

3. COMENTÁRIOS À JURISPRUDÊNCIA

MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO JURISDICIONAL

SAMUEL ALVARENGA GONÇALVES

Oficial do Ministério Público do Estado de Minas Gerais

Bacharel em Direito

1. Súmula 701

STF 701. No mandado de segurança impetrado pelo Ministério Público contra decisão proferida em processo penal, é obrigatória a citação do réu em litisconsorte passivo.

2. Razões

Essa súmula apresenta interessantes aspectos de natureza procedimental, sobretudo porque, de certa forma, dispõe sobre uma nova hipótese de litisconsórcio não contemplado no nosso Código de Processo Civil, e consagra uma relevante posição que foi construída gradativamente ao longo dos tempos no que diz respeito à possibilidade de impetrar mandado de segurança em face de atos jurisdicionais.

Por fim, a escolha desse enunciado também se justifica pelo fato de ratificar a legitimidade de ativa do órgão ministerial para a sua impetração, especialmente no âmbito do processo penal. Assim, o nosso objetivo aqui é o de tão-somente procedermos a uma breve apresentação particularizada do instituto, notadamente valendo-nos das lições já consagradas pela doutrina clássica, e ainda trazermos alguns apontamentos de juristas da atualidade a respeito do tema.

Para tanto, daremos preferência ao uso de uma linguagem simples e direta, enfocando a matéria de forma pontual, sem a pretensão de esgotar o tema; todavia, iremos procurar, mesmo que superficialmente, destacar os principais pontos revelados por essa súmula para, ao final, termos conseguido visualizar o instituto do mandado de segurança em face de atos jurisdicionais sob uma perspectiva crítica e aberta.

3. Comentário

3.1. Evolução Histórica

O uso do mandado de segurança contra atos do Poder Judiciário já foi tema bastante controverso e que despertou fortes debates na doutrina e jurisprudência no passado. Como bem lembra Barbi (2000, p. 85), uma das maiores autoridades sobre o assunto no País, em sua origem histórica, “[...] o mandado de segurança não se destinava à proteção contra atos do Poder Judiciário, mesmo porque os reclamos gerais eram então contra o Poder

Executivo. Por isso, os projetos inicialmente formulados referiam-se, geralmente, a atos do Executivo”.

Gostaríamos de registrar a nossa preferência ao uso da expressão *atos jurisdicionais* no lugar de *atos judiciais*, por se tratar de orientação mais técnica e de acordo com a melhor doutrina (BUZAID, 1989, p. 136). A respeito da sua origem e evolução histórica no ordenamento jurídico pátrio, Passos (1996) sintetiza com maestria que houve *três fases* bem delineadas quanto à propositura do mandado de segurança em face de atos jurisdicionais.

A *primeira fase* caracteriza-se pela completa ausência de texto legislativo que expressamente autorizasse ou dispusesse contrariamente ao cabimento de mandado de segurança para atacar ato jurisdicional. Essa fase compreende o período que vai da promulgação da Constituição Federal de 1934 até o advento da Lei nº 1.533, de 31 de dezembro de 1951, muito embora Barbi (2000, p. 85-86) registre que “[...] por ocasião dos trabalhos legislativos que culminaram na publicação da Lei nº 191, de 16 de janeiro de 1936, o Professor Augusto Meira fez-se percussor da extensão do mandado de segurança àqueles atos”. O insigne professor Barbi (2000) cita, ainda, “[...] no famoso caso da penhora de rendas do Estado de Minas Gerais, determinada pelo juiz federal, o Supremo Tribunal Federal, apesar de afirmarem vários dos votos vencedores o não-cabimento, em tese, do mandado, o concedeu, tendo em vista a relevância e a gravidade do dano”.

A *segunda fase* inicia-se com a vigência dessa lei e se encerra com o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal do RE nº 76.909/RS, quando ocorreu uma mudança de postura daquela Corte sobre a matéria. O art. 5º, inciso II, da Lei nº 1.533/51 trouxe a hipótese de inadmissibilidade de mandado de segurança contra despacho ou decisão judicial quando haja recurso previsto em leis processuais ou quando possa ser modificado por via de correição. Logo, *a contrario sensu*, consignava a possibilidade de impetrar mandado de segurança contra atos jurisdicionais nos demais casos. Esse entendimento passou a vigorar nos Tribunais de todo o País, tanto que o STF editou a súmula nº 267: “Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição”.

A *terceira fase*, segundo Passos (1996, p. 95-96) caracteriza-se pelo abandono, de parte do STF (RTJ 72/743) da posição restritiva, ampliando-se as hipóteses de admissibilidade do mandado de segurança, de sorte a passar a firmar o entendimento de que o mandado de segurança seria adequado para atacar atos jurisdicionais quando o recurso previsto for desprovido de efeito suspensivo ou se a correição cabível for incapaz de evitar a ilegalidade, gerando com isso, dano efetivo e objetivamente irreparável como consequência da ilegalidade manifesta do ato jurisdicional atacado. E assim, conclui o jurista:

A avaliação crítica dessa evolução de nosso pensamento jurídico revela, sem dúvida, que avançamos em termos de aceitação do *writ* contra ato jurisdicional. O que nos falta é certa disciplina teórica para definir, no caso concreto, sua admissibilidade, eliminando-se da prática judiciária, a praga dos casuísmos e dos oportunismos, ambos

perigosos pelo que trazem em si, de subjetivo e arbitrário, os primeiros, de imoral e condenável, os segundos. (PASSOS, 1996, p. 96).

Quanto a essa posição, arremata Bulos (2002, p. 315):

O mandado de segurança não é o meio mais apropriado para combater atos jurisdicionais, pois não nasceu, especificamente, para lograr tal intento.

[...]

O relacionamento entre ato jurisdicional e mandado de segurança tem sido, no decorrer dos tempos, assunto controvertido. Aliás, mesmo antes da promulgação da Lei n. 1.533/51, a polêmica existia. Ainda hoje, a doutrina e jurisprudência não chegaram a um consenso a seu respeito.

Contudo, é inegável que o mandado de segurança tem sido impetrado largamente contra ato jurisdicional.

3.2 Da Posição Atual sobre o Cabimento de Mandado de Segurança em face de Atos Jurisdicionais e das suas Justificativas

Embora a Súmula nº 267 do Supremo tribunal Federal não tenha sido expressamente revogada, é pacífico que ela já se encontra superada pelo próprio Pretório Excelso com o julgamento do citado RE nº 76.909/RS, em 05.12.1973. Segundo aponta Barbi (2000, p. 92), esse julgamento “[...] constitui verdadeiro *leading case* e fixou a nova orientação da Suprema Corte, a qual vem se mantendo inalterável desde então. Aquele notável julgado merece aplausos gerais pelo seu acerto”, sendo digno de destaque a excelência do voto condutor da lavra do então Ministro Xavier de Albuquerque.

Atualmente, essa nova posição é confirmada mais uma vez com a edição da Súmula 701 do Supremo Tribunal Federal, objeto desses nossos comentários, a qual, em outros termos, determina-se a citação do réu para participar como litisconsorte passivo necessário, é porque cabe mandado de segurança contra ato jurisdicional.

Essa ampliação quanto ao objeto do mandado de segurança, segundo a lição de Almeida (2003, p. 275), é plenamente justificável por se tratar o mandado de segurança de uma ação de dignidade constitucional consagrada como garantia constitucional fundamental (CF/88, art.5ª, LXIX) e, nesse caso, “[...] não é compatível interpretação restritiva quanto ao seu campo de aplicabilidade. *Direitos e garantias constitucionais fundamentais*, diferentemente de simples regras constitucionais, não são interpretadas restritivamente”. Após rever o seu posicionamento, Buzaid (1989, p. 139) deixa-nos a seguinte lição:

De algum tempo a esta parte tem sido admitido, pacificamente, o mandado de segurança contra decisão judicial, seja de jurisdição contenciosa, seja de jurisdição voluntária. O trato com a experiência viva e cotidiana nos tribunais convenceu-nos da virtude do mandado de segurança como remédio jurídico contra decisões não transitadas em julgado e impugnadas pelo recurso próprio, para por cobro a ilegalidades

e abuso de poder. Julgamos de bom aviso, portanto, mudar de opinião, aderindo à orientação da doutrina e da jurisprudência.

3.3 Opção do Supremo Tribunal Federal em Sumular Matéria de Natureza Infraconstitucional (Litisconsórcio)

Curiosa questão envolvendo essa súmula é o fato de ela dispor, basicamente, sobre a formação de litisconsórcio passivo necessário entre a pessoa jurídica de direito público na qual pertence a autoridade coatora, no caso o juiz no processo penal, e o réu. Nessa ordem de idéias, indaga-se: qual a razão de o Supremo Tribunal Federal sumular matéria que prevalentemente é regulada por legislação infraconstitucional, notadamente encontrada no Código de Processo Civil? Não haveria uma usurpação de competência constitucionalmente fixada em relação ao Superior Tribunal de Justiça?

Entendemos, contudo, que não. É que, no processo penal, a preocupação com a correta observância do devido processo legal, aí englobando-se o contraditório e a ampla defesa, é muito mais evidenciada que no processo civil, haja vista que está em jogo a liberdade do réu, o que é sobremaneira mais importante que eventuais questões envolvendo por exemplo direitos patrimoniais disponíveis. As decisões em sede do processo penal são potencialmente capazes de trazer graves restrições ao réu, daí a necessidade de sempre oportunizar-se a ele reais possibilidades de participar, em todo o curso do processo, dos atos que lhe poderão ser desfavoráveis. Assim, considerando que essa súmula regula matéria cujas conseqüências estão intimamente ligadas ao contraditório e à ampla defesa, portanto valores constitucionais, parece-nos correta e legítima a postura do Supremo Tribunal Federal quanto à edição desse enunciado.

E não é só isso. O mandado de segurança constitui uma garantia constitucional arrolada no art. 5º da Constituição Federal de 1988 e sua natureza jurídica, segundo Bulos (2002, p. 301) é reflexo de dúplice aspecto: o *writ* é, a um só tempo, garantia constitucional e instrumento processual. Então, sob essa perspectiva, também não existiria óbice ao Supremo Tribunal Federal sumular a matéria até mesmo porque possui, como objeto principal, uma garantia constitucional.

3.4 Da Criação de Nova Hipótese de Litisconsórcio Passivo Necessário, com o advento da Súmula 701, do Supremo Tribunal Federal

A súmula 701 manda citar obrigatoriamente o réu como litisconsorte passivo no caso de mandado de segurança impetrado pelo Ministério Público contra decisão proferida no processo penal. Prevalece na doutrina e jurisprudência majoritárias “[...] a parte passiva no mandado de segurança é a pessoa jurídica de direito público a cujos quadros pertence a autoridade apontada como coatora” (BARBI, 2000, p. 125).

Figueiredo (1996, p. 129) anota os ensinamentos do Professor Tucci, no sentido de que “[...] no mandado de segurança, a autoridade coatora faria o mesmo papel que o Ministé-

rio Público na ação penal. Seria *parte processual*, mas *não* parte no *sentido material*, porque no sentido material, o sujeito passivo do mandado de segurança é a pessoa jurídica; a autoridade coatora seria, portanto, parte processual”. No mesmo sentido, Bulos (2002, p. 303) lembra que o “[...] sujeito passivo no mandado de segurança é quem irá suportar os ônus, os incômodos decorrentes da concessão da ordem. A autoridade coatora não. Ela é mera informante”.

O litisconsórcio, fenômeno de pluralidade de partes, pode ser estudado sob dois diferentes prismas: o de sua classificação e o da sua dinâmica. Em relação ao primeiro, “[...] classifica-se quanto à posição, quanto ao poder aglutinador das razões que conduzem à sua formação, quanto ao regime de tratamento dos litisconsortes e quanto ao momento de sua formação” (CÂMARA, 2005, p. 167). Interessa-nos o estudo do litisconsórcio levando-se em conta o poder aglutinador na formação e, nesse particular, o *litisconsórcio necessário* (CPC, 47) mencionado na súmula.

De acordo com o CPC, 47, duas são as hipóteses em que haverá a formação de litisconsórcio necessário: por disposição de lei ou pela natureza da relação jurídica. No que toca à primeira hipótese, a despeito da Lei nº 1.533/51, em seu art. 19, mandar aplicar ao mandado de segurança as disposições do Código de Processo Civil que regulam o litisconsórcio, este é apenas um comando de caráter geral, dependendo de verificação, no caso concreto, das circunstâncias autorizadoras de formação dessa figura. Sidou (2000, p. 162-163) pondera que:

[...] a lei não fala expressamente em litisconsórcio necessário em mandado de segurança, mas, pelo vigente Código de Processo civil (art. 47), é atribuído ao juiz um vasto grau de discricção no que se relaciona com essa subfigura litisconsorcial. Sempre que a relação jurídica o impuser, o juiz ordenará ao autor que promova a citação de todos os litisconsortes necessários quanto tiver de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes.

Já em relação à segunda hipótese, chamada pela doutrina de relação jurídica incindível, trata-se de formação de litisconsórcio necessário em razão de ser a *res in iudicium deducta* indivisível, ou seja, “[...] aquelas relações jurídicas em que eventuais decisões judiciais que a seu respeito sejam proferidas deverão produzir efeitos sobre todos os seus sujeitos, o que torna indispensável a presença de todos eles no processo” (CÂMARA, 2005, p. 169). O autor chega a afirmar que, nesses casos, a figura litisconsorcial é necessária em razão da natureza da relação jurídica assumida, pouco importando a existência de norma dispondo sobre essa necessidade. Assim, ainda que tal norma existisse – o que seria redundante –, mesmo que ela fosse revogada, persistiria a necessidade do litisconsórcio.

Ocorre que, também nesse caso, não nos é possível vislumbrar a existência de alguma relação intrínseca de incindibilidade entre o Estado-juiz (e não o magistrado, já que esse é apenas a autoridade coatora, o agente) e o réu no processo penal, já que não se impõe ao Tribunal competente julgar a lide de modo uniforme entre essas duas pessoas. Segundo

aponta Grinover (1996, p. 20), “[...] para o mandado de segurança em geral, afirma a melhor doutrina que haverá litisconsórcio necessário toda vez que a concessão do *mandamus* puder importar em modificação da posição jurídica de outras pessoas”.

Tomemos o seguinte exemplo: suponha-se que o órgão ministerial tenha requerido, com base no CPP, 220, que o juiz fosse até determinado hospital ouvir uma testemunha ocular da realização de um homicídio e que a referida testemunha estivesse em iminente perigo de morrer em virtude de alguma enfermidade. O juiz defere o pedido, mas promove sucessivos adiamentos da realização da diligência. Logo, o promotor de justiça impetra mandado de segurança no tribunal apontando como autoridade coatora o magistrado negligente. Embora reconheçamos que o exemplo seja um pouco inusitado, há que reconhecer, contudo, que não há qualquer impossibilidade jurídica para a sua configuração. Aliás, cremos ser possível a impetração do *mandamus* até mesmo para se fazer cumprir a garantia constitucional fundamental da duração razoável do processo e a celeridade de sua tramitação, nos termos do inciso LXXVIII, do art. 5º, da CF/88, incluído com o advento da EC 45/2004.

De qualquer sorte, assim, vê-se que, independentemente da decisão do Tribunal, a posição do réu dentro da relação jurídica material apontada neste caso dentro do processo penal – qual seja, o fato de ter matado alguém – não será forçosamente modificada e nem tampouco atingida. Ele não deixará de ser réu, nesse primeiro momento, se o mandado for provido ou não: a sua posição jurídica permanecerá inalterada. Podem, até, ocorrer situações inusitadas: o Tribunal concede o *mandamus*, ouve-se a testemunha, mas o denunciado é absolvido; ou, então, não se concede a segurança, mas consegue-se provar a ocorrência do crime por outro meio.

Quem será atingido pela decisão da segurança é o próprio Estado-juiz, o qual será obrigado ou desobrigado da realização de determinada ação, inclusive arcando com eventual responsabilidade na área penal e administrativa do seu agente apontado como autoridade coatora. O fato é que o réu não deixará de ser réu, a testemunha não deixará de ser testemunha e o juiz não deixará de ser juiz não importa a conclusão que se chegue a respeito da segurança requerida. Somente a oitiva ou não da testemunha é que será apreciada e, mesmo assim, a sua realização é ato exclusivo do juízo, de acordo com o sistema presidencialista de inquirição de testemunha vigente no nosso processo penal por força do CPP, 212.

Por isso, parece-nos apropriado concluir que a relação jurídica substancial discutida entre MP x acusado (ação penal pública) não se une à relação jurídica versando sobre o MP x Estado-Juiz (mandado de segurança). Em outras palavras, duas são as relações jurídicas discutidas no exemplo acima, de modo que elas não são incidíveis, inseparáveis; são, sim, autônomas, independentes, relativas, cada qual podendo ter desfechos diversos sem que isso comprometa a eficácia das decisões tomadas em ambos os casos. Então, por qual razão o réu deverá integrar a lide na condição de litisconsorte passivo necessário, se não se trata de uma exigência legal ou em razão da incidibilidade da relação jurídica material?

Acontece que é claro que uma decisão como esta acaba por influenciar indireta e reflexamente nos rumos que o processo poderá tomar e, muitas vezes, o próprio denunciado poderá ter interesse que o ato impugnado seja mantido ou não, como forma de preservar os seus próprios interesses, haja vista que ninguém, em sã consciência, estando prestes a ser inquestionavelmente apontado como autor de determinado delito, ficará inerte enquanto todas as suas provas são produzidas bem a sua frente. Não se trata, aqui, de afronta ao princípios da lealdade processual – até bem porque a sua participação no pólo passivo do mandado de segurança não constitui nenhum ilícito processual – ou à falta de ética no processo; trata-se, na verdade, de instinto genuinamente humano consistente na sua auto-proteção, pois, conforme a consagrada expressão, *ninguém é obrigado a produzir contra si mesmo*.

Dessa forma, acreditamos, portanto, que a súmula nº 701 do Supremo Tribunal Federal traz em si nova hipótese de litisconsórcio necessário passivo, não elencado no CPC, 47: quando o acusado no processo penal puder ser apenas indireta ou reflexamente atingido pela decisão que julgar a segurança, mesmo que não haja unidade entre as relações jurídicas discutidas ou imediata modificação de sua posição jurídica no seio do processo penal em questão. Assim, a justificativa à formação do litisconsórcio necessário no caso dessa súmula tem abrigo não na legislação processual infraconstitucional, mas em referência ao que foi dito no tópico 2.3 desses comentários, em respeito às garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

4. Conclusão

A impetração de mandado de segurança em face de atos jurisdicionais (expressão mais técnica que atos judiciais) passou por três grandes momentos ou fases no ordenamento jurídico brasileiro até ser definitivamente consagrada na doutrina e jurisprudência do País.

A *primeira fase* coincide com o início da constitucionalização do mandado de segurança, em 1934 e vai até a edição da Lei nº 1.533/51. Nessa fase, é marcante a completa ausência de aparato legislativo sobre a matéria.

A *segunda fase* tem início com essa lei que passou a admitir, *a contrario sensu*, a sua possibilidade (art. 5, II) e se encerra com o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal do RE nº 76.909/RS. Nessa fase, passou-se admitir, de forma restrita, a impetração de mandado de segurança quando o ato jurisdicional impugnado não fosse passível de recurso ou correção.

A *terceira e última fase* é concebida a partir do julgamento pelo Supremo Tribunal Federal do RE nº 76.909/RS e marca o abandono por aquela Corte da antiga postura restritiva, possibilitando-se a segurança quando o recurso previsto for desprovido de efeito suspensivo ou se a correção cabível for incapaz de evitar a ilegalidade, gerando com isso dano efetivo e objetivamente irreparável como consequência da ilegalidade manifesta do ato jurisdicional atacado.

Embora a Súmula nº 701 do Supremo Tribunal federal trate de litisconsórcio – matéria regulada por lei infraconstitucional – a sua edição por esse Sodalício justifica-se por estarem em jogo valores constitucionais como o ampla defesa e o contraditório. Nessa figura, não se trata de litisconsórcio necessário por imposição legal ou em razão da incidibilidade da relação jurídica material (ambas previstas no CPC, 47), mas de hipótese na qual quando o acusado no processo penal puder ser apenas indireta ou reflexamente atingido pela decisão que julgar a segurança, mesmo que não haja unidade entre as relações jurídicas discutidas ou imediata modificação de sua posição jurídica no seio do processo penal em questão.

5 Bibliografia

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003.

BARBI, Celso Agrícola. *Do mandado de segurança*. 10. ed. rev. e atual. por Eliana Barbi Botelho. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição federal anotada*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

BUZAID, Alfredo. *Do mandado de segurança*. São Paulo: Saraiva, 1989.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito processual civil*. 13. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, v. 1.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *A autoridade coatora e o sujeito passivo no mandado de segurança*. In: GONÇALVES, Aroldo Plínio. (Coord.). *Mandado de Segurança*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Mandado de segurança contra ato jurisdicional penal*. In: GONÇALVES, Aroldo Plínio. (Coord.). *Mandado de Segurança*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

PASSOS, J. J. Calmon de. *O mandado de segurança contra atos jurisdicionais*. In: GONÇALVES, Aroldo Plínio. (Coord.). *Mandado de Segurança*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

SIDOU, J. M. Othon. *Habeas Corpus, Mandado de Segurança, Mandado de Injunção, Habeas Data, Ação Popular: as garantias ativas dos direitos coletivos*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.