assegurados na declaração permanecem no papel, não havendo como impedir que sejam violados. As chamadas garantias ou remédios constitucionais nasceram com o objetivo de impedir que os direitos dos cidadãos ficassem inertes nas declarações, sem eficácia”. (1999, p. 4)

Hodiernamente, a Constituição de 1988 agasalhou dentre o rol de garantias a figura do mandado de segurança em suas formas: individual, 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 (art. 5º, inciso LXIX) e coletiva, para resguardar direito pertencente a uma coletividade, podendo 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 (art. 5º, LXX).

O presente trabalho tem como foco de análise alguns aspectos da figura do mandado de segurança individual, tendo por base as normas que regem o instituto, e a problematização de temas afetos à sua disciplina. Contudo, há que se pontuar de

³ Sobre os remédios constitucionais, Afonso da Silva (2005, p. 442) observa a razão da referida denominação: “A Constituição inclui entre as *garantias individuais* o direito de petição, o *habeas corpus*, o mandado de segurança, o mandado de injunção, o *habeas data*, a ação popular, aos quais se vem dando, na doutrina e na jurisprudência, o nome de *remédios de Direito Constitucional*, ou *remédios constitucionais*, no sentido de *meios* postos à disposição dos indivíduos e cidadãos para provocar a intervenção das autoridades competentes, visando *sanar*, *corrigir* ilegalidade e abuso de poder em prejuízo de direitos e interesses individuais. Alguns desses remédios revelam-se meios de provocar a atividade jurisdicional, e, então, têm natureza de ação: são *ações constitucionais*. (...) São, pois, espécies de garantias, que, pelo seu caráter específico e por sua função saneadora, recebem o nome de *remédios*, e *remédios constitucionais*, porque consignados na Constituição”.

antemão, que o pretenso estudo não tem por escopo esgotar os conhecimentos referentes a essa questão, tampouco analisar todas suas nuances e sim, apresentar idéias a fim de que novos pensamentos sobre o tema surjam.

2. Considerações Iniciais: Evolução Constitucional

A principal fonte do instituto do mandado de segurança foi a chamada “teoria brasileira do *habeas corpus*”. Seu principal formulador, Ruy Barbosa, defendia que o instrumento poderia ser empregado na defesa de qualquer direito e não só para proteção da liberdade de locomoção. O constitucionalista, na época, influenciou de maneira expressiva o entendimento do Supremo Tribunal Federal a fim de que não fosse dada uma interpretação restritiva ao instituto do *habeas corpus*.⁴

Isso porque como a Constituição de 1891, ao atribuir status constitucional⁵, ampliou o conceito do *habeas corpus* – inicialmente trazido no Código de Processo Criminal de 1832 – o mesmo passou, então, a ser usado fora do seu campo estritamente penal – como garantidor da liberdade de locomoção – e veio tutelar a liberdade individual em sentido mais amplo.

A propósito bem observa Talamini (2002, p. 306):

Foi sob a égide da Constituição de 1891 que o *habeas corpus* pôde parcialmente assumir o papel de instrumento mais amplo de tutela específica relativa a deveres de fazer ou não fazer. A medida ganhou o *status* de garantia constitucional. O dispositivo que a previa valia-se de redação extremamente ampla. Não havia, na fórmula constitucional, nenhuma restrição do instrumento à tutela da liberdade de locomoção.

Com a reforma constitucional de 1926 o artigo 72, parágrafo 22 restringiu de forma explícita o campo de incidência do *habeas corpus* ao estabelecer seu cabimento sempre que alguém sofresse, ou se achasse em iminente perigo de sofrer violência por meio de prisão ou constrangimento ilegal em sua liberdade de locomoção.

Com isso, os demais direitos passaram a carecer de instrumento que os tutelassem. Segundo Wald (1968, p. 35) e Pacheco (2002, p. 143), tal restrição veio acentuar a necessidade de se criar outro meio eficaz de proteção às situações urgentes não abrangidas pelo *habeas corpus*.

⁴ Cf. Velloso (1989, p. 25).

⁵ O artigo 72, parágrafo 22 da Constituição de 1891 assim dispunha: “Dar-se-ha o *habeas-corpus* sempre que o individuo soffrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violencia, ou coacção, por illegalidade, ou abuso de poder”.

Seguiram-se, então, após a reforma de 1926, vários projetos específicos. Dentre eles destacam-se os de autoria de: Edmundo Muniz Barreto e dos parlamentares Gudesteu Pires, Afrânio de Melo Franco, Mattos Peixoto e Odilon Braga. Todos apresentados em épocas distintas, mas munidos com um único objetivo: o de amparar o indivíduo contra as arbitrariedades oriundas do Estado.

Por fim, lamentavelmente, com a dissolução do Congresso, em 1930, nenhum deles obteve êxito.

Com o retorno dos trabalhos legislativos em 1934, o assunto regressou à pauta de discussões.

Finalmente, como resultado direto dos debates, a Constituição Federal de 1934 veio consagrar o mandado de segurança em seu artigo 113, inciso 33.⁶

Estava criado, neste momento, um dos instrumentos de maior proteção dos direitos dos cidadãos frente aos abusos do Poder Público.

Adveio, ulteriormente, a necessidade de criação de uma regulamentação através de lei ordinária. Referida tarefa foi incumbida ao deputado Alcântara Machado. Desse modo, em 16 de janeiro de 1936, despontou no plano infraconstitucional a Lei n. 191. No entanto, no ano subsequente, o mandado de segurança foi excluído do rol de garantias constitucionais pela Carta ditatorial de 1937, passando a vigorar, tão somente, na esfera infraconstitucional pelo Decreto-Lei n. 6, de 16 de novembro de 1937.⁷

De toda sorte, com a redemocratização de 1946, o mandado de segurança voltou a figurar no corpo constitucional⁸, com algumas alterações: a expressão *direito certo e incontestável* foi substituída por *direito líquido e certo*, e não se exigia mais que se tratasse de inconstitucionalidade ou ilegalidade *manifesta*.

⁶ Dispunha o texto constitucional: “Dar-se-á mandado de segurança para a 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 de segurança não prejudica as ações petitórias competentes”.

⁷ O artigo 16 do Decreto-Lei n. 6 vedou sua utilização contra atos praticados pelo Presidente da República, Ministros de Estado, Governadores e Interventores. Mais tarde, proibiu-se a utilização da garantia constitucional contra atos do Prefeito do Distrito Federal por força do Decreto-Lei n. 96, de 22 de dezembro de 1937. Não bastasse, o Código de Processo Civil de 1939 restringiu ainda mais o campo de ação do mandado de segurança ao estabelecer, no seu artigo 320, inciso IV, o não cabimento em matéria de impostos e taxas, exceto quando a própria lei determinasse providências restritivas da atividade profissional do contribuinte: “Art. 320. Não se dará mandado de segurança, quando se tratar: (...) IV – de impostos ou taxas, salvo se a lei, para assegurar a cobrança, estabelecer providências restritivas da atividade profissional do contribuinte”.

⁸ Estabelecia seu artigo 141, §24: “Para proteger direito líquido e certo não amparado por habeas corpus, conceder-se-á mandado de segurança, seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder”.

Em seguida, deu-se a edição da lei que viria a regular o mandado de segurança até os dias atuais: 1.533, de 31 de dezembro de 1951⁹. Referido diploma foi alterado pelas Leis posteriores: 2.770, de 04.05.56; 4.166, de 04.12.62; 4.348, de 26.06.64; 4.357, de 16.07.64; 4.862, de 29.11.65 e 5.021, de 09.06.66.

A Constituição de 1967 continuou prevendo a garantia do mandado de segurança.¹⁰ Igualmente aconteceu com o advento da Constituição Federal de 1969, que manteve a redação anterior, apenas suprimindo a expressão *individual*.¹¹

Por fim, a Constituição de 1988 manteve a figura do instituto no artigo 5º, inciso LXIX e inovou ao ampliar seu alcance por meio do mandado de segurança coletivo disposto no artigo 5º, inciso LXX.

3. Visão Geral do Instituto

A atual Constituição da República fixou no inciso LXIX, do capítulo referente aos direitos e garantias individuais, que “conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo não amparado por habeas corpus, seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder”.

Em idêntica linha, dispõe o *caput* do art. 1º da Lei n. 1.533/51: “Conceder-se-á, mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, alguém sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça”.

Desses dispositivos legais é possível especificar, de plano, alguns contornos basilares para a compreensão do instituto.

A priori, quanto à sua natureza jurídica, trata-se de ação civil, de índole constitucional e rito sumário especial. Ressalve-se em tempo, que sua natureza civil não impede o ajuizamento em matéria criminal.²³

⁹ Dispõe seu artigo 1º: “Conceder-se-á, mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, alguém sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça”.

¹⁰ Dispunha seu artigo 150, §21: “Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito individual líquido e certo não amparado por habeas corpus, seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder”.

¹¹ A redação do artigo 153 passou a ser a seguinte: “Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo não amparado por habeas corpus, seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder”.

²³ Nesse sentido, conferir RTJ 83/225 e RT 505/287.

A propósito, explicita Diniz (1998, p. 246):

O remédio heróico é ação civil de rito sumário especial, [...] por ser ação civil, mesmo que o ato impugnado seja administrativo, judicial, civil, penal, policial, militar, eleitoral, esta será sempre processada e julgada como ação civil no juízo competente, daí porque não há falar em mandado de segurança criminal nem eleitoral.

Subsidiariamente, regula-se pelas regras dispostas no Código de Processo Civil, como acentua Bueno (2002, p. 10):

Não se pode perder de vista que o mandado de segurança é ação *civil*, isto é, não penal e não trabalhista, e, como toda e qualquer ação civil, é regulada, naquilo que não confrontar seu modelo e sua finalidade próprios, pelo Código de Processo Civil. Dúvida não pode haver, portanto, de que o CPC é norma *subsidiária* para o mandado de segurança e que deve ser aplicada toda vez que, na lacuna das leis que tratem, especificamente, do instituto não haja conflito com sua natureza e predestinação constitucional.

Interessante notar que, apesar do mandado de segurança exigir a existência dos pressupostos processuais e condições da ação, como as demais ações, a fim de que lhe seja examinado o mérito; não se trata, de forma alguma, de uma ação como qualquer outra existente no nosso ordenamento jurídico. Nesse sentido, bem-sucedida é a afirmação de Nunes (1967, p. 51): “O mandado de segurança assenta num princípio que o nosso direito anterior desconhecia: a possibilidade de ser a administração compelida a praticar certo ato ou abster-se de o praticar”.

O mandado de segurança pode ser impetrado com o objetivo de atacar ato lesivo ou mesmo a *ameaça* de sua prática. Diz-se que na primeira hipótese ele é *repressivo*, vez que a ilegalidade já foi cometida e na segunda, *preventivo*, pois o que se tem é uma ameaça a direito líquido e certo do impetrante.

No que tange ao seu objeto, na definição de Meirelles (2005, p. 21) o mandado de segurança representa:

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 *habeas corpus* ou *habeas data*, lesado ou ameaçado de lesão, por ato de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerce (CF, art.5º, LXIX e LXX; Lei nº 1533/51, art. 1º).

Pela conceituação supra registrada, tem-se que o objeto do mandado de segurança consistirá sempre na correção de um ato ou omissão de autoridade, desde que eivado de ilegalidade ou acusador de ofensa a direito, individual ou coletivo, líquido e certo, do impetrante.

Frise-se, ademais, que tal ato poderá ser proveniente de qualquer autoridade dos três Poderes e do Ministério Público.²⁸

Quanto ao âmbito de incidência, este é deferido de forma residual, pois a medida é cabível, tão somente, quando o direito líquido e certo carecedor de proteção não estiver amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, segundo própria estipulação legal. Desta feita, caso haja outro meio hábil de se pleitear a correção do ato, este deverá ser utilizado.

Por fim, verifica-se que a ação de mandado de segurança pressupõe certos elementos indispensáveis à sua propositura. São eles: ilegalidade ou abuso praticado por autoridade ou agente no exercício de atribuições públicas; direito líquido e certo e direito não tutelável por *habeas corpus* ou *habeas data*.

4. Ato de Autoridade para Fins de Impetração

O ato impugnável pela via mandamental não se consubstancia em qualquer ato, senão em ato advindo de autoridade. De acordo com a Constituição, autoridade “responsável pela ilegalidade ou abuso de poder”.

Importante, assim, esclarecer quem seria autoridade para fins de impetração do *mandamus*. A autoridade é entendida como a pessoa física investida de poder de decisão dentro da esfera de competência que o próprio diploma legal lhe conferiu.

No entanto, a autoridade pública diferencia-se diametralmente da figura do agente público. Com respeito a esse aspecto, cabível é a transcrição de Meirelles (2005, p. 33):

Deve-se distinguir *autoridade pública* do simples *agente público*. Aquela detém, na ordem hierárquica, *poder de decisão* e é competente para praticar *atos administrativos decisórios*, os quais, se ilegais ou abusivos, são suscetíveis de impugnação por mandado de segurança quando ferem direito líquido e certo; este não pratica atos decisórios, mas simples atos executórios, e, por isso, não respondem a mandado de segurança, pois é apenas executor de ordem superior. Exemplificando: o porteiro é um agente público, mas não é autoridade; autoridade é o seu superior hierárquico, que decide naquela repartição pública. O simples *executor* não é coator em sentido legal; coator é sempre aquele que *decide*, embora muitas vezes também execute sua própria decisão, que rende ensejo à segurança. *Atos de autoridade*, portanto, são os que trazem em si uma decisão, e não apenas execução.

²⁸ Cf. MORAES (2002, p. 165).

Todavia, também são tidos como atos de autoridade os oriundos de particulares, quando exercentes de *função pública* (art. 1º da Lei n. 1.533/51), o que seria possível aos olhos de Bueno (2002, p. 18) pelo instrumento jurídico da *delegação* (concessão, permissão, autorização ou outra forma de trespasso da atividade pública ao particular):

Também, particulares podem ser alvo de mandado de segurança naquilo que diz respeito à delegação, isto é, à parcela da atividade cujo exercício lhe foi reconhecido em nome do Estado. Daí a admissibilidade, pela jurisprudência, de mandados de segurança contra dirigentes de escolas particulares ou de particulares prestadores de serviços públicos. Entende-se, nesses casos, que a “autorização” referida no art. 209, II, da Constituição Federal é significativa de trespasso de atividade pública ou particular.

Ademais, referido assunto encontra-se sumulado pelo Supremo Tribunal Federal: “Súmula 510. Praticado o ato por autoridade, no exercício de competência delegada, contra ela cabe o mandado de segurança ou a medida judicial cabível”.

Nesse diapasão, infere-se que a expressão “competência delegada” deve ser assimilada como sendo sinônimo de função pública. De maneira que existindo a função pública perfeitamente manejável é o mandado de segurança.

Araujo e Nunes Júnior (2001, p. 148) dissertam nessa linha de raciocínio: “Para fins de mandado de segurança, autoridade é aquela que praticou ou ordenou o ato (e não a pessoa jurídica a que pertence), podendo ser uma autoridade administrativa ou um agente no exercício de atribuição do Poder Público”.

Outrossim, os atos praticados por administradores ou representantes de autarquias, de entidades paraestatais, de empresas públicas, de sociedades de economia mista exercentes de serviços públicos e de pessoas naturais ou jurídicas com funções delegadas podem ser atacados pelo *writ*.

No mais, atualmente, é pacífico o entendimento de que os *atos judiciais* – acórdão, sentença ou despacho – configuram *atos de autoridade* passíveis de mandado de segurança, desde que ofensivos de direito líquido e certo do impetrante. Também os *atos administrativos* praticados por Magistrados no desempenho de funções de administração da justiça sujeitam-se à correção por via do *mandamus*. Os atos realizados por parlamentares quando da elaboração da lei, da votação de projetos ou da administração do Legislativo configuram atos de autoridade; atacáveis, portanto, pela ação em questão sempre que infringirem a letra da Constituição ou as normas regimentais da Corporação e, consequentemente, lesarem algum direito do impetrante.³²

³² Cf. Meirelles (2005, p. 34).

5. Direito Líquido e Certo

Tem-se que a proteção conferida pelo mandado de segurança não é extensível a todo e qualquer direito. O próprio dispositivo constitucional tratou de excluir a liberdade de locomoção (*habeas corpus*) e o acesso a informação de caráter pessoal constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público (*habeas data*) da via mandamental. Quantos aos demais direitos só será cabível a segurança caso forem líquidos e certos. Deste modo, cumpre averiguar qual o entendimento predominante no que respeita o conceito “líquido e certo”.

Inicialmente, tem-se o surgimento da expressão na Constituição de 1946. Como já mencionado, anteriormente, referia-se a *direito certo e incontestável*. No tocante à alteração, acertada é a colocação de Wald (1968, p. 121):

A expressão direito incontestável também foi infeliz e por essa razão o constituinte não a manteve, pois a incontestabilidade é noção essencialmente subjetiva, além de ser incompleta, pois só à vista da contestação se depreenderia a possibilidade ou não de impugnar o ato administrativo praticado.

Sobre o entendimento inicial que se deu à questão, explica Bastos (2002, p. 404-405):

A primeira tendência foi a de considerar como líquido e certo todo o direito que fosse evidente, insusceptível de impugnação e cuja procedência não pudesse deixar de ser reconhecida. Exigia-se, pois, que o direito fosse translúcido, não só porque os suportes fáticos em que repousava, como também porque indiscutível o conteúdo do dispositivo invocado.

Seria portador de um direito líquido e certo todo aquele que invocasse em seu benefício um comando legal, este mesmo isento de dúvida, como também a sua efetiva subsunção à norma abstratamente considerada, pela implementação em seu prol dos pressupostos legais.

Não há dúvida que a aquisição dos direitos se dá pela conjugação desses dois elementos: uma situação fática qualificada mais a incidência sobre esta de uma vontade normativa que a torna apta a produzir certas consequências jurídicas.

Contudo, a corrente ora exposta foi quase que totalmente superada pela evolução da própria doutrina e, sobretudo da jurisprudência, que passaram a distinguir com clareza esses dois pólos de toda a situação jurídica: o fático e o normativo. E, simultaneamente, a fazer residir a certeza e liquidez do direito tão-somente ao primeiro deles.

Para Araujo e Nunes Júnior (2001, p. 149) a premissa para se compreender a atual expressão reside no fato em si, e não no direito. Assim, direito líquido e certo: “é o proveniente de fato líquido e certo, ou seja, comprovável de plano, com base exclusivamente em prova documental”.

Líquido e certo, segundo Moraes (2002, p. 166), é o direito “que resulta de fato certo, ou seja, é aquele capaz de ser comprovado, de plano, por documentação inequívoca”.

No mesmo sentido prescreve Machado (2002, p. 413):

Direito líquido e certo, protegível mediante mandado de segurança, é aquele cuja demonstração independe de prova. Sabe-se que todo direito (subjetivo) resulta da incidência de uma norma. Resulta, pois, do binômio norma-fato. Para que o direito seja líquido e certo basta que o fato do qual resulta seja incontroverso. A controvérsia quanto à norma não lhe retira a liquidez e certeza.

Alvim (1998, p. 42) também preleciona: “Para que o direito seja tido por líquido e certo, preciso é, apenas, que estejam provados documentalmente, de plano, com os documentos acostados à inicial, os fatos em questão”.

Dessa forma, clara é a idéia de que direito líquido e certo é aquele embasado em *fato* líquido e certo, ou seja, incontroverso e que pode ser comprovado de plano, através de prova estritamente documental.

A expressão está, pois, atrelada à questão da prova pré-constituída, não carecedora de diliação probatória. Isso porque, caso esta ocorra, a via mandamental torna-se imprópria, pois o direito deixa de ser líquido e certo.

Na concepção de Bueno (2002, p. 13): “O que é fundamental para o mandado de segurança é a possibilidade de prova documental do que é alegado e a desnecessidade de produção de outras provas ao longo do procedimento. Nisso e só nisso – reside a noção de ‘direito líquido e certo’.”

Para Cardoso Filho (1981, p. 84):

Direito líquido e certo, referido nas atuais legislações e que veio substituir a anterior expressão “direito certo e incontestável” é o que se apresenta existente e delimitado, pronto a ser exercido no momento da impetração. Se houver necessidade de produzir provas para reconhecimento desse direito não é ele líquido nem certo devendo, pois ser objeto de ação própria e não do instituto tratado.

Temer (2003, p. 184) também discute a questão:

Quando se fala, pois, em direito líquido e certo quer-se significar que num primeiro momento o fato pode ser controvertido; depois, tornar-se-á certo pela adequada interpretação do direito. Por isso, não há instrução probatória no mandado de segurança. Impetrante e informante hão de produzir, documentalmente, todo o alicerce para sustentação das suas alegações. O fato, portanto, há de tornar-se incontroverso pela interpretação do direito, dada por meio de decisão judicial.

Bastos (2002, p. 406) enfatiza o seguinte:

O mandado de segurança não ampara mera expectativa de direito. [...] Na ausência de direito líquido e certo, configura-se a hipótese de carência da ação, quer denegando o *writ*, quer extinguindo o processo sem julgamento do mérito, mas de qualquer forma sem a possibilidade de conceder a segurança. O mandado de segurança é remédio constitucional destinado à proteção de direito líquido e certo do impetrante contra ato ilegal ou praticado com abuso de poder pela autoridade apontada como coatora. Não se presta à defesa de direitos que demandem produção de prova, vale dizer, que não possam ser demonstrados de imediato.

Todavia, em que pese a exigência de comprovação, de pronto, do direito líquido e certo alegado pelo impetrante, o parágrafo único do art. 6º, da Lei n. 1533/51 fixou a possibilidade da própria autoridade coatora ou repartição pública trazer ao bojo dos autos os documentos comprobatórios que, por ventura, possuir.⁴³

Em derradeiro, insta salientar que o direito líquido e certo não se confunde com o mérito da ação mandamental. Isso porque aquele consiste, sim, em condição da ação de cunho processual, ou seja, uma vez comprovado pelo impetrante autoriza o questionamento do ato coator pela via especial do mandado de segurança.⁴⁴

6. Prazo para Impetração

O art. 18 da Lei n. 1.533/51 preconiza: “O direito de requerer mandado de segurança extinguir-se-á decorridos cento e vinte dias antes da ciência, pelo interessado do ato impugnado”. A doutrina divide-se quanto à classificação do referido prazo.

Para Alvim (1998, p. 112-113): “O prazo atinge o direito de se lançar mão de uma ação específica, a ação de mandado de segurança, por isso que não há falar-se em prazo prescricional”.

⁴³ Art. 6º. [...] Parágrafo único. No caso em que o documento necessário à prova do alegado se ache em repartição ou estabelecimento público, ou em poder de autoridade que recusa 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 (dez) dias. Se a autoridade que tiver procedido dessa maneira for a própria coatora, a ordem far-se-á no próprio instrumento de notificação. O escrivão extrairá cópias do documento para juntá-las à segunda via da petição.

⁴⁴ Cf. Bueno (2002, p. 14-15).

O mesmo entendimento é corroborado por Moraes (2002, p. 170):

O prazo para impetração do mandado de segurança é de cento e vinte dias, a contar da data em que o interessado tiver conhecimento oficial do ato a ser impregnado. Este prazo é decadencial do direito à impetração, e, como tal, não se suspende nem se interrompe desde que iniciado.⁴⁶

Machado (2000, p. 35) acredita que o prazo possui natureza *sui generis*, não podendo ser classificado como sendo de decadência, prescrição ou preclusão: “Em síntese, o prazo para impetração do mandado de segurança tem natureza própria, específica, tendo sido seu regime jurídico construído pela jurisprudência. Nele predominam as regras pertinentes à decadência e à preclusão”.

Não obstante, parece-nos correto o entendimento de que escoado o prazo o indivíduo decai, efetivamente, do direito de impetrar o *writ*, mas não outra ação que entenda pertinente. Em outras palavras, uma vez perdida a possibilidade de impetração, ainda há a alternativa de socorrer-se de outras ações.

No mais, o termo inicial do prazo para impetração do *mandamus* será a data da ciência do ato atacado, pelo interessado. Tal matéria encontra-se pacificada pela jurisprudência do STF no sentido de que o termo inicial do prazo decadencial para impetração do mandado de segurança tem início com a publicação do ato impugnado no Diário Oficial.⁴⁸

6.1. A Afirmada Inconstitucionalidade do Prazo Decadencial de 120 dias

Alguns autores como Sérgio Ferraz, James Marins e Geraldo Ataliba entendem ser inconstitucional o prazo de 120 (cento e vinte) dias fixado no art. 18 da Lei n. 1.533/51. Isso porque, segundo eles, uma vez que a própria Constituição Federal não estabeleceu prazo algum, uma lei infraconstitucional não poderia fazê-lo, sob pena de se atrofiar o instituto. É o que discorre Alvim (1998, p. 114-116) em sua obra.

Além disso, para essa corrente doutrinária, o legislador ordinário não teria poderes de criar, sem supedâneo constitucional, prazos extintivos de uma garantia instituída pela Carta Magna sem qualquer submissão a termos temporais. Outrossim, a

⁴⁶ Em consonância preconiza Bueno (2002, p. 144): “Doutrina e jurisprudência não hesitam em reconhecer neste um prazo decadencial e não meramente prescricional. Trata-se de prazo cuja consumação acarreta a perda de um direito. Aqui se trata da perda do direito de impetrar o mandado de segurança. Como prazo decadencial que é, não se interrompe, não se suspende, não se prorroga. Tão logo seja deflagrado, flui sem desvios ou intervalos, até o final”.

⁴⁸ Nesse sentido: RTJ 110/71, RTJ 103/965, RTJ 126/945, RTJ 142/161.

admissão do prazo consubstanciar-se-ia em total supressão desta garantia constitucional para a grande parte da população, carente de meios de acionar a Justiça imediatamente.

Pois bem: em que pesem tais argumentos, a tese não pode prosperar.

Machado (2000, p. 37) a considera minoritária e sem respaldo em nosso ordenamento jurídico:

Diz a Constituição que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Ao estabelecer os prazos de prescrição das ações, a lei não está excluindo da apreciação do Judiciário as lesões aos direitos respectivos. Apenas está delimitando o tempo durante o qual aquela apreciação é possível. Ao fazê-lo, não poderá estabelecer prazo de tal modo exíguo que, na prática, torne impossível o exercício do direito de ação. O prazo de prescrição há de ser, assim, razoável. Assim como a lei, ao estabelecer prazos para a propositura das diversas ações, não viola o dispositivo constitucional que garante o acesso ao Judiciário, ao estabelecer o prazo de 120 (cento e vinte) dias para a impetração de mandado de segurança também não viola o dispositivo da Constituição que garante o direito a tal impetração.

Alvim (1998, p. 117-118) complementa:

Age o legislador ordinário dentro de sua competência, quando estabelece prazos prespcionais, ainda que isso implique que, passado o lapso prescricional, não mais se possa lançar mão do direito de ação. Igualmente, atua dentro das balizas constitucionais o legislador infraconstitucional, quando dispõe quanto ao prazo de 120 (cento e vinte) dias para impetração do mandado de segurança, abertas ao interessado as vias ordinárias de acesso ao Judiciário, se este deixar escoar o prazo extintivo do direito de impetrar mandado de segurança.

Figueiredo (2002, p. 27), na mesma medida, afirma não haver inconstitucionalidade e entende ser bastante satisfatório o referido lapso:

De outra parte, também nos insurgimos com o posicionamento doutrinário dos que afirmam que os 120 (cento e vinte) dias, fixados pela Lei 1.533/51, seria prazo inconstitucional. Não entendemos assim. Na verdade, 120 (cento e vinte) dias afigura-se-nos prazo suficiente para quem se sentir injustamente agredido, até porque basta o justo receio para a impetração.

Se não houvesse o socorro dessa via, teria o atingido outro meio, mas não mais mandado de segurança, via excepcional, remédio heróico, e como remédio heróico, como via excepcional deve ser entendido.

Se o prazo fosse *comprovadamente insatisfatório*, entendê-lo-íamos inconstitucional, porém, o prazo de 120 (cento e vinte) dias parece-nos razoável para remédio excepcional, ágil, que assim deve ser encarado.

Portanto, não vemos, enfatizando, agressão à Constituição, ao mandamento constitucional que possibilita o mandado de segurança.

Nogueira (1994, p. 42) examina a questão concluindo que o prazo pode ser tido como exígua, porém não indevida:

Pondere-se que o legislador ordinário quis fixar um prazo para que o interessado tratasse com a devida urgência de restabelecer o seu direito

lesado, não podendo deixar a seu critério exclusivo o exame do tempo conveniente, incorrendo na pena de ferir direitos de terceiros. [...] O prazo decadencial fixado para impetração do mandado de segurança pode ser considerado exíguo, mas não indevido, pois, tratando-se de remédio constitucional para fazer cessar lesão de direito líquido e certo, deve ser usado com a necessária urgência, sob pena de seu perecimento.

Ademais, “o silêncio da Constituição não pode ser entendido como a indefinição temporal quanto à possibilidade de impetração do mandado de segurança”.⁵⁴

Por fim, no intuito de apaziguar a discussão, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula 632, reconhecendo ser constitucional o prazo previsto na 1.533.⁵⁵

7. Competência

A competência para processar e julgar a ação de mandado de segurança é determinada pela hierarquia funcional da autoridade coatora.⁵⁶ Em outras palavras, sendo a autoridade federal, o *mandamus* deverá ser impetrado junto à Justiça Federal.

O art. 2º da Lei n. 1.533/51 enuncia, pois, que será federal a autoridade coatora quando as consequências patrimoniais do ato impugnado devam ser suportadas pela União Federal ou por autarquia sua.⁵⁷

Por outro lado, estando o impetrante diante de autoridade estadual, municipal ou distrital, a competência passa a ser da Justiça dos Estados (juízo da respectiva comarca ou circunscrição).

Convém ressalvar, neste momento, que se o ato impugnado tiver sido praticado por entidade privada, ou mesmo estadual, mas dentro do exercício de *delegação federal*, a competência para o julgamento do mandado será da Justiça Federal.

Cabíveis, a propósito, os ensinamentos de Bueno (2002, p. 36):

Sendo o ato coator resultado de delegação de função *federal* e desempenhada por ente vinculado ou subordinado, de alguma forma, à União Federal, a competência para processamento e julgamento do mandado

⁵⁴ Cf. Bueno (2002, p. 144).

⁵⁵ Súmula 632. É constitucional lei que fixa prazo de decadência para a impetração de mandado de segurança.

⁵⁶ Nesse sentido, a título de ilustração: “PROCESSUAL CIVIL - CONFLITO NEGATIVO DE COMPETENCIA – MANDADO DE SEGURANÇA. Irrelevante, para fixação de competência, a matéria a ser discutida em mandado de segurança, posto que é em razão da autoridade da qual emanou o ato, dito lesivo, que se determina qual o juízo a que deve ser submetida a causa. Competência da justiça comum estadual.” CC – 199500435993/SC; fonte: DJ 20/10/1997, p. 52967; data da decisão: 24/09/1997; origem: STJ; órgão julgador: 3ª Seção; Rel. Min. Felix Fischer.

⁵⁷ Art. 2º. Considerar-se-á federal a autoridade coatora se as consequências de ordem patrimonial do ato contra o qual se requer mandado houverem de ser suportadas pela União Federal ou pelas entidades autárquicas federais.

de segurança é da Justiça Federal. Ausentes elementos concretos da *delegação federal*, competente é a Justiça Estadual, consoante as regras locais. É essa a interpretação que mais se afina com a Súmula 510 do Supremo Tribunal Federal.⁵⁸

Carvalho (2001, p. 148-149) é quem conclui com maestria:

A competência da Justiça Federal se limita ao exame do ato da autoridade federal ou equiparada. Só. Outra autoridade, não federal nem equiparada, não se subordina a sua esfera. Tanto que, em um mandado de segurança, apontando duas autoridades, uma federal, uma estadual, a competência da Justiça Federal se limita ao exame apenas do ato da autoridade federal. [...] A autoridade estadual pode se sujeitar ao crivo do mandado de segurança quando age em delegação do Poder Federal, isoladamente, ou, quando nas mesmas circunstâncias, também é apontada como coatora ao lado de autoridade federal, num litisconsórcio passivo. O mesmo ocorre com a autoridade municipal. Não existindo ato de autoridade federal, não há lugar para o mandado de segurança no juízo federal.

Em continuidade, caso venha ocorrer intervenção da União, do Estado ou mesmo de suas autarquias no feito a competência se deslocará, respectivamente, para a Justiça Federal ou para a vara privativa estadual.

Resta patente, assim, que na 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.

Ante essa circunstância (definição da competência pelo *status funcional* da autoridade coatora), indispensável o prévio exame da Constituição Federal a fim de se constatar a presença de *foro privilegiado* para o processamento do remédio constitucional.

7.1. A Atribuição de Competência pela Constituição

Consoante o mandamento constitucional insculpido no art. 102, inciso I, alínea *d*, o Supremo Tribunal Federal possui competência originária para o processamento e julgamento de mandado de segurança impetrado em face de ato do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de

⁵⁸ Além disso, dispõe a Súmula 510 do STF que: “Praticado o ato por autoridade, no exercício de competência delegada, contra ela cabe o mandado de segurança ou a medida judicial”. Nesse sentido, entendendo tratar-se de competência da Justiça Federal, os julgados: CC – 199700543080/MG; fonte: DJ 20/03/2000, p. 34; data da decisão: 13/12/1999; origem: STJ; órgão julgador: 2^a Seção; Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, CC – 200300531737/GO; fonte: DJ 30/06/2003, p. 124; data da decisão: 11/06/2003; origem: STJ; órgão julgador: 1^a Seção; Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, CC – 200300074246/MS; fonte: DJ 04/08/2003, p. 175; data da decisão: 25/06/2003; origem: STJ; órgão julgador: 1^a Seção; Rel. Min. Teori Albino Zavascki.

Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal.

O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, tem competência originária para processar e julgar mandado de segurança impetrado contra atos dos Ministros de Estado, dos Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica ou do próprio Tribunal. É o que prescreve o art. 105, inciso I, alínea *b* da Constituição Federal.

Quanto aos Tribunais Regionais Federais, lhes foi atribuído o julgamento das ações mandamentais movidas contra atos de seus próprios membros e dos juízes federais (CF, art. 108, inciso I, alínea *c*).

Em primeiro grau de jurisdição da Justiça Federal dar-se-á o processamento e julgamento de todas as ações em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, réis, assistentes ou oponentes (CF, art. 109, inciso I), bem como dos mandados de segurança e *habeas data* contra ato de autoridade federal, excetuados os casos de competência dos tribunais federais (CF, art. 109, inciso VIII).

Nesse passo, de grande valia é o pensamento de Carvalho (2001, p. 145-146):

Nos termos do inc. VIII, do art. 109, os juízes federais julgam os mandados de segurança impetrados contra ato de autoridade federal não subordinada a outra jurisdição, como o STF, o STJ e os tribunais federais. [...] A competência no caso se firma pelo fator da exclusão. Não estando a autoridade federal sujeita, em termos de mandado de segurança, à jurisdição do STF, ou do STJ, ou dos tribunais federais, estará, em consequência, subordinada à dos juízes federais. [...] A Carta da República, ao delimitar a competência dos tribunais superiores e dos tribunais federais, aponta cada uma das autoridades federais, cujos atos poderão ser atacados pela via do *writ*. Só não o faz com relação aos juízes federais que detém competência para todas as demais autoridades federais, não nominadas, que não estejam subordinadas a tribunal superior ou a tribunal federal. Aquela autoridade que, de forma expressa, não integrar a competência dos tribunais superiores e dos regionais federais, estará sujeita a ter os seus atos submetidos ao crivo da Justiça Federal na óptica do *mandamus*. Daí a desnecessidade de se enumerar, no texto magno, as autoridades subordinadas à Justiça Federal.

8. Intervenção do Ministério Públíco

Dispõe a Lei n. 1.533: “Art. 10. Findo o prazo a que se refere o item I do art. 7º e ouvido o representante do Ministério Públíco dentro de 5 (cinco) dias, os autos serão conclusos ao juiz, independente de solicitação da parte, para a decisão, a qual deverá ser proferida em 5 (cinco) dias, tenham sido ou não prestadas as informações pela autoridade coatora.”

Com efeito, o órgão ministerial é oficiante necessário no feito, como parte pública autônoma e deve zelar pela correta aplicação da lei (*custos legis*) e pelo trâmite regular do processo opinando pelo seu cabimento ou descabimento, pela carência e no mérito, pela concessão ou denegação da segurança.

É o que alude Ferreira (1987, p. 83):

O Ministério Público, quando oficia em mandado de segurança, evidentemente não defende os interesses do coator nem do impetrado, mas a aplicação do direito e dos princípios da justiça, tem a finalidade precípua de resguardar os interesses da sociedade.⁶¹

Entretanto, ressalte-se que a intervenção do órgão na ação de mandado de segurança consiste em inovação trazida pela lei em tela. Sidou (2002, p. 163) é quem menciona:

Inovando o chamamento do órgão do Ministério Público para oficiar em mandado de segurança, do que não cogitavam as normas processuais antecedentes, a Lei nº 1.533, de 1.951, não teve o intuito de dar-lhe qualidade de parte da relação, porém a de *fiscal da lei*. Deste modo, se as informações do coator são essenciais, por ser imperiosa na intimação, porém são prescindíveis, porque a própria lei (art. 10) isto deixa claro com as expressões – “tenham sido ou não prestadas as informações pela autoridade coatora”, a oitiva do Ministério Público, por seu órgão competente, é essencial e imprescindível, porque a não dispensa a lei.

Ao membro do Ministério Público, portanto, deverá ser franqueada a oportunidade de manifestação, sob pena de nulidade do processo com posterior anulação da sentença, nos termos do artigo 84 do Código de Processo Civil.⁶³

A eventual falta de intimação, todavia, poderá ser suprida pela manifestação do órgão em segunda instância. Esse é o entendimento majoritário do STJ, bem como do Tribunal Regional Federal da 3^a Região:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. INTERPOSTO CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA. NÃO-CABIMENTO. SÚMULA N. 281/STF. INTIMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. ENTREGA DOS AUTOS. FALTA DE INTIMAÇÃO EM PRIMEIRO GRAU. MANIFESTAÇÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. NULIDADE SANADA. PRECEDENTES.

⁶¹ Marques (2000, p. 163) também aponta: “O Ministério Público intervém, obrigatoriamente, nos mandados de segurança (art. 10, da Lei nº 1.533/51). Sua atuação é a de “*custos legis*” para a defesa da ordem legal.”

⁶³ “Art. 84. Quando a lei considerar obrigatória a intervenção do Ministério público, a parte promover-lhe-á a intimação sob pena de nulidade do processo”. Citam-se alguns julgados a título de ilustração: ERESP – 199800654267/DF; fonte: DJ 24/11/2004, p. 227; data da decisão: 24/09/2003; origem: STJ; órgão julgador: 3^a Seção; Rel. Min. Fontes de Alencar, RESP-378867/RS; fonte: DJ 01/04/2002, p. 209; data da decisão: 05/03/2002; origem: STJ; órgão julgador: 5^a Turma; Rel. Min. Edson Vidigal, AMS – 199961000063043/SP; fonte: DJU 10/10/2003, p. 281; data da decisão: 23/09/2003; origem: TRF - 3^a Região; órgão julgador: 10^a Turma; Rel. Juiz. Castro Guerra.

1. "É inadmissível o recurso extraordinário, quando couber, na Justiça de origem, recurso ordinário da decisão impugnada" (Súmula n. 281/STF).
2. O STJ, ao interpretar a regra disposta no art. 18, inciso II, alínea "h", da Lei Complementar n. 75/93, entende que é prerrogativa do Ministério Público a intimação pessoal por meio da entrega dos autos com vista.
3. A jurisprudência do STJ firmou o posicionamento de que, se houve participação do Ministério Público no trâmite do mandado de segurança, a manifestação deste órgão em segunda instância, suprindo a falta de intimação da sentença monocrática e a ausência de prejuízo para as partes, afasta qualquer arguição de nulidade no processo.
4. Recurso especial conhecido e não-provido. (grifo nosso)⁶⁴

9. Conclusões

Com a constitucionalização dos Estados, surgiu a premente necessidade da criação de um sistema de proteção dos direitos individuais dos cidadãos frente à máquina estatal.

Tal sistema, como se encontra atualmente traçado na Constituição de 1988, assentou inúmeras garantias protetoras daquelas prerrogativas, dentre as quais se vislumbra a figura do mandado de segurança.

Sua essência, pois, é de instrumento de proteção dos direitos do particular, vale dizer, do governado, contra o Estado; figurando, sem dúvida, no rol das grandes conquistas democráticas. Liga-se, portanto, intimamente, à idéia de Estado de Direito, de contenção do Poder Público, colocando sob suspeita os atos deste emanados.

Longo foi o caminho percorrido pela doutrina pátria, em debates acalorados, até o seu surgimento, de forma definitiva, na Lei 1.533, de 31 de dezembro de 1951 e, *a posteriori*, na Constituição Federal de 1988.

Concernente ao seu regime jurídico, trata-se de ação de cunho constitucional que tem por escopo a proteção de direito líquido e certo do impetrante, seja por violação ou ameaça de lesão decorrente de ação ou omissão de autoridade, seja de que categoria pertencer, sejam quais forem as funções que exerça. Ademais, diz-se, que seu campo é residual, haja vista que o direito líquido e certo a ser protegido pelo impetrante não poderá estar amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*.

⁶⁴ RESP – 199800383417/SP; fonte: DJ 09/05/2005, p. 321; data da decisão: 03/02/2005; origem: STJ; órgão julgador: 2^a Turma; Rel. Min. João Otávio de Noronha. Igualmente nesse sentido: AGRESP – 199900306090/SP; fonte: DJ 30/06/2004, p. 282; data da decisão: 09/03/2004; origem: STJ; órgão julgador: 2^a Turma; Rel. Min. Castro Meira, AMS – 89030354176/SP; fonte: DJU 28/03/2003, p. 662; data da decisão: 16/10/2002; origem: TRF - 3^a Região; órgão julgador: 4^a Turma; Rel. Juíza Alda Basto.

Desta feita, desde que o direito a ser defendido seja líquido e certo, é cabível o *mandamus* contra ato desprovido de validade jurídica, praticado por qualquer autoridade da Administração Pública.

A contextualização do que vem a ser direito líquido e certo reside no ponto central deste estar atrelado, sim, à existência, de plano, de fatos incontrovertidos, comprovados documentalmente pelo impetrante. Havendo necessidade de dilação probatória, ou seja, não havendo prova pré-constituída, afastada estará a via mandamental.

No tocante ao ato de autoridade para fins de impetração do remédio, englobados estão: o praticado pela autoridade pública, o executado por particular – quando exercente de função pública –, bem como o ato judicial ou administrativo, levado à cabo pelo magistrado, que venha, consequentemente, a ofender direito líquido e certo do impetrante. Sendo assim, integrante do pólo passivo é a pessoa jurídica de direito público a que pertencer a autoridade coatora responsável pelo ato. Impugna-se o ato de ente público efetivado pelas mãos da autoridade, a qual deverá ser notificada para prestar esclarecimentos.

A autoridade equiparada, que exerce atividade própria do Poder Público, é quem responde pelo ato contestado na ação mandamental, haja vista a Súmula 510 do STF.

Entende-se como sendo decadencial o prazo para requerer o mandado de segurança (art. 18 da Lei n. 1.533/51). Escoado tal lapso, a porta do Poder Judiciário, pela via ordinária, estaria sempre aberta ao necessitado de tutela.

Não obstante alguns doutrinadores o considerarem inconstitucional, enquanto outros pugnam pela sua constitucionalidade, o STF já tornou pacificada a celeuma por meio da Súmula 632.

A hierarquia funcional da autoridade coatora é determinante para a fixação da competência para o processamento e julgamento da ação mandamental, ressalvadas, todavia, as hipóteses de foro privilegiado estabelecidas na Constituição Federal.

Em derradeiro, quanto ao papel assumido pelo Ministério Público – em sede de mandado de segurança – vislumbra-se que sua atividade é a de *custos legis* e que a ausência de manifestação do órgão, quando não suprimida, acarreta a nulidade do processo nos termos do art. 84 do CPC.

10. Referências Bibliográficas

- ALVIM, Eduardo Arruda. **Mandado de Segurança no Direito Tributário.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. 484 p.
- ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. 430 p.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Celso Bastos, 2002. 807 p.
- BUENO, Cássio Scarpinella. **Mandado de Segurança: comentários às Leis n. 1.533/51, 4.348/64 e 5.021/66 e outros estudos sobre mandado de segurança.** São Paulo: Saraiva, 2002. 424 p.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002. 1506 p.
- CARDOSO FILHO, Celso. Alguns Aspectos Processuais do Mandado de Segurança. **Revista de Processo.** São Paulo, n. 21, p. 79-89, jan.-mar. 1981.
- CARVALHO, Vladimir Souza. **Competência da Justiça Federal.** 4. ed. Curitiba: Juruá, 2001. 528 p.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araujo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo.** 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. 359 p.
- DINIZ, José Janguiê Bezerra Diniz. O Mandado de Segurança. **Consulex: Doutrinas, Pareceres e Pontos de Vista.** Brasília, v. 0, n. 0, p. 245-250, jan.-dez. 1998.
- DIREITO, Carlos Alberto Menezes. **Manual do Mandado de Segurança.** 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. 297 p.
- FERREIRA, Luis Pinto. **Teoria e Prática do Mandado de Segurança.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1987. 214 p.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Mandado de Segurança.** São Paulo: Malheiros, 2002. 247p.
- LOPES, João Batista. **Curso de Direito Processual Civil.** São Paulo: Atlas, 2005. v. 1. 269 p.
- MACHADO, Hugo de Brito. **Mandado de segurança em matéria tributária.** 4. ed. São Paulo: Dialética, 2000. 303 p.
- _____. **Curso de Direito Tributário.** 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. 472 p.
- MARQUES, José Frederico. **Instituições de Direito Processual Civil.** Campinas: Millennium, 2000. v. 2. 506 p.

- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 30. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2005. 808 p.
- MORAES, Alexandre de. **Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais: garantia suprema da constituição**. São Paulo: Atlas, 2000. 342 p.
- _____. **Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2002. 836 p.
- MOTA, Leda Pereira; SPITZCOVSKY, Celso. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001. 487 p.
- NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Instrumentos de Tutela de Direitos Constitucionais: teoria, prática e jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 1994. 273 p.
- NUNES, José de Castro. **Do mandado de segurança e de outros meios de defesa contra atos do poder público**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. 481 p.
- PACHECO, José da Silva. **O Mandado de Segurança e Outras Ações Constitucionais Típicas**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 639 p.
- SIDOU, José Maria Othon. **Habeas corpus, mandado de segurança, mandado de injunção, habeas data, ação popular: as garantias ativas dos direitos coletivos**. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. 476 p.
- SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005. 924 p.
- TALAMINI, Eduardo. As origens do mandado de segurança na tradição processual luso-brasileira. In: BUENO, Cássio Scarpinella; ALVIM, Eduardo Arruda; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). **Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança: 51 anos depois**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 831 p.
- TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. ver. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003. 1033 p.
- _____. **Teoria da Justiça Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005. 633 p.
- TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. 224 p.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Direito e Processo: Direito Processual Civil ao Vivo**. Rio de Janeiro: Aide, 1997. v. 5. 331 p.
- VECHIATO JÚNIOR, Walter. **Curso de Processo Civil**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. v. 1. 381 p.
- VELLOSO, Carlos Mário da Silva. As Novas Garantias Constitucionais. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 177, p. 14-28, jul.-set. 1989.

WALD, Arnoldo. **Do Mandado de Segurança na Prática Judiciária.** 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968. 329 p.

