



PUC • SP
COGEAE
EDUCAÇÃO CONTINUADA
DESDE 1983



Sylvia Aparecida Pereira Gutierrez

MANDADO SEGURANÇA CONTRA ATO JUDICIAL

Monografia apresentada à banca examinadora da Coordenadoria Geral de Especialização, Aperfeiçoamento e Extensão – COGEAE / PUC-SP, como exigência parcial para obtenção do certificado de especialização em Direito Processual Civil, sob a orientação do professor mestre Luciano Tadeu Telles.

São Paulo/ 2011



PUC • SP
COGEAE
EDUCAÇÃO CONTINUADA
DESDE 1983



*Dedico este trabalho aos profissionais da advocacia que
lutam diariamente pela Justiça.*



SINOPSE

O presente trabalho visa apresentar, em linhas gerais, um estudo sobre a possibilidade de impetrar mandado de segurança contra ato judicial.

O estudo surgiu em decorrência de situações (excepcionais), onde a tutela jurisdicional pleiteada não foi *compreendida* pelo magistrado, visto que nos deparamos diante de decisões revestidas de ilegalidade, abuso de poder, teratológica, entre outros vícios.

Assim, nasceu o interesse de abordar o tema desta monografia, simplesmente, pelo senso de justiça atrelado a legalidade que deve prevalecer entre o *Estado Juiz* e as *Partes*.

O foco principal desta pesquisa se concentra na possibilidade de impetrar mandado de segurança contra ato judicial. Contudo, antes de adentrar ao tema propriamente dito, apresenta-se em breve relato o conceito de mandado de segurança, bem como outras questões processuais que devem ser observadas, tudo em consonância com a melhor doutrina e jurisprudência.

ABSTRACT



A study on the possibility of petition for writ of mandamus against a judicial act.

The study arose as a result of situations (exceptional), where the judicial bickering was not understood by the judge, as we face lined face decisions of illegality, abuse of power, “teratológica”, among other vices.

Then was born the interest of writing the theme of this monograph, the sense of justice connected to legality that should prevail between the Judge and the Parties.

I emphasize that the main focus of this research focuses on the possibility of an injunction against implore judicial act. However, before entering the theme itself, I present brief report on the concept of an injunction as well as other procedural matters which must be observed, since they find shelter in the doctrine and jurisprudence.

ÍNDICE



1. Introdução	06
2. Conceito de mandado de segurança	07
3. Legitimação passiva	08
4. Legitimação ativa	12
5. Natureza da ação	13
6. Pressuposto especial do mandado de segurança: direito líquido e certo	15
7. Procedimento	18
8. Mandado de segurança para atribuir efeito suspensivo a recurso e a medida cautelar	18
9. Breve histórico sobre mandado de segurança contra ato judicial	21
10. Ato de autoridade judicial	24
11. A nova Lei n. 12.016/2009 – análise quanto a possibilidade de impetrar mandado de segurança contra ato judicial	28
12. Juizados Especiais – Possibilidade de impetrar mandado de segurança contra ato judicial	30
13. Decisão teratológica	33
14. Conclusão – Mandado de segurança contra autoridade judicial – Uma medida desafiadora	38
Bibliografia	42

1. INTRODUÇÃO



O tema em estudo é delicado, pois como veremos em linhas a seguir, a autoridade coatora é simplesmente, o magistrado.

O advogado que milita em contencioso cível, ao propor qualquer ação tem como objetivo o provimento jurisdicional satisfatório ao seu cliente, tal resultado acontecerá com o uso adequado dos instrumentos processuais e materiais, e, também, quando nos deparamos com julgadores vocacionados.

A visão descrita no parágrafo anterior não é a *poética* que por vezes estudamos nas Universidades, mas é a realidade enfrentada diariamente na advocacia contenciosa.

Antes de uma análise pontual do tema, cabe traçar a importância do mandado de segurança individual como instrumento processual constitucional, o qual evidencia o alto nível que chegou o nosso direito no campo da proteção dos direitos individuais e coletivos.

2. CONCEITO DE MANDADO DE SEGURANÇA



Mandado de segurança é o remédio processual constitucional, manejável contra qualquer autoridade pública ou agente de pessoa jurídica que exerça atribuições do Poder Público, e que cometa ilegalidade ou abuso de poder, tendo como objetivo proteger o titular de direito líquido e certo não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, conforme dispõe o inciso LXIX, do art. 5º, da Constituição Federal, *in verbis*:

Art. 5º, LXIX, da CF – “conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.”

Apesar de ter embasamento constitucional, o mandado de segurança é uma ação e deve ser estudado dentro da teoria geral do processo.

Neste sentido, tem pressupostos subjetivos, objetivos e formais.

Os pressupostos subjetivos do mandado de segurança individual referem-se à indagação de quem pode propor e contra quem pode ser proposta a medida. Vejamos nos parágrafos que seguem.



3. LEGITIMAÇÃO PASSIVA

A jurisprudência adota o conceito que autoridade coatora para o sujeito que detém a legitimidade passiva. Assim, autoridade coatora é quem ordena a prática do ato ou se omite em praticá-lo; a autoridade superior que simplesmente o recomenda não detém legitimidade para figurar no pólo passivo da impetração.

A Lei 12.016/2009 trouxe a abrangência quanto a equiparação às autoridades passíveis de terem seus atos impugnados, assim o novo instituto incluiu os representantes ou órgãos de partidos políticos, além dos administradores de entidades autárquicas e os dirigentes das pessoas jurídicas e pessoas naturais no exercício de atribuições do Poder Público. Para eliminar qualquer divergência de entendimento, no tocante à prática de ato administrativo, como o único atacável via mandado de segurança, o § 2º, do art. 1º, da Lei 12.016/2009, expressamente preceitua o seu descabimento, *in verbis*:

“Art. 1º - Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por **habeas corpus** ou **habeas data**, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica 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.



(...)

§ 2º - contra os atos de gestão comercial praticados pelos administradores de empresas públicas, de sociedade de economia mista e de concessionárias de serviço público”.

O Saudoso Prof. Hely Lopes Meirelles em sua obra “Mandado de Segurança” nos ensinou:

“para a identificação da autoridade coatora é necessário verificar se a autoridade que praticou o ato tem competência para desfazê-lo, índice que denotaria a participação de sua vontade no ato e, portanto, sua condição de autoridade coatora”¹ .

Assim, torna-se indispensável em mandado de segurança a identificação correta da autoridade coatora.

Então, frise-se, autoridade coatora, para fins de mandado de segurança, é aquela que por integração de sua vontade concretiza a lesão, a violação do direito individual. Não é, pois, autoridade coatora aquela que

¹ MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado de segurança. 31 ed. Atualizada por Arnaldo Wald e Guilmar Ferreira Mendes. Malheiros, São Paulo., 2008, p.36.



estabelece regras e ordena *in genere*, ainda que ilegalmente, nem aquela que executa o ato sem a integração de sua vontade.

Neste sentido, notam-se duas consequências: *i)* os atos normativos gerais não estão sujeitos a mandado de segurança; *ii)* os atos de simples execução também estão fora de sua apreciação.

Desta feita, podemos dizer que não cabe mandado de segurança contra lei em tese, salvo se a lei tiver efeitos concretos. Para se configurar a coação basta a ameaça para a caracterização da violação do direito.

O Saudoso Prof. Hely Lopes Meirelles, leciona que para a identificação da autoridade coatora se faz necessário verificar se a autoridade que praticou o ato tem competência para desfazê-lo, índice que denotaria a participação de sua vontade no ato e, portanto, sua condição de autoridade coatora.

Todavia, o problema se torna mais delicado diante dos atos colegiados, complexos e compostos.

Ato colegiado é o que emana de órgão colegiado, quem é aquele em várias vontades individuais não autônomas se integram para a formação da vontade do órgão. Neste caso, o mandado de segurança deve ser impetrado contra o órgão representado por seu presidente.



Ato complexo é aquele em que interferem vontades de vários órgãos na formação do ato que vem a ser lesivo. O mandado de segurança deve ser proposto contra a última autoridade que, com sua vontade, integrou o ato complexo.

Ato composto em que uma autoridade elabora e concretiza, mas sob o visto ou referendo de autoridade superior. Nesse caso, o visto é ato de simples conferência, encontrando-se concretizada a lesão quando da manifestação da vontade da autoridade inferior, daí contra esta dever ser proposta a medida. A situação, porém, é diferente quando a autoridade superior avoca ato antes realizado pelo inferior e o reitera. Nesse caso, a autoridade superior assume a responsabilidade pelo ato e, com isso, passa a ser coatora.

Sobre a impossibilidade de impetrar mandado de segurança contra ato de particular, vale trazer a clara lição do Ilustre Prof. Vicente Greco Filho, *in verbis*:

“O mandado de segurança, como deflui do texto constitucional, tem por objeto a correção de ato de autoridade. Não cabe mandado de segurança contra o ato de particular, **enquanto particular**”². (*negritos*)

² GRECO FILHO, Vicente. O novo mandado de segurança – comentários à lei n. 12.016/2009. São Paulo: Editora Saraiva. 2010. p. 16.



Por fim, apenas para pontuar a respeito de autoridade coatora em caso de mandado de segurança contra ato judicial, esta será o juiz que preside a ação, a quem competirá prestar as informações ao respectivo Tribunal, expondo as razões do ato impugnado.

4. LEGITIMAÇÃO ATIVA

Qualquer pessoa tem legitimidade para impetrar mandado de segurança para corrigir o ato abusivo de agente do Poder Público, que lhe tenha ofendido direito líquido e certo. Não importa se pessoa física ou jurídica, de direito privado ou de direito público, se brasileiro ou estrangeiro.

Também entidades despersonalizadas, como o espólio, a massa falida e o condomínio, legitimam-se, quando dotadas de personalidade formal para o processo, ao exercício do mandado de segurança, se o patrimônio que representam vier a ser ofendido por abuso de autoridade. Até mesmo organismos de direito público sem personalidade jurídica podem se defender por meio de ação mandamental, se agirem na defesa de suas prerrogativas institucionais, quando violadas por outros entes da organização do Poder Público.



5. NATUREZA DA AÇÃO

O mandado de segurança segue um procedimento especial com imediata e implícita força executiva contra os atos administrativos. Acolhida a segurança impetrada, o juiz vai além da simples declaração e condenação. Expede ordem de autoridade para cumprimento imediato. Por este motivo, fala-se em ação mandamental.

Não cabe à autoridade coatora resistir ao cumprimento do mandado judicial. Em caso de desobediência à ordem legal emanada por autoridade competente, a parte estará sujeita às penas administrativas e criminais correspondentes ao crime de desobediência.

Sobre as implicações quanto a resistência ao cumprimento da ordem mandamental, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu no sentido que a autoridade coatora, mormente quando destinatária específica e de atuação necessária, que deixa de cumprir ordem judicial proveniente de mandado de segurança, pode ser sujeito passivo do crime de desobediência, conforme o disposto no art. 330 do Código Penal, *in verbis*:

“Art. 330, Desobedecer a ordem legal de funcionário público:

Pena – detenção de 15 (quinze) dias a 6 (seis) meses, e multa”.



Vale dizer que a determinação judicial, não guarda relação com a vinculação interna de cunho funcional-administrativo e, por conseguinte o seu descumprimento ofende de forma penalmente reprovável.

A respeito do crime de desobediência, cabe trazer a brilhante opinião do Ilustre Doutrinador Araken de Assis³, que discorre acertadamente sobre a aplicação do delito, mencionando que:

“(...) Apesar das vozes que estimam caracterizando semelhante delito, em tese, a exemplo de Candido Rangel Dinamarco, **a rigor isto não acontece, tratando-se de servidor público**”. (negritamos)

6. PRESSUPOSTO ESPECIAL DO MANDADO DE SEGURANÇA: DIREITO LÍQUIDO E CERTO

A Constituição Federal ao endereçar o mandado de segurança à defesa do direito líquido e certo, está exigindo que esse direito se apresente com todos os requisitos para seu reconhecimento e exercício no momento da

³ ASSIS, Araken de. *Contempt of Court* no Direito Brasileiro – Acesso: outubro/2011.



impetração. Em singela análise, direito líquido e certo é direito comprovado de plano.

Sabemos pela experiência contenciosa, o que importa não é a maior ou menor complexidade da tese jurídica, mas a prova pré-constituída (documental), a fim de dar suporte aos fatos narrados na inicial.

Vale frisar que o procedimento do *mandamus* é sumário e não contém fase para coleta de outras provas que não as documentais, imediatamente exibíveis.

Portanto, o que se exige é prova pré-constituída das situações e fatos que embasam o direito invocado pelo impetrante. Entretanto, caso a controvérsia existente versar apenas sobre a matéria de direito, por complexa que seja, não impedirá a concessão do mandado de segurança

Tal entendimento foi sedimentado pela Súmula nº 625 do Supremo Tribunal Federal:

“Controvérsia sobre matéria de direito não impede concessão de mandado de segurança”.

A nova Lei nº 12.016/2009, mantém a expressão “direito líquido e certo”, neste sentido, a melhor doutrina ensina que direito líquido e



certo configura condição da ação, de modo que, não estando os fatos narrados na inicial suficientes provados, deverá o juiz decretar a carência do mandado de segurança, sem julgamento de mérito, conforme dispõe o art. 267, inciso VI, do Código Processual Civil, *in verbis*:

Art. 267 – “Extingue-se o processo sem resolução de mérito:

(...)

VI – quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual;”

Sobre o assunto, o Prof. José Carlos Barbosa Moreira⁴, ensina:

“Para fins de mandado de segurança, para a feição do cabimento desse remédio, trata-se de saber se os fatos de que se originou o alegado direito, comportam, ou não, a demonstração mediante a apresentação de prova documental pré-constituída. É esse o sentido último, é esse o resultado final a que se chega quando analisa a exigência de que exista um direito líquido e certo. A exigência é, na verdade, a de que o fato de que se afirma ter nascido

⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Mandado de Segurança: uma apresentação. In: Temas de direito processual civil. Sexta série. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 203.



esse direito seja suscetível de comprovação mediante documento pré-constituído”.

Há que se fazer uma valiosa ressalva: a certeza e a liquidez referem-se aos fatos e não ao direito. Essa distinção é importante. O direito é sempre líquido e certo; a dúvida está nos fatos, que por vezes, se mostram vagos ou incertos.

Vale dizer, que para concessão de liminar há necessidade de argumentar o *fumus boni iures* e o *periculum in mora*, a fim de obter o provimento jurisdicional eficaz para a lide.

7. PROCEDIMENTO

O procedimento do mandado de segurança é o mais singelo possível, já que não há a fase destinada à instrução probatória.

A propositura se dá por meio de petição inicial, acompanhada obrigatoriamente da prova pré-constituída a respeito da *causa petendi*.

A Lei nº 12.016/2009 atentou-se para disciplinar aos casos de extrema urgência, incorporando ao texto legal a possibilidade de utilização de inovações técnicas: telegrama, fax ou qualquer outro meio eletrônico, desde que



comprovada a autenticidade, devendo ser o texto original da petição apresentado no prazo de cinco dias úteis seguintes a impetração.

Tais inovações tecnológicas visam a garantir com eficiência e eficácia a defesa de direitos, justamente, contra abusos das autoridades públicas.

8. MANDADO DE SEGURANÇA PARA ATRIBUIR EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO E A MEDIDA CAUTELAR

Já antes do advento da Lei nº 9.139/95, alguns tribunais – particularmente os Egrégios Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal de Justiça – vinham admitindo a utilização de medidas cautelares para atribuir efeito suspensivo aos recursos, especial e extraordinário, não admitindo a impetração de mandado de segurança com tal finalidade.

Essa é a orientação atual do STF e do STJ, no que toca ao instrumento apto para atribuir efeito suspensivo ao recurso extraordinário e ao recurso especial. Entretanto, o STF editou, a propósito, as Súmulas 634 e 635, segundo as quais a competência para apreciar e julgar medidas cautelares visando à atribuição de efeito suspensivo a recurso extraordinário só é do STF quando o recurso já tiver sido submetido ao crivo de admissibilidade pela instância local. No STJ, há julgados na linha da orientação do STF, enquanto outros há que discrepam do entendimento da Corte Suprema, no sentido de que



tanto basta que o recurso tenha sido interposto (ainda que não submetido ao juízo de admissibilidade prévio e provisório perante a instância local), para que a competência para conhecer e julgar cautelares visando à suspensão dos efeitos da decisão atacada por recurso especial seja do próprio STJ.

Nesse passo, cumpre destacar que quando se visa obter providência equivalente no âmbito dos tribunais locais, por exemplo, obtenção de efeito suspensivo a agravo regimental, tal providência, via de regra, pode ser alcançável via mandado de segurança.

Na prática forense, a atribuição de efeito suspensivo a recurso, definitivamente, parece ser uma providência de índole cautelar, ainda que, na ordem prática, seja feita essa distinção acima apontada: no âmbito do STF e do STJ, o entendimento absolutamente sedimentado é no sentido do cabimento de cautelar para atribuir efeito suspensivo ao recurso extraordinário e ao especial, ao passo que na esfera local, admite-se o uso de mandado de segurança para atribuição de efeito a agravo regimental.

Todavia, não significa que não haja outras possíveis utilizações do mandado de segurança contra ato judicial, isto porque, o *mandamus* é um instrumento constitucional que pode ser utilizado, por exemplo, quando inexistente recurso cabível contra a decisão, como sucede, no caso do art. 527, parágrafo único, do CPC, *in verbis*:



“Art. 527. Recebido o agravo de instrumento no tribunal, e distribuído incontinenti, o relator:

(...)

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

9. BREVE HISTÓRICO SOBRE MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO JUDICIAL

A Professora Teresa Arruda Alvim Wambier⁵, afirma existir cinco fases distintas no estudo do mandado de segurança contra ato judicial. A primeira fase se desenvolveu até 1951, quando veio a ser editada a Lei n° 1.533/51. Nesta fase, a discussão foi em torno da admissibilidade ou não de que

⁵ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Medida Cautelar, Mandado de segurança contra e ato judicial. Revista de Processo, São Paulo, no. 107.



o juiz figurasse como autoridade. Com a Lei nº 1.533/51, em cujo art. 5º, II, previu-se expressamente a admissibilidade do mandado de segurança contra o ato judicial.

A próxima fase, em que a tônica foi marcada pela discussão em torno de saber se existia ou não recurso apto a impugnar o ato judicial, cuja resposta positiva afastaria o cabimento do mandado de segurança. Assim, com o advento do CPC/73, que introduziu o sistema de ampla recorribilidade das decisões interlocutórias, a pedra de toque para admissibilidade do mandado de segurança contra ato judicial residiu exatamente na possibilidade de haver lesão irreparável, ainda que interposto recurso, porque não dotado este de efeito suspensivo.

A Professora Teresa Arruda Alvim Wambier ensina sobre a fase iniciada com a reforma de 1995 (Lei nº 9.139/95), e, também na fase da evolução do uso do mandado de segurança contra atos judiciais, esta instituída com as alterações decorrentes da Lei nº 11.187/05.

A Ilustre Doutrinadora relembra a reforma de 1995, introduzida pela Lei nº 11.187/95, a qual estabeleceu a irrecorribilidade das decisões do relator nas hipóteses dos incisos II e III do art. 527, do CPC. É o que estatui o parágrafo único do art. 527. Evidentemente, também nesses casos, ou melhor, com muito mais razão nesses casos, em que a decisão é irrecorrível, tem cabimento atualmente o uso do mandado de segurança contra ato judicial.



Vindo de encontro ao exposto, o Superior Tribunal de Justiça sob Relatoria da Min. Nancy Andrighi já decidiu em sede de RMS⁶

⁶ “PROCESSO CIVIL. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. POSSIBILIDADE DE IMPETRAÇÃO DO WRIT DIRIGIDO DIRETAMENTE AO PLENÁRIO DO TRIBUNAL A QUO, VISANDO A IMPUGNAR DECISÃO IRRECORRÍVEL PROFERIDA PELO RELATOR QUE, NOS TERMOS DO ART. 522, INC. II, DO

CPC (COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 11.187/2005), DETERMINOU A CONVERSÃO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERPOSTO PELA PARTE, EM AGRAVO RETIDO.

- As sucessivas reformas do Código de Processo Civil estabeleceram um processo cíclico para o agravo de instrumento: Inicialmente, ele representava um recurso pouco efetivo, de modo que sua interposição vinha sempre acompanhada da impetração de mandado de segurança que lhe atribísse efeito suspensivo.

Visando a modificar essa distorção, a Lei nº 9.139/95 ampliou o espectro desse recurso, tornando-o ágil e efetivo, o que praticamente eliminou o manejos dos *writs* para a tutela de direitos supostamente violados por decisão interlocutória.

- O aumento da utilização de agravos de instrumento, porém, trouxe como contrapartida o congestionamento dos Tribunais. Com isso, tornou-se necessário iniciar um movimento contrário àquele inaugurado pela Lei nº 9.139/95: o agravo de instrumento passou a ser restringido, inicialmente pela Lei nº 10.352/2001 e, após, de maneira mais incisiva, pela Lei nº 11.187/2005.

- A excessiva restrição à utilização do agravo de instrumento e a vedação, à parte, de uma decisão colegiada a respeito de sua irresignação, trouxe-nos de volta a um regime equivalente àquele que vigorava antes da Reforma promovida pela Lei nº 9.139/95: a baixa efetividade do agravo de instrumento implicará, novamente, o aumento da utilização do mandado de segurança contra ato judicial.

- A situação atual é particularmente mais grave porquanto, agora, o mandado de segurança não mais é impetrado contra a decisão do juízo de primeiro grau (hipótese em que seria distribuído a um relator



favoravelmente pelo manejo de mandado de segurança nas hipóteses de irrecurribilidade, *in casu*, art. 527, II, do CPC, colaciono em nota a ementa do acórdão.

10. ATO DE AUTORIDADE JUDICIAL

A priori não cabe mandado de segurança contra decisão judicial, isto porque, o modo de impugná-la já consta do próprio procedimento observado em juízo. Nesta visão, o recurso dentro do processo é o meio pelo qual se sana o erro ou o abuso cometido pela autoridade judiciária.

Neste sentido, foi editada a Súmula nº 267 do E. Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

das turmas ou câmaras dos tribunais). Ele é impetrado, em vez disso, contra a decisão do próprio relator, que determina a conversão do recurso. Com isso, a tendência a atravancamento tende a aumentar, já que tais writs devem ser julgados pelos órgãos plenos dos Tribunais de origem.

- Não obstante, por ser garantia constitucional, não é possível restringir o cabimento de mandado de segurança para essas hipóteses. Sendo irrecurível, por disposição expressa de lei, a decisão que determina a conversão de agravo de instrumento em agravo retido, ela somente é impugnável pela via do remédio heróico. (negritamos)

Recurso especial conhecido e provido”.

(RMS 22847/MT – 3ª. Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 26.03.2007).



“Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição.”

Como já dissemos, com a edição da Lei n° 9.139/95, e a possibilidade de o relator atribuir efeito suspensivo ao agravo, bem como de antecipar os efeitos da tutela recursal, o campo de utilização do mandado de segurança contra ato judicial restou inequivocadamente esvaziado.

É certo dizer que a utilização do mandado de segurança para atribuição de efeito suspensivo ao agravo antes da Lei n° 9.139/95, conquanto amplamente consagrada pelos tribunais à época, implicava na verdade um certo desvirtuamento do uso do instituto, pois tal finalidade seria propriamente alcançável através de cautelar incidental.

Não obstante, cabe destacar o que diz o parágrafo único do art. 527, com a redação que lhe foi atribuída pela Lei n° 11.187/05:

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

Logo, tanto a decisão do relator que converte o agravo de instrumento em retido como aquela que antecipa os efeitos da tutela recursal



(atribuindo ao recurso efeito suspensivo ou ativo) são irrecuráveis, segundo mencionado preceito. Neste caso, entendo que há possibilidade de sucesso quando da utilização de mandado de segurança contra o ato judicial.

Corroborando o entendimento acima, a Doutrinadora Ernane Fidélis dos Santos⁷ afirma:

“ A irrecorribilidade da decisão que determina a conversão (de agravo de instrumento em retido), certamente, dará ensejo ao manejo do mandado de segurança, como antes se usava, sendo o relator considerado autoridade coatora. A ação servirá para dar efeito suspensivo ao agravo convertido que não o tem”. (as reformas de 2005 e 2006 do Código de Processo Civil, 2ª. Ed., São Paulo, Saraiva, 2006, p. 132).

Já o Ilustre Professor Vicente Greco Filho⁸ nos ensina (de forma cautelosa) sobre a inviabilidade de impetrar o remédio constitucional contra ato judicial, tendo como base a falta de interesse processual:

“Não há interesse processual, em seu requisito de necessidade do provimento jurisdicional em mandado de segurança, se

⁷ SANTOS, Ernane Fidélis dos. As reformas de 2005 e 2006 do código de processo civil, 2ª. ed., Saraiva, 2006, p. 132.

⁸ GRECO FILHO, Vicente. O novo mandado de segurança – comentários à lei n. 12.016/2009, Saraiva, São Paulo. 2010.



cabe recurso ou outra providencia administrativa ou judicial que possa, sem ônus ao interessado, alcançar a mesma finalidade. Os mandados de segurança contra ato judicial, no processo civil, foram substancialmente reduzidos em virtude de alteração da forma de interposição do agravo de instrumento que passou a admitir a possibilidade de efeito suspensivo do ato interlocutório eventualmente lesivo, imediatamente, pelo Relator do recurso e, também, a possibilidade de conceder a providência requerida negada em primeiro grau”.

Porém, a experiência na advocacia contenciosa nos faz pensar sobre a necessidade de abrandar a rigidez da Súmula nº 267, isso porque, quando o recurso previsto na lei não possuir o gatilho hábil para sustar de imediato a decisão a fim de evitar-se o dano. A partir deste ponto de vista, os tribunais passaram a aceitar o mandado de segurança quando o recurso não é apto a estancar o cumprimento da decisão que ameaça o direito material em discussão.

A título de exemplo da ascensão quanto a aceitação do *mandamus*, em pesquisa as decisões do Supremo Tribunal Federal, num acórdão proferido pelo Min. Sepúlveda Pertence foi reconhecido o manejo



excepcional no mandado de segurança ante o risco manifesto de dano jurídico à União⁹.

Na prática forense impetrar mandado de segurança contra ato coator de autoridade judiciária é considerado um procedimento **desafiador**, isto porque, além dos requisitos básicos para a propositura da medida, há a necessidade de comprovar claramente que o ato praticado pelo magistrado está eivado de ilegalidade, por exemplo.

Consigne-se, portanto, que impetrar mandado de segurança contra ato judicial é uma tarefa difícil aos advogados que atuam em contencioso

⁹ **MS contra Ato de Ministro do STF e Prevenção**

Contra essa decisão, a União impetrou outro mandado de segurança, distribuído ao Min. Cezar Peluso, que deferiu a liminar nele pleiteada para suspender os efeitos da decisão proferida no MS 25846/DF. O Min. Cezar Peluso reputou de razoabilidade jurídica a alegação de que a concessão de garantia, por parte da União, à operação de crédito pactuada pelo DF com o BIRD estaria condicionada à regular prestação de contas relativas a convênios anteriormente firmados por ambos os entes federativos. Entendera, também, com base no art. 5º, II, da Lei 1.533/51, no art. 201, II, do RISTF, e no Enunciado da Súmula 267 do STF ("Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição"), ser inadmissível a cognição daquele *writ*, salientando, no ponto, que caberia agravo regimental da decisão proferida pelo Min. Celso de Mello na mencionada ACO. Reconheceu, por fim, não haver outra forma de sanar a situação, **senão o uso excepcional do mandado de segurança, ante o risco manifesto de dano jurídico à União**. Ficaram vencidos, na questão de ordem, os Ministros Celso de Mello e Marco Aurélio, relator. MS 25846 QO/DF, rel. orig. Min. Marco Aurélio, rel. p/ acórdão Min. Sepúlveda Pertence, 8.3.2006. (MS-25846)



cível, mas o cabimento é válido/ necessário quando o sistema recursal mostrar-se inapto a evitar o dano irreparável ao recorrente/ impetrante.

11. A NOVA LEI nº 12.016/2009 – ANÁLISE QUANTO A POSSIBILIDADE DE IMPETRAR MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO JUDICIAL

Atualmente, a Lei nº 12.016/2009 apresenta linguagem mais condizente com a evolução da jurisprudência. A exemplo não se fala mais de correição. Correição é medida administrativo-disciplinar contra atos do juiz que provocam tumulto no processo (CF, art. 96, I, “b”¹⁰).

Frise-se que há certas situações onde o ato do juiz é insuscetível de recurso, ou o recurso interposto não é dotado de efeito suspensivo, sendo capaz de evitar a consumação do ato abusivo, não há como excluí-lo da área garantida pelo mandando de segurança.

¹⁰ “Art. 96. Compete privativamente:

I - aos tribunais:

(...)

b) organizar suas secretarias e serviços auxiliares e os dos juízos que lhes forem vinculados, velando pelo exercício da atividade correicional respectiva; (...).”



A nova Lei nº 12.016/2009 fala que não se concederá mandado de segurança contra decisão da qual caiba recurso com efeito suspensivo (art. 5º, inciso II). Isso é típico da decisão que já está suspensa pela mera previsão legal antes mesmo do protocolo do recurso. Mas a restrição da Lei nº 12.016/2009 tanto se refere às decisões já suspensas à espera de recurso ou na pendência dele, como às que, mesmo surtindo efeito, o regime jurídico do recurso dispõe com clareza do canal adequado para postular o efeito suspensivo.

Em contrapartida, a dedução lógica do dispositivo é a de que caberá mandado de segurança contra decisão de eficácia imediata cujo recurso não disponha do mecanismo correspondente para neutralizar o pronunciamento de imediato. Por óbvio, com mais razão ainda, caberá mandado de segurança contra decisão irrecorrível.

Desse modo, conclui-se que uma hipótese de não cabimento é a decisão cujo recurso a lei prevê a requisição de efeito suspensivo. A decisão pode até disparar efeito imediato, mas se houver clareza na lei de que o mecanismo de suspensão está à disposição da parte, o mandado de segurança não se enquadra na espécie.

12. JUIZADOS ESPECIAIS – POSSIBILIDADE DE IMPETRAR MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO JUDICIAL



Nos Juizados Especiais diante da inaplicabilidade do regime do agravo de instrumento, há possibilidade para o emprego do mandado de segurança contra ato abusivo ou ilegal de juiz.

Neste contexto, segue o entendimento da Segunda Turma Recursal do Rio Grande do Sul, proferido pela Relatora JACQUELINE MICHELS BILHALVA, conforme que se transcreve em nota¹¹.

Neste sentido, é pertinente para este estudo destacar a Súmula n° 376 do STJ, a qual dispõe:

“Compete a turma recursal processar e julgar o **mandado de segurança contra ato de juizado especial**”.

Os membros do Poder Judiciário, sem dúvida, amoldam-se à ideia de “autoridade pública”, estampada no texto constitucional, tornando inafastável o cabimento de mandado de segurança contra seus atos, discussão que, aliás, não tem pertinência à luz da Constituição Federal, e já em face do próprio art. 5º, II, da Lei n° 1.533/51 (que veio a ser revogada pela Lei n° 12.016/09), e, com muito mais razão, do art. 5º, II, da Lei n° 12.016/09.

11



Permitimo-nos, para maior clareza, transcrever, novamente, o inciso LXIX do art. 5º da CF:

“LXIX - Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público”.

Nota-se pela dicção do texto constitucional, que inexistente fundamentação jurídica para excluir-se o magistrado do conceito de autoridade, mesmo porque o vigente texto foi bem claro quanto ao cabimento do mandado de segurança até mesmo contra “agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público”.

É esse o entendimento que deflui, também, de outros princípios constitucionais, como o do amplo acesso ao Judiciário (inclusive em se tratando de ameaça a direito, agora em termos expressos), o do contraditório e da ampla defesa e o do devido processo legal.

Desta feita, nosso sistema jurídico que se assenta sobre tais princípios, não é admissível a ideia de que não haja lesão a direito líquido e certo, não amparável pela via mandamental.



Porém, nunca é demais dizer que os recursos são instrumentos para impugnar as decisões judiciais.

Diante de muitas limitações processuais, o remédio constitucional deve ficar reservado para os casos em que o sistema não é claro. Nesse cenário de dúvidas e limitações, sim, é possível impetrar mandado de segurança para a sustação do ato ilegal.

Vale trazer ao estudo, as palavras de Lucia Vale Figueiredo¹²:

“Embora possa ser o mandado de segurança contra o ato judicial medida mais rara, não podemos acompanhar aqueles que ainda somente concebem sua existência caso haja manifesta ilegalidade, ato teratológico”.

13. DECISÃO TERATOLÓGICA

Os tribunais em geral tem classificado de teratológicas ou absurdamente ilegais certas decisões da experiência judiciária, a justificar o cabimento do remédio recursal.

¹² FIGUEIREDO, Lucia Valle. Mandado de Segurança , 5ª. ed. São Paulo – Malheiros – 2004.



O Doutrinador Gustavo de Medeiros Melo¹³ ensina, em tom franco, a teoria do ato teratológico, *in verbis*:

“A teoria do ato teratológico compreende a ideia de que, independentemente de qualquer coisa, independentemente de recurso previsto com ou sem efeito suspensivo, o mandado de segurança tem espaço sempre que o ato impugnado se caracterizar como gritantemente ilegal, monstruoso, aberrante, uma excrescência jurídica que não pode ser aceita em hipótese alguma”.

A questão teratológica versada nos autos de uma ação mandamental, faz com que o juiz observe os fatos e conseqüentemente a aplicação do direito à espécie para ver o que realmente aconteceu. Se constatar alguma aberração jurídica, alguma ilegalidade flagrante, então é o momento de decidir pelo cabimento da ação mandamental para corrigir imediatamente o erro, independentemente de haver recurso interposto ou ainda para ser.

Do contrário, se não vislumbrar nenhuma gravidade, o juiz logo indefere a inicial sob o argumento de não ser cabível mandado de segurança naquela hipótese que não caracteriza ato teratológico ou ilegal.

¹³ MELO, Gustavo de Medeiros. Mandado de segurança contra ato judicial no regime da Lei 12.016/2009. Editora Fórum.p. 251.



O êxito como em toda demanda jurídica é relativo, mas no caso em estudo são raras as decisões que acolhem a causa de pedir do impetrante. Contudo, nota-se em singela ascensão a jurisprudência quanto a impetração de mandado de segurança contra ato de autoridade judicial.

Neste sentido, destacamos (em nota) algumas decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça, sobre a possibilidade de impetrar mandado de segurança quando a hipótese ventilada nos autos versar sobre ato teratológico ou ilegal¹⁴.

14

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ATO JUDICIAL. DECISÃO TERATOLÓGICA. MANDADO DE SEGURANÇA. CABIMENTO. NULIDADE DE SENTENÇA PROFERIDA NOS AUTOS DE AÇÃO DE DESPEJO. DESISTÊNCIA COM RELAÇÃO A RÉU NÃO CITADO. NECESSIDADE DE INTIMAÇÃO DOS RÉUS JÁ CITADOS. CERCEAMENTO DE DEFESA CONFIGURADA. INTELIGÊNCIA DO ART. 298, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC. RECURSO A QUE SE DÁ PROVIMENTO.

1. Cabe mandado de segurança contra ato judicial em flagrante ilegalidade ou teratologia e que não seja passível de recurso.
2. É firme a jurisprudência deste e. Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, nos termos do art. 298, parágrafo único, do CPC, desistindo o autor da ação em relação a um dos co-réus ainda não citado, faz-se necessária a intimação dos demais réus já citados, sob pena de restar configurado o cerceamento de defesa.
3. Hipótese em que a recorrente, por não ter procurador constituído nos autos, deveria ter sido intimada pessoalmente da desistência do autor em relação ao outro có-réu, o que não ocorreu. Recurso ordinário provido”.



(RMS 25077 / RS - Relator Ministro Felix Fischer – Quita Turma – Dje 30/06/2008 – Data do julgamento 30/05/2008).

“PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DECISÃO VEICULADA EM OFÍCIO. **PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. CABIMENTO DO MANDADO DE SEGURANÇA.**

- Se a pretexto de responder dúvida formulada pela companhia que emprega o alimentante, a autoridade judicial em primeiro grau de jurisdição extrapola a finalidade do ofício judicial, que é meramente informativa, **inovando no feito após a sentença, para reduzir o desconto em folha, o ato judicial é teratológico, desafiando mandado de segurança.**

- A unirrecorribilidade cede espaço à fungibilidade, quando há dúvida razoável e objetiva sobre o recurso cabível. Caráter '*sui generis*' da hipótese fática configurado.

Recurso provido”.

(RMS 24176 / RS - RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA 2007/0110452-0 – Relatora ministra Nancy Andrighi - Órgão Julgador Terceira Turma - Data do Julgamento: 14/02/2008 – Dje 05/03/2008).

PROCESSO CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SUSPENSÃO DE VIGÊNCIA DE CLÁUSULA CONTRATUAL LESIVA AOS CONSUMIDORES. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. SENTENÇA PROFERIDA COM IMPOSIÇÃO DE ASTREINTE. MANDADO DE SEGURANÇA. CABIMENTO.

- Ao condicionar o recebimento/seguimento de eventual recurso ao cumprimento de imposição no sentido de convocar os desistentes dos consórcios administrados pela recorrente, nos vinte anos anteriores ao ajuizamento da ação, além de retirar dos contratos por ela firmados a cláusula tida por ilegal e, por consequência, considerada nula, o i. Juízo impetrado incluiu percalço à liberdade das partes de recorrerem das decisões que lhes forem prejudiciais, bem como alçou o duplo grau de jurisdição a degrau inalcançável à parte vencida.



Sobre o assunto, em pesquisa realizada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, nota-se que até contra o Presidente da E. Corte já foi impetrado mandado de segurança.

- Considerando que a impetração do mandado de segurança é juridicamente possível quando o ato jurisdicional contiver manifesta ilegalidade ou venha revestido de teratologia, a ofender direito líquido e certo, isto é, apurável sem necessidade de dilação probatória, inexistente, no processo em análise, qualquer óbice na utilização da via mandamental, porquanto flagrante o conteúdo teratológico da parte da sentença atacada por meio de mandado de segurança.

- Conquanto estabeleça a Súmula 267 do STF que "não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição", **é pacífico o entendimento de que é cabível o uso de mandado de segurança contra ato judicial, desde que impugnado por recurso próprio, tempestivo e desprovido de efeito suspensivo ou, ainda, que a decisão atacada pela via mandamental esteja revestida de caráter teratológico, em afronta ao direito e, por conseguinte, suscetível de causar dano irreparável ou de difícil reparação.**

- Conclui-se, portanto, que a parte da sentença que antecipou a admissibilidade recursal, vedando o recebimento/seguimento de eventual recurso em hipótese de descumprimento de *astreinte*, reveste-se de conteúdo teratológico, porquanto deixou de observar regra principiológica de livre acesso ao Judiciário e conseqüente duplo grau de jurisdição, o que impõe a reforma do acórdão impugnado para conceder a ordem e declarar nula a parte da decisão contra a qual a recorrente endereçou o remédio processual.

- Recurso ordinário em mandado de segurança conhecido e provido.

(RMS 22476 / SP - 2006/0171567-0 – Ministra Relatora Nancy Andriahi - Órgão julgador: terceira Turma – Data do julgamento 26/10/2006 – DJ 20/11/2006).



Nota-se, então, que preenchidos os requisitos formais e materiais, não há limitação para a impetração do mandado de segurança. Qualquer autoridade, por mais especial ou elevada que seja, está sujeita ao controle jurisdicional de seus atos pelo mandado.

Importante frisar, com todas as restrições que se possa existir, a possibilidade efetiva de ser o magistrado considerado autoridade coatora, uma vez presentes os requisitos fixados pela Constituição (lesão ou ameaça de lesão a direito individual ou coletivo, líquido e certo), será necessário declinar objetivamente que o ato praticado encontra-se viciado de ilegalidade e/ou teratológico.

Cabe destacar, com relação aos terceiros (prejudicados) que foram atingidos por alguma decisão judicial sem serem partes no processo e às partes que se virem diante de decisões teratológicas, em que a via recursal seja insuficiente para impedir a imediata lesão de direito líquido e certo, oportuno será o remédio constitucional mandamental.

Diante deste cenário, clara a finalidade da ação mandamental para resguardar direito líquido e certo, sempre que existir ilegalidade, abuso de poder, decisão teratológica, onde qualquer pessoa física ou jurídica sobre violação houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça.



14. CONCLUSÃO - MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA AUTORIDADE JUDICIAL – MEDIDA DESAFIADORA

Na advocacia contenciosa, excepcionalmente, nos deparamos em situações, onde a tutela jurisdicional pretendida não foi *compreendida* pelo magistrado, visto que nos deparamos diante de decisões revestidas de ilegalidade, abuso de poder, teratológica, entre outros vícios.

Sob pena de perecimento dos mais diversos direitos, o uso do mandado de segurança contra decisão judicial é medida excepcional, ou melhor, desafiadora, isto porque, a nova Lei n° 12.016/2009 continua a restringir ao máximo tal impetração, *in verbis*:

“Art. 5º. **Não** se concederá mandado de segurança quando se tratar:

(...)

II – de decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo;”



Todavia, como visto a jurisprudência dos Tribunais Superiores estão em ascensão no sentido da possibilidade de impetrar mandado de segurança contra ato judicial nos casos de decisão teratológica ou de flagrante ilegalidade (abuso de poder).

Vale relembrar, também, que os Tribunais Superiores entendem ser cabível o uso de mandado de segurança contra ato judicial, desde que tal ato seja impugnado por recurso próprio, tempestivo e desprovido de efeito suspensivo.

Por fim, mesmo diante das limitações legislativas, processuais e até humanas, entendemos que diante de um ato de autoridade judicial emanado de ilegalidade (abuso de poder) e teratologia, o mandado de segurança deve ser empregado como instrumento de exercício da justiça democrática.

Em compasso com o exposto, o Professor Cassio Scarpinella Bueno¹⁵ afirma:

“Na medida em que se entenda constitucional uma lei que vede a apresentação de recurso (...) a única forma de evitar a consumação de ameaça ou lesão (...) é valer-se do mandado

¹⁵ BUENO, Cassio Scarpinella. Mandado de Segurança: comentários as Leis 1.533/51, 4.348/64 e 5.021/66, 4ª. ed. rev., Saraiva, 2007.



de segurança (...). Entendimento diverso seria agredir diretamente o modelo constitucional do processo civil”.

Nesta mesma linha de pensamento, o Ilustre Kazuo Watanabe¹⁶ pondera sobre o uso do mandado de segurança contra ato judicial:

“como instrumento que completa o sistema de remédios organizados pelo legislador processual, cobrindo as falhas neste existentes no que diz com a tutela de direitos líquidos e certos...[não o tornando] um substituto incondicional dos recursos e tampouco panacéia geral para toda e qualquer situação”.

Por derradeiro, oportuna a lição do Ilustre Doutrinador Dario de Almeida Magalhães¹⁷ ao estudo do remédio heróico:

“ **meio de educação** dos agentes do poder público”

Assim, o principal objetivo deste singelo trabalho acadêmico foi trazer uma reflexão à luz da garantia constitucional de acesso à **Justiça**.

¹⁶ WATANABE, Kazuo. Controle jurisdicional e mandado de segurança contra ato judicial. Ed. Revista dos Tribunais. 1980

¹⁷ MAGALHÃES, Dario de Almeida. Homenagem ao juiz José de Aguiar Dias. RF 151/355, Rio de Janeiro: Forense, jan.-fev.1954.



BIBLIOGRAFIA

ASSIS, Araken de. *Contempt of Court no Direito Brasileiro*.
Porto Alegre: Revista Jurídica, 2004.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Mandado de segurança: comentários as Leis 1.533/51, 4.348/64 e 5.021/66*. 4^a. ed. rev., São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Mandado de segurança*. 5^a. ed.
São Paulo: Malheiros, 2004.



GRECO FILHO, Vicente. *O novo mandado de segurança – comentários à lei n. 12.016/2009*. São Paulo: Editora Saraiva. 2010. p. 16.

MAGALHÃES, Dario de Almeida. *Homenagem ao juiz José de Aguiar Dias*. RF 151/355, Rio de Janeiro: Forense, jan.-fev.1954.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança*. 31 ed. Atualizada por Arnaldo Wald e Guilmar Ferreira Mendes. São Paulo: Malheiros, 2008, p.36.

MELO, Gustavo de Medeiros. *Mandado de segurança contra ato judicial no regime da Lei 12.016/2009*. Editora Fórum. p. 251.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Mandado de Segurança: uma apresentação*. In: *Temas de direito processual civil*. Sexta série. São Paulo: Editora Saraiva, 1997, p. 203.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. *As reformas de 2005 e 2006 do código de processo civil*, 2^a. ed., Editora Saraiva, 2006, p. 132.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Medida cautelar, mandado de segurança contra e ato judicial*. São Paulo: Revista de Processo, no. 107.

WATANABE, Kazuo. *Controle jurisdicional e mandado de segurança contra ato judicial*. Ed. Revista dos Tribunais. 1980.