

**QUEM VIGIA OS VIGIAS?¹ MAIS UMA VEZ A QUESTÃO DA COMPETÊNCIA PARA
JULGAR O MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA DECISÕES DO CONSELHO
NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DO CONSELHO NACIONAL DE
JUSTIÇA²**

O Ministro Dias Toffoli acabou de negar seguimento ao Mandado de Segurança nº. 33410, em que se pedia a suspensão de punição administrativa imposta a um Promotor de Justiça pelo Conselho Nacional do Ministério Público.

Na decisão, o Ministro destacou não caber ao Supremo Tribunal Federal analisar, por meio de Mandado de Segurança, a razoabilidade de sanção aplicada em sede administrativa (?).

Ele rejeitou o Mandado de Segurança com fundamento em dispositivo do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal que permite (aliás, ferindo o Princípio da Colegialidade³) ao relator negar seguimento a pedido ou recurso

¹ Na verdade, este é o título do excelente livro de Julita Lemgruber, Leonarda Musumeci, Ignacio Cano, Ana Paula Miranda e Sonia Travassos, sobre o controle externo da Polícia no Brasil. Tomamos emprestado o sugestivo título desta obra, cuja leitura é de rigor (ela foi publicada em 2003, pela Editora Record, Rio de Janeiro/São Paulo). Perdoem-me os seus autores o plágio. Foi apenas do título...

² Rômulo de Andrade Moreira é Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado da Bahia. Professor de Direito Processual Penal da Universidade Salvador - UNIFACS, na graduação e na pós-graduação (Especialização em Direito Processual Penal e Penal e Direito Público). Pós-graduado, lato sensu, pela Universidade de Salamanca/Espanha (Direito Processual Penal). Especialista em Processo pela Universidade Salvador - UNIFACS (Curso então coordenado pelo Jurista J. J. Calmon de Passos). Membro da Association Internationale de Droit Penal, da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais, do Instituto Brasileiro de Direito Processual e Membro fundador do Instituto Baiano de Direito Processual Penal (atualmente exercendo a função de Secretário). Associado ao Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Integrante, por quatro vezes, de bancas examinadoras de concurso público para ingresso na carreira do Ministério Público do Estado da Bahia. Professor convidado dos cursos de pós-graduação dos Cursos JusPodivm (BA), FUFBa e Faculdade Baiana. Autor das obras “Curso Temático de Direito Processual Penal” e “Comentários à Lei Maria da Penha” (em coautoria com Issac Guimarães), ambas editadas pela Editora Juruá, 2010 (Curitiba); “A Prisão Processual, a Fiança, a Liberdade Provisória e as demais Medidas Cautelares” (2011), “Juizados Especiais Criminais – O Procedimento Sumaríssimo” (2013) e “A Nova Lei de Organização Criminosa”, publicadas pela Editora LexMagister, (Porto Alegre), além de coordenador do livro “Leituras Complementares de Direito Processual Penal” (Editora JusPodivm, 2008). Participante em várias obras coletivas. Palestrante em diversos eventos realizados no Brasil.

³ A propósito, por decisão unânime, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal concedeu, de ofício, o **Habeas Corpus** nº 115535, para determinar ao Superior Tribunal de Justiça que julgue, em colegiado competente, um **Habeas Corpus** lá impetrado pela defesa do cidadão sérvio S.K., preso preventivamente por tráfico internacional de drogas e associação com o tráfico (artigos 33, combinado com o artigo 40, inciso I, e 35 da Lei 11.343/2006). A Turma julgou prejudicado, entretanto, pedido de liberdade provisória formulado pela defesa no mesmo **Habeas Corpus**. No Supremo, a defesa se insurge contra decisão monocrática do relator de **Habeas Corpus** impetrado no Superior Tribunal de Justiça, que negou seguimento (arquivou) ao **Habeas Corpus** impetrado naquela corte. No julgamento da Segunda Turma, os demais Ministros presentes à sessão acompanharam o voto do relator, Ministro Ricardo Lewandowski, segundo o qual o Ministro do Superior Tribunal de Justiça, por meio de decisão monocrática, terminou por analisar o mérito da ação e essa decisão, conforme jurisprudência da Suprema Corte, constituiu violação do devido processo legal e do princípio

manifestamente inadmissível, improcedente ou contrário à jurisprudência dominante ou a súmula do Tribunal (art. 21, parágrafo 1º. do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal).

Já no ano passado, o Ministro Teori Zavascki havia também negado seguimento ao Mandado de Segurança nº. 28902 no qual se questionava agora uma decisão do Conselho Nacional de Justiça que permitiu a posse de um novo serventuário de Justiça sem que antes ele fosse exonerado de outro cargo público.

O Ministro salientou que o Supremo não tem competência para julgar Mandados de Segurança contra decisão “*negativa*” (sic) do Conselho Nacional de Justiça. Em julho de 2010, o relator da matéria à época, Ministro Ayres Britto (aposentado), indeferiu pedido de liminar, considerando incabível a impetração nessa hipótese. O fundamento apresentado pelo então Ministro foi de que a decisão questionada nada acrescentou à decisão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

O atual relator da ação, Ministro Teori Zavascki, ressaltou que a jurisprudência consolidada da Corte entende que o Supremo é incompetente para julgar Mandado de Segurança contra as decisões proferidas pelo Conselho Nacional de Justiça “*que não alteram as relações jurídicas submetidas ao órgão, como é o caso de que ora se cuida, conforme consignado na decisão proferida pelo Ministro Ayres Britto*”. De acordo com o relator, essa tendência jurisprudencial teve início no julgamento da questão de ordem no Mandado de Segurança nº. 26710, quando a Corte, em julgamento conjunto com o Mandado de Segurança nº. 26749, acolheu a tese sustentada pelo Ministro Sepúlveda Pertence

da colegialidade, uma vez que o julgamento de mérito cabia a um órgão colegiado daquela Corte (grifo nosso). Também em recente decisão, o Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Rogério Schietti Cruz, reconsiderou uma decisão monocrática feita por um colega de corte e determinou que um caso seja julgado pelo colegiado da 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça. Em sua decisão, o Ministro Schietti criticou o aumento do número de decisões monocráticas. Segundo ele, em busca de uma celeridade para combater o aumento de litígios no Brasil, as decisões colegiadas estão sendo deixadas de lado para adoção do julgamento monocrático. “A lei processual brasileira, após sucessivas inovações, alargou o leque de possibilidades de o relator de um recurso, de forma unipessoal, pôr termo à irrisignação”, afirmou o Ministro, citando como exemplo o artigo 557 do Código de Processo Civil. Porém, de acordo com o Ministro, por serem hipóteses que excluem o julgamento colegiado esses dispositivos devem ser interpretados de forma restritiva, levando-se em consideração os demais princípios envolvidos, como o da ampla defesa. “Assim, só é possível ao relator de um recurso decidir de maneira monocrática, quando o tema a ele submetido inserir-se no rol contido no artigo 557 do Código de Processo Civil (manifesta inadmissibilidade do pedido, na improcedência, prejudicialidade ou confronto com súmula ou jurisprudência dominante), sob pena de incorrer em violação ao referido princípio”, afirmou. Schietti Cruz disse ainda que o fato de existir a possibilidade de recurso contra a decisão monocrática, a ser analisado pelo colegiado, não afasta a violação à ampla defesa. “Nem se diga que a simples possibilidade de a decisão ser apreciada pelo colegiado por meio de agravo interno, por si só, supriria tal violação, porquanto esse recurso restringiria, como de fato restringe, a possibilidade de defesa ampla (inviabilidade de sustentação oral, julgamento independente de pauta etc), inerente ao recurso ou à ação originária e, portanto, acabaria por vulnerar, injustificadamente, este princípio de matiz constitucional”, complementa. Segundo o Ministro, a existência do artigo 557 do Código de Processo Civil apenas reforça a importância das decisões colegiadas, pois as hipóteses previstas exigem que o tema tenha sido amplamente pelo colegiado, quando firmada uma orientação sólida para aplicação nos casos semelhantes que chegarem ao tribunal depois. “Sem embargo, quanto às exceções contidas no artigo 557 do CPC, vislumbrou-se, por meio da ponderação dos interesses, que a ampla defesa não seria maculada na medida em que a permissividade legal de exclusão do julgamento colegiado adviria, a um só tempo, do exaustivo debate reiterado e da solidez do entendimento acerca do tema, culminando, por isso, no prestígio à celeridade e à economia processuais (duração razoável do processo)”, explicou.³ (<http://www.conjur.com.br/2014-dez-08/decisao-monocratica-prejudica-defesa-afirma-ministro-schietti>, acesso em 09 de dezembro de 2014, com grifos nossos).

(aposentado), “*no sentido de se proceder a uma redução teleológica da alínea “r”, do inciso I, do artigo 102, da Constituição da República, para que o STF não se convertesse, por meio de mandado de segurança, em instância ordinária de revisão de todas as decisões do Conselho Nacional de Justiça*”. O Ministro Teori Zavascki, em sua decisão, lembrou que, embora em ambos os Mandados de Segurança posteriormente tenham sido homologados pedidos de desistência, a tese voltou a ser reafirmada em vários precedentes do Plenário, tais como os Mandados de Segurança de n.ºs. 28133 e 28549. Nesses julgados, os Ministros entenderam que a Corte Suprema “*não se reduz à singela instância revisora das decisões proferidas pelo Conselho Nacional de Justiça*”, em especial se o ato questionado não tiver alterado relações jurídicas ou agravado situação do autor do pedido.

No mesmo sentido, ao negar seguimento ao Mandado de Segurança n.º. 30833, o Ministro Gilmar Mendes, do Supremo Tribunal Federal, aplicou entendimento no sentido de que a Corte não tem competência para julgar Mandados de Segurança contra decisão negativa do Conselho Nacional de Justiça. No caso, a seccional da Ordem dos Advogados do Brasil de Santa Catarina questionou ato do Conselho Nacional de Justiça que julgou improcedente procedimento de controle administrativo no qual a entidade profissional impugnava a legalidade da criação do cargo de “*juiz de direito substituto de segundo grau*” para atuar no Tribunal de Justiça de Santa Catarina. O relator da reclamação, Ministro Gilmar Mendes, afirmou que a jurisprudência firmada pela Corte é de que “*decisões negativas do Conselho Nacional de Justiça não atraem a competência do STF, uma vez que não têm o poder de determinar, ordenar, invalidar, substituir ou suprir atos ou omissões imputáveis ao órgão que proferiu a decisão impugnada perante o Conselho*”. Ou seja, no caso em análise, não cabe ao Supremo Tribunal Federal apreciar a matéria, visto que a decisão do Conselho Nacional de Justiça não alterou o ato do Tribunal local. Dessa forma, o relator julgou inviável o pedido e negou seguimento ao mandado de segurança, nos termos do artigo 21, parágrafo 1º, do Regimento Interno.

Pois bem.

A mim me parece que estas decisões são equivocadas, e mesmo contraditórias, à vista de outras tantas tomadas pela Corte Suprema.

Assim, por exemplo, a Segunda Turma anulou ato do Conselho Nacional de Justiça que havia declarado a ilegalidade de dispositivo do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro sobre distribuição de processos no âmbito daquela Corte. De acordo com a relatora do Mandado de Segurança n.º 30793, Ministra Cármen Lúcia, o Conselho interferiu em matéria não incluída pela Constituição Federal no rol de suas competências. Neste caso, a decisão do “Conselhão” ocorreu em um procedimento de controle administrativo que declarou a ilegalidade do artigo 28 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Esse artigo, alterado em 2009 pela Resolução 20 daquele tribunal, passou a prever que o vice-Presidente teria competência para indeferir monocraticamente a distribuição de recursos quando fosse detectado, de imediato, que eram inadmissíveis quanto à tempestividade, ausência de preparo e peças obrigatórias. O Estado do Rio de Janeiro questionou o ato no Supremo sob o argumento de que a competência do Conselho é exclusivamente administrativa, com atribuições restritas ao controle da atividade administrativa, financeira e disciplinar da magistratura. Com isso, pediu a anulação da decisão do conselho e o consequente restabelecimento da vigência do artigo 28 do Regimento Interno. Veja: neste caso, em seu voto, a relatora, não somente conheceu da ordem, como

acolheu o pleito do autor. Segundo ela, a Constituição Federal prevê competência para o conselho exercer o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juizes. No caso em análise, frisou a Ministra, o Conselho Nacional da Justiça interferiu em matéria de competência jurisdicional do Tribunal local, sobre distribuição de processos, para a qual a Constituição não lhe conferiu competência. Com esse argumento, a Ministra votou pela concessão da ordem, sendo acompanhada por unanimidade (aliás, liminar deferida pela relatora em 2011 já havia suspenso os efeitos da decisão questionada).

Outrossim, a Segunda Turma julgou procedente a Reclamação nº. 4731 e determinou que um Mandado de Segurança impetrado no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, mas que questionava ato do Conselho Nacional de Justiça, fosse remetido à Corte, reconhecida como competente para julgar ações relacionadas a atos do Conselho. A relatora do caso, Ministra Cármen Lúcia, já havia concedido liminar para suspender o trâmite do Mandado de Segurança, a pedido da União. Essa decisão liminar foi confirmada na sessão do dia 05 de agosto de 2014. Este **mandamus** foi impetrado no Tribunal do Distrito Federal pela Associação dos Magistrados do Distrito Federal e Territórios contra a Resolução 13/2006, do Conselho Nacional de Justiça. Em decisão monocrática, um Desembargador daquele tribunal concedeu a liminar para determinar a manutenção do pagamento integral de adicional por tempo de serviço, incidente sobre subsídios, proventos e pensões aos associados. A União, obrigada a pagar os valores por meio do próprio Tribunal local, ajuizou a reclamação sob o argumento de que houve usurpação da competência do Supremo, a quem caberia julgar a resolução questionada. Neste caso, **mutatis mutandis** reconheço, a Ministra Cármen Lúcia entendeu que o Tribunal local teria sido “*mero executor*” do ato do Conselho e, portanto, não teria competência para julgar o respectivo Mandado de Segurança. A relatora ainda destacou que diversos outros Mandados de Segurança que tratam “*rigorosamente da mesma matéria*” serão julgados em conjunto, “*até porque isto é de interesse de toda magistratura, como o Supremo já decidiu diversas vezes*”, destacou.

Nesta mesma sessão, dia 05 de agosto do ano passado, agora a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal analisou dois Mandados de Segurança (MS 27704 e 30600) contra atos do Conselho Nacional de Justiça sobre o preenchimento de vagas de magistrados no âmbito do Judiciário dos Estados do Rio de Janeiro e de Mato Grosso.

No primeiro (nº. 27704), o relator Dias Toffoli concedeu a ordem impetrada pelo Presidente do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro contra decisão do Conselho Nacional de Justiça que, em processo de controle administrativo, havia suspenso a possibilidade do Tribunal exigir o tempo mínimo de dois anos de permanência de um Magistrado na mesma entrância como requisito para a remoção desses juizes. Durante o julgamento pela Primeira Turma, o Ministro Dias Toffoli lembrou que, segundo o autor do processo, a decisão do Conselho está equivocada. O Presidente do Tribunal argumentou que a dispensa do interstício de dois anos para a remoção ou promoção do juiz é situação excepcional e, portanto, deve ser interpretada restritivamente. Aliás, a decisão unânime da Turma confirma liminar deferida pelo Ministro Menezes Direito (falecido).

No segundo (nº. 30600), os Ministros acompanharam o voto do relator, Ministro Marco Aurélio, que indeferiu a ordem no Mandado de Segurança nº 30600 impetrado por um Juiz de Direito que teve a sua promoção anulada por antiguidade ao

cargo de desembargador do Tribunal de Justiça de Mato Grosso, por existência de "*vício formal*" na convocação da sessão em que seu nome foi aprovado. Esta sessão, segundo os autos, foi convocada sem observância da antecedência mínima prevista no regimento interno do tribunal e, no entender do Conselho houve prejuízo na votação, uma vez que a situação funcional do magistrado não pôde ser analisada em tempo hábil. Na Suprema Corte, o impetrante alegou que o impetrado não teria competência para anular sua promoção, que foi aprovada por 18 votos contra dois, porque, de acordo com o artigo 103-B, parágrafo 4º, da Constituição, atos como promoção e posse de magistrados não se enquadrariam no conceito de natureza administrativa e financeira nem de fiscalização de cumprimento de deveres funcionais. O juiz acrescentou que, de acordo com o inciso VIII do art. 93 da Constituição, os atos de remoção, disponibilidade e aposentadoria são baseados na decisão do respectivo tribunal. Além disso, a matéria é disciplinada na Lei Orgânica da Magistratura, que também reserva tal atribuição aos tribunais.

Ao julgar o Mandado de Segurança nº. 32721, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal manteve o afastamento do Presidente do Tribunal Regional Eleitoral de Roraima, Alcir Gursen de Miranda, determinado pelo Conselho Nacional de Justiça. A Turma também considerou válida a instauração de Processo Administrativo Disciplinar para apurar suposta parcialidade do magistrado em favor do então governador do estado. Em setembro de 2013, o Conselho Nacional de Justiça por maioria, determinou o afastamento cautelar do magistrado, com instauração do Processo Administrativo Disciplinar, para apurar infração aos artigos 35 incisos (I, II, III e VIII) e 56 (inciso II) da Lei Complementar 35/1979, a partir de representação do Ministério Público Eleitoral, para quem o magistrado estaria favorecendo o então governador José de Anchieta. A defesa do magistrado alegou falta de fundamentação idônea para instauração do Processo Administrativo Disciplinar e ausência de justa causa para afastamento do magistrado. De acordo com o defensor, eventual parcialidade do magistrado não poderia ser analisada pelo Conselho Nacional de Justiça. O conselho não poderia julgar acertos ou erros em decisão de magistrado. Além disso, o advogado narrou fatos que apontariam a inexistência do alegado favorecimento do governador. Ao votar pela denegação do MS, a relatora, ministra Cármen Lúcia, lembrou que não estava analisando a conduta ou atuação do Conselho Nacional de Justiça, mas apenas os atos praticados no caso concreto, e se existem justa causa e fundamentação idônea para instauração do Processo Administrativo Disciplinar e para o afastamento do juiz. De acordo com a ministra, a decisão do Conselho Nacional de Justiça lastreou-se em elementos que evidenciaram práticas incompatíveis com magistratura. Foram levadas em conta diversas condutas imputadas ao juiz que denotariam comprometimento da isenção e imparcialidade no exercício judicante. A decisão do Conselho Nacional de Justiça deixou claro que não julgava erros ou acertos do magistrado, mas eventual parcialidade do julgador. Nesse sentido, a ministra explicou que a portaria de instrução do Processo Administrativo Disciplinar indica uma série de condutas imputadas que, no entender do conselho, merecem apuração, incluindo violação a dever de imparcialidade. Por fim, a ministra lembrou que o afastamento do magistrado não contraria o artigo 27 da Lei Orgânica da Magistratura. Assim, por entender que não há ilegalidade e nem violação a direito líquido e certo do impetrante, a ministra votou pela denegação do mandado de segurança. A decisão foi unânime.

Também a Ministra Rosa Weber deferiu liminar no Mandado de Segurança nº. 33422 para suspender nova remoção imposta pelo Conselho Nacional de Justiça a uma Juíza de Direito do Tribunal de Justiça do Amazonas.

Ser ou não ser competente, eis a questão: para mim, a resposta é clara (no sentido positivo) e se encontra no art. 102, I, "r" da Constituição. Entendimento contrário faz tabula rasa da mais importante garantia dos direitos dos cidadãos prevista no art. 5º., da Constituição Federal (óbvio, depois do Habeas Corpus).

Aliás, para falar do Mandado de Segurança, é preciso que se tenha especial atenção exatamente para o habeas corpus, pois, afinal de contas, tudo começou com ele.

Com efeito, com a primeira Constituição Republicana, em 1891, previu-se, pela primeira vez em nosso País, o **habeas corpus** que, originariamente (eu diria até etimologicamente), sempre serviu para a tutela do direito à locomoção (do direito de ir, vir e ficar). Isso é da origem do **habeas corpus** desde a Magna Carta de João Sem Terra, na Inglaterra. Então, em 1891, a Constituição Republicana, prevendo o **habeas corpus**, deu-lhe contornos mais amplos, ou seja, não garantia apenas o direito à liberdade (isto estava expresso no art. 72, § 22 da Constituição de 1891). Por conta dos termos em que estava grafado este dispositivo, houve uma séria e importante discussão doutrinária entre dois personagens do Direito Brasileiro – Pedro Lessa e Ruy Barbosa – acerca da amplitude que essa garantia constitucional efetivamente tinha, é dizer, se o **habeas corpus** estava posto como garantia apenas do direito à liberdade (como pensava Pedro Lessa e como acabou por definir o Supremo Tribunal Federal) ou, por outro lado, na visão de Ruy Barbosa, se o **habeas corpus** prestava-se, nos termos da Constituição, para a garantia de todo e qualquer direito (não somente do direito de ir, vir e ficar) porventura violado ou ameaçado por abuso de poder ou ilegalidade.

Durante a vigência da Constituição de 1891, o certo é que outros direitos acabaram por ser, vez por outra, tutelados (garantidos) com a impetração do **habeas corpus**. É fato, por exemplo, que o **habeas corpus** serviu para reintegrar o Governador do antigo Estado da Guanabara ao seu cargo (quando não havia, evidentemente, nenhum perigo à locomoção desse agente público, pois era apenas uma questão administrativa).

Com o passar dos anos, mais exatamente com uma Reforma Constitucional que houve em 1926, o **habeas corpus** voltou à sua origem inglesa, e esta Reforma estabeleceu, em sede constitucional, que o **habeas corpus** seria uma garantia específica para tutelar o direito à liberdade (na forma como estava estatuída no mesmo art. 72, § 22, só que com a reforma: “*dar-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer violência por meio de prisão ou constrangimento ilegal em sua liberdade de locomoção*”).

Portanto, a partir de 1926, restaram sem tutela outros direitos que não o direito à liberdade; não tínhamos uma garantia constitucional para isto e não se podia mais usar o **habeas corpus** como se usava desde a República (por força da Constituição de 1891) exatamente porque agora estava expressamente posto que o **habeas corpus** serviria apenas para a tutela da liberdade física.

Ficou, então, esse hiato de 1926 até 1934. Somente com a Constituição de 1934 que, pela primeira vez no ordenamento jurídico brasileiro, foi previsto

o Mandado de Segurança (com esse nome)⁴. Portanto, a sua origem, do ponto de vista do Direito Positivo, está na Constituição de 1934, exatamente no seu art. 113, § 33, nos seguintes termos (que não muda muito com relação ao que temos hoje): “*Dar-se-á mandado de segurança para defesa do direito, certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade. O processo será o mesmo do habeas corpus, devendo ser sempre ouvida a pessoa de direito público interessada. O mandado não prejudica as ações petitórias competentes*”. Depois da Constituição de 1934 editou-se a Lei nº. 191/36 regulando o procedimento do Mandado de Segurança⁵.

Em 1937, com o Estado Novo e a Constituição de 1937 (Constituição fascista outorgada por Getúlio Vargas), o Mandado de Segurança desaparece da Constituição. Ou seja, depois de 1934, a única Constituição brasileira que não previu o Mandado de Segurança foi a de 1937, mas nem por isso este instituto deixou de ser utilizado. Este fato deve-se à Lei 191/36, que sofreu uma pequena, importante e odiosa alteração em 1937 através de um Decreto-lei que a modificou apenas para tornar imune ao Mandado de Segurança algumas autoridades (o Presidente da República, os Ministros, os Governadores e os Interventores). Portanto, nesse período do Estado Novo tivemos o Mandado de Segurança com imunidade para os referidos agentes públicos. Esta imunidade perdurou, inclusive, com a edição do Código de Processo Civil de 1939, que o previu, mas não excluiu tais imunidades; imunidades estas que só foram extirpadas com a Lei nº. 1.533, que não mais previa a imunidade para aqueles agentes públicos. Posteriormente, também previram o Mandado de Segurança a Constituição de 1967, a Emenda Constitucional de 69 e, hoje, a atual Constituição, que no seu artigo 5º, LXIX, estabelece: “*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*”.

A pergunta que se faz agora é a seguinte: “*quando é que começou a se teorizar, na doutrina brasileira, a possibilidade do Mandado de Segurança contra ato jurisdicional, contra decisão judicial*”? Este questionamento é feito porque, inicialmente, a sua utilização era, normalmente, para combater atos do Poder Executivo, mas não atos emanados de órgãos do Poder Judiciário. Portanto, não havia essa possibilidade. Mas, desde a Constituição de 1934 já era possível a utilização do Mandado de Segurança para este fim, porque os termos da Constituição de 1934 assim permitiam. Tanto que houve um caso célebre, no Estado de Minas Gerais, em que uma penhora que havia sido determinada por um Juiz Federal foi suspensa por força da impetração de um Mandado de Segurança concedido pelo Supremo Tribunal Federal. Portanto, antes mesmo da antiga Lei nº. 1.533/51 já tínhamos um caso em que uma decisão judicial tinha sido desconstituída por força de um Mandado de Segurança.

Atualmente esta possibilidade é clara, nos termos do art. 5º., II e III da Lei nº. 12.016/09 (que revogou a Lei nº. 1.533/51), que, lido **a contrario sensu**, diz que não se dará Mandado de Segurança quando se tratar de decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo ou de decisão judicial transitada em julgado. Então, interpretando-se literalmente este art. 5º., II e III, temos que é possível a impetração do Mandado de Segurança contra decisão judicial, inclusive em matéria criminal.

⁴ A expressão deve-se ao baiano João Mangabeira, que foi quem deu o **nomen juris** “Mandado de Segurança”.

⁵ Entendia-se, desde 1934, que o Mandado de Segurança era um dispositivo auto-aplicável, até porque o processo (como diz a própria Constituição) era o mesmo do *habeas corpus*. De toda maneira, editou-se a Lei 191/36 que deu contornos mais concretos ao respectivo procedimento.

Por sua vez, o Enunciado 267 da súmula do Supremo Tribunal Federal estabelece que “*não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição*”. Este Enunciado, no entanto, deve ser interpretado no sentido que é possível, sim, o Mandado de Segurança contra decisão judicial, mesmo em decisão que caiba recurso, desde que não tenha efeito suspensivo e, portanto, não seja apto a evitar um dano irreparável⁶. Portanto, o Mandado de Segurança serviria, justamente, para dar o efeito suspensivo ao recurso e evitar um dano se este ato for violado *a posteriori*. Neste sentido:

“Em casos excepcionais, a jurisprudência pátria tem admitido o uso do mandado de segurança para atribuir efeito suspensivo a recurso desprovido de tal característica, quando se verificar a plausibilidade jurídica do pedido e possibilidade de dano efetivo até o julgamento da irresignação pelo Tribunal, situação caracterizada no caso em tela pela iminente remessa dos autos ao Juízo Estadual em face de declinação da competência, com possibilidade de anulação ab initio do processo. Nessa situação, a via mandamental não é utilizada como substitutivo do recurso cabível, mas como medida meramente cautelar, cuja finalidade é resguardar a decisão de mérito a ser proferida pela Turma no julgamento do RSE” (TRF 4ª R. – 8ª T. – MS 2008.04.00.039673-3 – rel. Elcio Pinheiro de Castro – j. 03.12.2008 – DJU 10.12.2008).

O Mandado de Segurança tem caráter mandamental e índole constitucional; é uma ação de conhecimento que pode ter efeito meramente declaratório ou constitutivo. Por exemplo, pode-se trancar uma ação penal por Mandado de Segurança quando se esteja diante de uma ação penal cujo objeto é uma contravenção penal punida, tão-somente, com a pena de multa. Como a multa, hoje, por conta da modificação estabelecida no art. 51 do Código Penal (e a revogação do art. 182 da Lei de Execução Penal – Lei nº. 7.210/84), não mais pode ser convertida em pena privativa de liberdade, a liberdade de locomoção, nestes casos, não estaria ameaçada. Portanto, o remédio cabível não é mais o **habeas corpus**⁷, que tutela somente o direito à liberdade de locomoção; possível será a impetração do Mandado de Segurança.

Para ser o possível, juridicamente, o Mandado de Segurança, é necessário que haja uma decisão eivada de ilegalidade, que tenha a possibilidade real, efetiva ou iminente, de ferir um direito líquido e certo⁸. Portanto, o ato tem que ser ilegal, contrário à lei ou praticado com abuso de poder, seja oriundo do Conselho Nacional do Ministério Público, seja do Conselho Nacional de Justiça.

⁶ Há posições mais radicais, mais específicas, que advogam a possibilidade do mandado de segurança em relação a decisões judiciais que comportem recurso com efeito suspensivo. Como exemplo há o Professor Calmon de Passos, que em 1962, no I Congresso Internacional de Processo Civil, em São Paulo, defendeu a tese do cabimento do mandado de segurança contra ato jurisdicional ainda que em relação a essa decisão fosse cabível um recurso com efeito suspensivo.

⁷ O Supremo Tribunal Federal sumulou recentemente esse entendimento com o Enunciado 693: “*Não cabe habeas corpus contra decisão condenatória a pena de multa, ou relativo a processo em curso por infração penal a que a pena pecuniária seja a única cominada*”.

⁸ O direito líquido e certo é aquele comprovado de plano, ou seja, na ação de mandado de segurança não se permite dilação probatória, deve-se comprovar, de imediato, com a petição inicial (com a juntada de documentos), o direito líquido e certo.

Segundo Hely Lopes Meirelles, “*direito líquido e certo é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercido no momento da impetração. Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante: se sua existência for duvidosa; se sua extensão ainda não estiver delimitada; se seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais.*”⁹

No mesmo sentido, Carlos Mário da Silva Velloso: “*O conceito, portanto, de direito líquido e certo, ensina Celso Barbi, lição que é, também, de Lopes da Costa e Sálvio de Figueiredo Teixeira, é processual. Quando acontecer um fato que der origem a um direito subjetivo, esse direito, apesar de realmente existente, só será líquido e certo se o fato for indiscutível, isto é, provado documentalmente e de forma satisfatória. Se a demonstração da existência do fato depender de outros meios de prova, o direito subjetivo surgido dele existirá, mas não será líquido e certo, para efeito de mandado de segurança. Nesse caso, sua proteção só poderá ser obtida por outra via processual.*”¹⁰

A segunda condição da ação é o interesse de agir. Nesse sentido, lembramos do trinômio: “necessidade, adequação e utilidade”. O Mandado de Segurança tem que ser um remédio adequado para combater um ato ilegal ou praticado com abuso de poder; e tem que ser necessário e útil para evitar um dano irreparável. Portanto, o interesse de agir está na probabilidade de um dano irreparável, porque não garantido por outro remédio, não garantido pelo **habeas corpus**, pelo **habeas data** ou mesmo por recurso com efeito suspensivo.

Por fim, como última condição da ação, tem-se a legitimidade das partes. Parte no Mandado de Segurança, no pólo ativo, é qualquer pessoa física ou jurídica que se sinta ameaçada ou violada em seu direito, e que possa comprovar, de plano, essa violação, ou esta ameaça. Sujeito passivo, como entende modernamente a doutrina, é o Estado (não exatamente a autoridade coatora). É importante observar que no pólo passivo, via de regra, haverá a necessidade de se estabelecer um litisconsórcio necessário, sob pena de nulidade do processo. Assim, por exemplo, em um Mandado de Segurança impetrado pelo Ministério Público, evidentemente que, ao ser notificada a autoridade dita coatora (o Juiz de Direito), é imprescindível que sejam citados os réus para contestar a ação mandamental (não para prestar informações).

Neste ponto, faço referência a um outro Enunciado, relativamente recente, do Supremo Tribunal Federal, o de nº. 701, que, espancando algumas dúvidas doutrinárias ainda existentes, estabeleceu definitivamente (e priorizando, portanto, o princípio do contraditório) que “*No mandado de segurança impetrado pelo Ministério Público contra decisão proferida em processo penal, é obrigatória a citação do réu como litisconsorte passivo*”.

Com relação aos pressupostos processuais, além dos já conhecidos “investidura do juiz e capacidade das partes”, faremos referência especial à

⁹ Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, Habeas Data, Malheiros Editores, 15ª edição, São Paulo, 1994, p. 25.

¹⁰ Do Mandado de Segurança e Institutos afins na Constituição de 1988; apud “Mandados de Segurança e Injunção”. Coordenação: Sálvio de Figueiredo Teixeira; São Paulo, Saraiva, 1990, p. 81.

regularidade formal do pedido. A lei do Mandado de Segurança (art. 6º.) estabelece que a petição deve conter, além de algumas especificidades, os mesmos requisitos da petição inicial (previstos nos arts. 282 e 283 do Código de Processo Civil). Algumas peculiaridades há. Não esqueçamos que há um prazo decadencial para a impetração do **mandamus**, exatamente 120 dias (art. 23).

Da mesma forma, como já mencionado, o Mandado de Segurança não é um procedimento que admita dilação probatória, pois *“a ação mandamental exige, para sua apreciação, que se comprove, de plano, a existência de liquidez e certeza dos fatos narrados da inicial. É inerente à via eleita a exigência de comprovação documental e pré-constituída da situação que configura a lesão ou ameaça a direito líquido e certo que se pretende coibir devendo afastar quaisquer resquícios de dúvida.”*¹¹ No mesmo sentido:

No julgamento do Mandado de Segurança nº. 27971, o Ministro Celso de Mello decidiu que *“não se justifica, em sede de mandado de segurança, a produção tardia de documentos, eis que estes hão de ser produzidos pelo impetrante quando do ajuizamento da referida ação constitucional, como reiteradamente tem advertido o magistério jurisprudencial desta suprema Corte (RTJ 83/663, relatado pelo ministro aposentado Sepúlveda Pertence; RTJ 137/663, relator para o acórdão ministro Celso de Mello, e RTJ 171/3265-327, relator ministro aposentado Ilmar Galvão)”*. *“Como se sabe, a ação de mandado de segurança faz instaurar processo de caráter eminentemente documental, a significar que a pretensão jurídica deduzida pela parte impetrante há de ser demonstrada mediante produção de provas documentais pré-constituídas, aptas a evidenciar a alegada ofensa a direito líquido e certo supostamente titularizado pelo autor do writ (processo mandamental)”*, observou o Ministro. Isto porque, segundo ele, *“a lei exige que o impetrante, ao ajuizar o processo, instrua a petição inicial, com prova literal pré-constituída, essencial à demonstração das alegações feitas, ressalvada a hipótese - incorrente neste caso - de o documento necessário à comprovação das razões invocadas encontrar-se em repartição ou em estabelecimento público ou, ainda, em poder de autoridade que se recuse a fornecê-lo por certidão (Lei nº 1.533/51, artigo 6º e seu parágrafo único, e Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal - RISTF -, artigo 114)”*. O ministro citou, neste contexto, doutrina do ministro Alfredo Buzaid, na obra *“Do Mandado de Segurança”*. Nela, Buzaid sustentava que, *“diversamente do que ocorre com o procedimento comum e com o procedimento especial de jurisdição contenciosa, nos quais à fase dos articuladores se segue, de ordinário, a instrução probatória, a característica do processo de mandado de segurança está em só admitir prova documental pré-constituída”*.

Excepcionalmente, contudo, é possível a juntada posterior de documentos se, com as informações da autoridade coatora ou mesmo com a contestação do litisconsorte, novos fatos forem abordados. Assim, a doutrina e a jurisprudência permitem, nestes casos excepcionais, privilegiando o princípio do contraditório, que documentos novos sejam juntados para contrapor àqueles novos argumentos trazidos nas informações ou na respectiva contestação.

A possibilidade da concessão de liminar está prevista muito claramente no art. 7º., III da Lei nº. 12.016/09. A liminar, como uma medida antecipatória, exige os requisitos do **fumus boni juris** e do **periculum in mora** e pode ser, na

¹¹ *“SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - ROMS nº 15.537/BA, Relator Ministro JOSÉ DELGADO, publicado do DJ de 24/03/03.”*

forma do Código de Processo Civil, revogada pelo próprio Juiz que a concedeu. Portanto, *“para a concessão da medida liminar em sede de mandado de segurança é necessária a presença de dois requisitos, ou seja, prova inequívoca que convença da verossimilhança da alegação e o perigo na demora (com a possibilidade de se tornar inócua a decisão final).”*¹²

Havendo justo receio (art. 1º.), é também possível, ainda que excepcionalmente, o Mandado de Segurança preventivo; neste sentido, veja-se esta decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais: *“MS 1.0000.06.445739-3/000(1) – 1ª TURMA – O mandado de segurança é remédio de natureza constitucional destinado a proteger direito líquido e certo, contra ato ilegal ou abusivo de poder, emanado de autoridade pública. É possível o manejo do mandado de segurança preventivo contra ato ainda inexistente, mas presumido, desde que comprovada a ameaça objetiva e real, decorrente de existência de comando legal. Não basta o simples risco de lesão a direito líquido e certo, baseado apenas no julgamento subjetivo do Impetrante; impõe-se que a ameaça a tal direito se caracterize por ato concreto da autoridade impetrada, que virá a atingir o patrimônio jurídico da parte. O 'justo receio' a que alude o artigo 1º. da Lei n.º 1.533/51, para justificar a segurança, há de revestir-se dos atributos da objetividade e da atualidade. Naquela, a ameaça deve ser traduzida por fatos e atos, e não por meras suposições, e nesta é preciso que exista no momento, não bastando tenha existido em outros tempos e desaparecido.”*

Portanto, *“não basta a invocação genérica de uma remota possibilidade de ofensa a direito para a concessão de segurança preventiva; exige-se a prova da existência de atos ou situações atuais que evidenciem a ameaça remida.”* (STF, RE 92.562, Relator o Ministro Cordeiro Guerra, DJ 1º.07.1980, p. 4.949).

No mesmo sentido: *“Em mandado de segurança preventivo, o receio do impetrante de ter seu pretense direito ameaçado deve vir sustentado em algum ato de ameaça real a direito seu, a constituir elemento objetivo, autorizador da impetração, sob pena de indeferimento da inicial.”* (TJMG, Reexame necessário nº 1.0040.99.002806-6/001, Rel. Des. Moreira Diniz, 4ª Câmara Cível, publicado em 01.06.2004).

Sobre o conceito de justo receio, veja-se a lição de Celso Agrícola Barbi: *“O que deve importar não é o receio do autor, que varia conforme a sensibilidade. A nosso ver, o que deve ser qualificado não é o receio, mas a ameaça, que é o elemento objetivo. Aquele é apenas o reflexo subjetivo desta, e não o elemento para sua definição.”*¹³

Para Theotonio Negrão *“o justo receio a que alude o artigo 1º., da Lei n.º 1.533/51 (já revogada), para justificar a segurança, há de revestir-se dos atributos da objetividade e da atualidade. Naquela, a ameaça deve ser traduzida por fatos e atos, e não por meras suposições, e nesta é preciso que exista no momento, não bastando tenha existido em outros tempos e desaparecido.”*¹⁴

¹² AGRAVO DE INSTRUMENTO N.º 397.708-2 – Tribunal de Justiça do Paraná - Rel.: Rosene Arão de Cristo Pereira/5ª. Câmara Cível.

¹³ Do Mandado de Segurança, Rio de Janeiro: Forense, 4ª edição, 1984, p. 108.

¹⁴ Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor, São Paulo: Saraiva, 35ª. Ed., 2003, p. 1.667.

Concluindo: estão acabando com as nossas garantias constitucionais, pois, após o cerceamento da utilização do Habeas Corpus, agora é a vez do Mandado de Segurança! O meu receio é que acabem com os nossos direitos...