

DEGUSTAÇÃO DA OBRA

MANUAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO

volume único, 2ª edição

TEMA:

O CONTROLE JUDICIAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E OS REMÉDIOS CONSTITUCIONAIS

Alessandro Dantas Coutinho
Ronald Krüger Rodor

Manual de Direito Administrativo

Volume Único

INCLUI

- Mais de 670 tabelas e julgamentos do STF e STJ comentados
- Mais de 70 organizações listadas
- Tabela de sumários e lacunas ao tema atualizada pela doutrina
- Resumo resumidamente do tema tratado no capítulo
- Esquemas gráficos ao longo dos capítulos
- Resumo da matéria ao final de cada capítulo
- Exercícios de fixação

Préface: Prof. Miguel Spina, do Píleo

2ª

edição

atualizada

em 2024

EDITORA
ALFOODIVA

AUTOR ALESSANDRO DANTAS COUTINHO

18.5. O CONTROLE JUDICIAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E OS REMÉDIOS CONSTITUCIONAIS

Tradicionalmente, atribui-se ao Poder Judiciário a competência para aferir a *legalidade dos atos administrativos*. Isso pode ser feito por meio das mais variadas ações previstas no direito processual. Como esse não é um manual de direito processual, nos limitaremos a destacar, nesta oportunidade, algumas dessas ações, optando por aquelas que são conhecidas como *remédios constitucionais*, uma vez que têm previsão diretamente no texto constitucional, como garantias constitucionais para a efetivação de direitos (art. 5.º da CF/1988). Além destas, também destacaremos a ação civil pública, um importante instrumento de controle da Administração Pública, embora também sirva a outras finalidades, e que também tem assento constitucional.

É importante lembrar, no entanto, que se permite ao Judiciário, modernamente, adentrar no exame também da *adequação dos atos administrativos aos princípios constitucionais*, tais como o da moralidade, não estando ele mais preso, tão somente, ao exame da legalidade dos atos administrativos.

O próprio conteúdo da expressão “legalidade” acabou, também, por ser ampliado, admitindo-se, por exemplo, que uma prova de concurso que contenha questão fora do edital seja anulada pelo Judiciário, uma vez que ele, o edital, é a “lei” do concurso.

Claro que a omissão da Administração Pública em casos em que ela devia agir também pode caracterizar uma ilegalidade e, por consequência, justificar a atuação do Judiciário. Mas, mais recentemente, tem-se verificado uma crescente interferência do Judiciário em casos de omissão do Estado no implemento de direitos dos cidadãos, quando ao próprio Poder Público caberia decidir a forma e o momento da atuação.

A isto se dá o nome de *controle judicial de políticas públicas*, sendo destacadas, por exemplo, as decisões que vêm sendo tomadas em ações voltadas para o implemento dos

direitos à saúde e à educação. Essa interferência, embora deva sempre ser encarada como extraordinária, até porque a Administração Pública detém melhores condições que o Judiciário para fazer as escolhas das políticas que deve atender, já foi admitida pelo próprio STF como possível de ser feita²².

18.5.1. Mandado de segurança

O mandado de segurança constitui-se numa das principais vias de controle judicial da Administração Pública, estando previsto na própria Constituição Federal (art. 5.º, LXIX) no título que trata dos direitos e garantias fundamentais, daí por que é elencado dentre os chamados *remédios constitucionais*, ou seja, ações judiciais especialmente previstas pelo legislador constituinte visando à proteção de direitos ao cidadão contra atos ilegais ou arbitrários do Poder Público.

Sua finalidade primordial, conforme dicção do próprio texto constitucional, é servir de via judicial para solucionar ou prevenir ilegalidade ou abuso de poder praticado ou a ser praticado por autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

Para essa finalidade, evidentemente, podem existir outras vias judiciais (ações de rito ordinário, sumário ou especial), mas o mandado de segurança se destaca pela sua simplicidade no manejo, pela celeridade de seu procedimento, como se verá mais adiante, e, principalmente, pela eficácia do comando judicial que dele pode derivar, garantindo-se que a implementação da ordem judicial seja feita de maneira mais efetiva.

O mandado de segurança, no entanto, visa à defesa de direitos subjetivos, ainda que representativos de toda uma categoria, e não do interesse coletivo geral, daí por que seu objeto não se confunde, por exemplo, com o da ação popular²³.

O instituto foi objeto de regulamentação inicialmente pela Lei 1.533/1951, posteriormente revogada pela Lei 12.016/2009, atual Lei do Mandado de Segurança.

18.5.1.1. Mandado de segurança individual e mandado de segurança coletivo

Considerando os legitimados ativos da ação, o mandado de segurança pode ser *individual*, quando proposto para a defesa de direitos individuais de uma ou mais pessoas, ou *coletivo*, quando proposto para a defesa de direitos de natureza coletiva.

A Constituição Federal de 1988 inovou em relação ao ordenamento jurídico anterior ao criar o instituto do mandado de segurança coletivo. O art. 21, parágrafo único, da Lei 12.016/2009, ao determinar o âmbito de abrangência desse último instituto, estabeleceu que este tanto pode visar à proteção de *direitos coletivos*, “assim entendidos, para efeito desta Lei, os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo ou categoria de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica básica”, quanto pode visar à proteção de *direitos individuais homogêneos*, “assim entendidos, para

22. STF, AgRg no RE 639.337/SP, 2.ª T., Rel. Min. Celso de Mello; STF, Tribunal Pleno, AgRg na Suspensão de Liminar 47/PE, Rel. Min. Gilmar Mendes; STF, AgRg no RE 410.715/SP, 2.ª T., Rel. Min. Celso de Mello.

23. Nesse sentido a **Súmula 101 do STF**: “O mandado de segurança não substitui a ação popular”.

efeito desta Lei, os decorrentes de origem comum e da atividade ou situação específica da totalidade ou de parte dos associados ou membros do impetrante”.

Vê-se, assim, que o legislador tomou por base os conceitos já existentes no art. 81 do Código de Defesa do Consumidor, deixando de fora do âmbito do mandado de segurança coletivo apenas os interesses difusos, uma vez que de conteúdo mais abrangente do que o direito de uma categoria de pessoas apenas.

Por outro lado, foi estendido o instrumento para os interesses individuais homogêneos, objeto de proteção, nas relações do CDC, pela ação civil coletiva, o que não deixa de ser um avanço.

Na prática, a diferença entre um mandado de segurança coletivo, visando à proteção de direitos individuais homogêneos, e um mandado de segurança individual com pluralidade de impetrantes estará fundada principalmente na própria identidade daquele que propõe o remédio constitucional, uma associação ou sindicato, no primeiro caso, embora representando um número de pessoas determinadas ou determináveis, e estas próprias pessoas, embora em conjunto, no segundo caso, mas sem a intermediação daquelas entidades, que participarão, quando muito, apenas prestando assistência jurídica.

18.5.1.2. Mandado de segurança preventivo e mandado de segurança repressivo

Ainda quanto às espécies de mandado de segurança, é tradicional a distinção entre mandado de segurança “repressivo” e mandado de segurança “preventivo”.

Na verdade, é o fim buscado na ação mandamental que terá esse ou aquele caráter. Será repressivo o mandado de segurança propriamente dito, ou seja, aquele que visa anular, tornar sem efeito ou cessar uma ilegalidade já cometida, ainda que esta não tenha produzido todos os seus efeitos. Já o mandado de segurança preventivo existe para impedir que a ilegalidade seja praticada, ou seja, para prevenir a ocorrência desta. Claro que, até para atendimento da condição da ação interesse de agir, a ação mandamental deve pressupor a prática de atos concretos que se materializem como indicação ou preparação do ato ilegal que se quer prevenir, daí por que a própria Lei, em seu art. 1.º, prevê o cabimento da ação também para aquele que tem um *justo receio* de sofrer com ilegalidade ou abuso de poder praticado por autoridade pública²⁴.

18.5.1.3. Objeto da ação e caráter residual

O mandado de segurança visa à proteção de *direito líquido e certo*, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, contra *ato ilegal ou com abuso de poder* praticado por autoridade.

Vê-se, então, primeiramente, que é uma *ação residual* em relação ao *habeas corpus* e ao *habeas data*, que também são ações mandamentais e considerados remédios cons-

24. Exemplo clássico é o da impetração, pelo contribuinte, de ação mandamental visando obstar o lançamento fiscal, quando já existente normatização da Administração Tributária, no sentido de considerar certa parcela como tributável ao arrepio da lei ou da Constituição. Nesse sentido, vide STJ, REsp 847.679/RJ, 1.ª T., Rel. Min. Luiz Fux, j. 23.09.2008.

titucionais. Assim, se a finalidade da ação é a proteção de direito líquido e certo que envolve a liberdade de locomoção, a via adequada é o *habeas corpus*, e não o mandado de segurança. Da mesma forma, se a finalidade da ação é a proteção de direito líquido e certo que envolva o direito de informação ou retificação de dados relativos à pessoa do impetrante, a via adequada é o *habeas data*.

Com relação às outras ações, a pessoa do impetrante pode optar entre exercer seu direito via mandado de segurança, caso satisfaça os requisitos processuais necessários, ou por outra via judicial adequada.

18.5.1.4. Direito líquido e certo

Requisito essencial do mandado de segurança é o chamado direito líquido e certo, que, para boa parte da doutrina e jurisprudência, corresponde ao *próprio objeto da ação*, ao passo que para outros tantos significa apenas uma *condição de procedibilidade desta*.

Ao que parece, tem prevalecido o entendimento de que direito líquido e certo diz respeito à demonstração cabal, por *prova pré-constituída*, do direito que se pretende ver protegido. Não há como negar que envolve a análise do próprio mérito da questão, mas restrito à presença ou ausência da prova cabal quanto ao direito, de forma que a denegação da segurança por ausência de demonstração do direito líquido e certo deve ser estremada da hipótese de denegação por inexistência mesmo do direito.

Como consequência disso, a simples ausência de prova, em se tratando de mandado de segurança, deve permitir a rediscussão do tema por outra via judicial, nos mesmos termos do disposto no *art. 19 da Lei 12.016/2009*. Não se aplicaria aqui, portanto, o princípio da eventualidade, até porque há claras limitações legais à própria produção da prova em sede mandamental.

18.5.1.5. Restrições legais à utilização do mandado de segurança

A Lei 12.016/2009 prevê três hipóteses em que o mandado de segurança não deve ser utilizado (art. 5.º). São situações de não cabimento mesmo, embora o legislador tenha se utilizado da expressão “não se concederá”.

A primeira hipótese é a de *existência de recurso administrativo com efeito suspensivo* ainda cabível, desde que não sujeito a caução. A parte não é obrigada a interpor recurso administrativo, mas, se não o fizer, só haverá sentido na utilização da ação mandamental se já superado o prazo de interposição do recurso, pois, até então, a decisão não poderá ser executada e, logo, não poderá produzir efeitos. É claro que, se o recurso cabível não tiver efeito suspensivo, assim como se estiver sujeito à prestação de caução, a ação mandamental já poderá desde logo ser proposta. A nós parece que essa vedação, no entanto, pode ser facilmente contornada com o uso do mandado de segurança preventivo, que não está sujeito à produção de lesão para sua proposição.

A segunda hipótese é semelhante à primeira, só que transposta para a esfera judicial (*interposição de recurso com efeito suspensivo, contra decisão judicial*), sendo certo ser rara atualmente a utilização do mandado de segurança no processo civil comum, em vista da previsão de atribuição de efeito suspensivo que se pode dar ao recurso de agravo de instrumento (art. 1.019, I, do CPC/2015). Não se concebe, no entanto, a simples rejeição genérica

ao uso do instrumento contra qualquer decisão judicial, como anteriormente concebido na já vetusta **Súmula 267 do STF**, visto que, não havendo recurso possível ou não sendo este dotado de efeito suspensivo, pode ser cabível o uso do mandado de segurança contra atos judiciais ilegais ou abusivos, como sói ainda hoje acontecer no processo trabalhista.

Já a terceira hipótese impede a utilização da ação *contra decisões judiciais transitadas em julgado*, pela simples razão de que o mandado de segurança não é um substitutivo da ação rescisória²⁵.

18.5.1.6. Legitimação ativa

Qualquer pessoa, natural ou jurídica, privada ou pública, pode figurar como autora de um mandado de segurança, ou, como se diz mais corriqueiramente, como sua impetrante. Também se garante tal direito às chamadas pessoas formais, conforme admitido pelo art. 75, V, VII e XI do CPC (espólio, massa falida, condomínios etc.). É a chamada *personalidade judiciária*, distinta da noção do direito privado de personalidade jurídica.

Caso particular é o de certos órgãos públicos que, embora não dotados de personalidade jurídica, são admitidos a manejar mandado de segurança, desde que tenham como objetivo a *defesa de suas prerrogativas institucionais*, sendo já bastante pacificada, por exemplo, a jurisprudência que reconhece a legitimação das Câmaras de Vereadores para impetrar mandado de segurança visando obstar atuações invasivas do Executivo municipal²⁶. Fora esses casos, a legitimidade será da instituição à qual pertencerem os respectivos órgãos²⁷.

No mandado de segurança coletivo a legitimação ativa é regida pelo inc. LXX do art. 5.º da CF/1988, que a atribui a partido político, com representação no Congresso Nacional, e a organização sindical²⁸, entidade de classe²⁹ ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados. Observe-se que a exigência de funcionamento há pelo menos um ano só existe para as associações.

Importante registrar que tanto o STJ quanto o STF admitem que a pretensão veiculada em mandado de segurança coletivo só interesse a uma parte da respectiva categoria representada. Nesse sentido, dispõe a **Súmula 630 do STF** que “*a entidade de classe tem legitimação para o mandado de segurança ainda quando a pretensão veiculada interesse*

25. Nesse sentido a **Súmula 268 do STF**: “Não cabe mandado de segurança contra decisão judicial com trânsito em julgado”.

26. O STJ já reconheceu, inclusive, a legitimação de Câmara de Vereadores para atuar em caso de omissão do Executivo quando afetados os direitos do Município, como no caso em que se discutia a municipalização de escolas estaduais (RMS 12.068/MG, 2.ª T., Rel. Min. Peçanha Martins, j. 17.09.2002).

27. O STJ entendeu não ter legitimidade a Câmara de Vereadores, por exemplo, para discutir a incidência de contribuição previdenciária, via mandado de segurança, sobre os subsídios de vereadores (REsp 696.561/RN, Rel. Min. Luiz Fux, j. 06.10.2005). Da mesma forma se entendeu não ser possível à Assembleia Legislativa recorrer de decisão em mandado de segurança em que se discutiam direitos estatutários de seus servidores (REsp 918.740/ES, 5.ª T., Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 23.09.2008).

28. Pode ser sindicato, federação sindical ou confederação sindical.

29. Nesse conceito se inserem os conselhos de fiscalização profissional, assim como a OAB.

apenas a uma parte da respectiva categoria”. Não obstante, se da eventual concessão da ordem puder ocorrer prejuízo para uma parcela dos sindicalizados, não haverá legitimidade da entidade de classe para o mandado de segurança coletivo, ante a existência de nítido conflito de interesses³⁰.

18.5.1.7. Legitimação passiva e autoridade coatora

Sempre se questionou, na doutrina, se a autoridade coatora ostentaria, também, a condição de sujeito passivo da relação processual. O entendimento hoje majoritário é de que a pessoa jurídica ao qual pertence a dita autoridade é que corresponde ao sujeito passivo da relação processual ou réu da ação, figurando a autoridade coatora como sua presentante. Até pouco tempo era comum se dizer que a autoridade coatora atuava como substituto processual da entidade à qual estava vinculada³¹.

A Lei atual parece ter sufragado esse entendimento, uma vez que determina a obrigatoriedade de ciência da ação ao órgão de representação judicial da pessoa jurídica interessada, além da tradicional notificação da autoridade coatora, de forma que aquela pode ingressar no feito (art. 7.º, II).

Quanto à autoridade coatora, corresponde ela à pessoa que editou ou baixou a ordem tida por ilegal ou abusiva e, logo, aquela que tem o poder de fazer cessar, no âmbito administrativo, a mesma ordem. Mesmo que a autoridade coatora possua um superior hierárquico, cabe à primeira figurar no mandado de segurança se foi dela o ato impugnado, só se admitindo a chamada “teoria da encampação” com a apresentação de informações pelo superior se, além da existência de vínculo hierárquico, a transmutação da autoridade não importar em modificação da competência estabelecida na Constituição Federal para o julgamento do MS e, nas informações, o superior houver se manifestado sobre o mérito da ação³².

18.5.1.7.1. Autoridade coatora e órgão colegiado

A determinação da autoridade coatora nem sempre é tão simples. Quando o ato deriva de decisão de órgão colegiado, por exemplo, já se entendeu que a autoridade coatora a ser apontada deveria ser seu presidente.

Atualmente, resta pacificado, na jurisprudência do STJ, que, se o ato foi do colegiado, é o colegiado que deve figurar como autoridade coatora, ainda que, por questão operacional, as informações sejam prestadas por seu presidente, como representante daquele³³. Em decorrência desse entendimento, o STJ entendeu não lhe competir julgar mandado de segurança contra ato praticado por órgão colegiado presidido por ministro de Estado, uma vez que a autoria do ato não é deste, com exclusividade, mas do colegiado³⁴.

30. STJ, RMS 41.395/BA, 2.ª T., Rel. Min. Herman Benjamin, j. 11.04.2013, e STJ, RMS 23.686/ES, 6.ª T., Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 17.08.2010.

31. STJ, REsp 753.423/BA, 5.ª T., Rel. Min. Laurita Vaz, j. 26.05.2009.

32. STJ, REsp 967.984/RJ, 1.ª T., Rel. Min. Luiz Fux, j. 14.04.2009.

33. STJ, RMS 30.139/MG, 5.ª T., Rel. Min. Felix Fischer, j. 04.12.2009.

34. *Súmula 177 do STJ*: “O Superior Tribunal de Justiça é incompetente para processar e julgar, originariamente, mandado de segurança contra ato de órgão colegiado presidido por ministro de Estado”.

18.5.1.7.2. Autoridade coatora e executor material do ato

Por fim, não se pode confundir autoridade coatora com o mero executor material do ato, ou seja, aquele que o implementa sem proceder a qualquer juízo de valor sobre seu cabimento, cumprindo o que foi ordenado pela primeira. Conforme entendimento do STJ, coatora é a autoridade que pratica ou ordena concreta e especificamente a execução ou inexecução do ato impugnado, não se confundindo com esta o simples executor material do ato, que apenas cumpre as ordens do primeiro³⁵.

Por outro lado, há uma tendência, modernamente, de se mitigar o rigorismo formal do apontamento correto da autoridade coatora, que é considerado um erro sanável e, por vezes, corrigível até mesmo de ofício, para permitir ao juiz, sempre que possível, o exame da ilegalidade alegada³⁶. Deveras, há uma clara flexibilização quanto à aferição da condição da ação *legitimidade*, seja com base na teoria da encampação (informações prestadas pela autoridade apontada como coatora), seja pela condescendência com a aparência de correta propositura (*error communis facit ius*).

18.5.1.8. Litisconsórcio e a figura do terceiro interessado

Não se admite em mandado de segurança a figura do assistente, por outro lado, é admissível o litisconsórcio, tanto ativo, quanto passivo.

A Lei atual, com o fito de obstar fraude processual, restringiu expressamente a figura do litisconsorte ativo ulterior, só admitindo o ingresso de litisconsorte ativo até o despacho da petição inicial (art. 10, § 2.º). Esse litisconsórcio, evidentemente, é de natureza facultativa, visto que, se fosse necessário, sua formação, ainda que ulterior, seria obrigatória.

Quando, por outro lado, a decisão a ser proferida afeta diretamente interesse de terceiro, caso comum, por exemplo, em demandas em que se requer o reposicionamento de colocação em concurso público, pode ser imprescindível o chamamento deste como terceiro interessado, para figurar na ação, no polo passivo da demanda, ao lado da autoridade coatora, não como coautor do ato que se atribui ser ilegal, mas como interessado na manutenção deste, visto que afetado na possibilidade de sua eventual desconstituição ou revisão³⁷. Nesses casos, o impetrante deve promover a citação desse litisconsorte necessário, sob pena de extinção do feito³⁸.

Deve-se, observar, no entanto, que, no exemplo proposto, nem sempre esse chamamento se faz necessário em relação a todos os integrantes do certame, devendo-se observar, por evidente, o número de vagas ofertadas no edital em relação ao número de aprovados,

35. STJ, RMS 29.310/GO, 2.ª T., Rel. Min. Eliana Calmon, j. 04.06.2009. No mesmo sentido, vide RMS 29.773/DF, 5.ª T., Rel. Min. Jorge Mussi, j. 20.10.2009 e MS 11.052/DF, Corte Especial, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 04.10.2006.

36. STJ, REsp 865.391/BA, 1.ª T., Rel. Min. Luiz Fux, j. 10.06.2008. Observe-se, no entanto, que, ao julgar os Embargos de Divergência opostos nesse especial, o STJ entendeu por não adotar a teoria da encampação (1.ª Seção, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 14.10.2009).

37. STJ, Ação Rescisória 3.646/MG, 1.ª Seção, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 12.11.2008.

38. *Súmula 631 do STF*: “Extingue-se o processo de mandado de segurança se o impetrante não promove, no prazo assinado, a citação do litisconsorte passivo necessário”.

visto que eventual reclassificação de um candidato não necessariamente afetará a todos os classificados.

18.5.1.9. Autoridade coatora e atuação por delegação

O mandado de segurança pressupõe a prática de ilegalidade ou abuso de poder por parte de autoridade pública, ou seja, de alguém vinculado ao Poder Público que esteja exercendo poder decisório. Por vezes, no entanto, esse poder decisório é exercido por particular por delegação do Poder Público³⁹.

Nesses casos, o particular pode ostentar a condição de autoridade coatora, figurando no mandado de segurança como tal. Daí por que o § 1.º do art. 1.º da Lei 12.016/2009 estabelece que “equiparam-se às autoridades, para os efeitos desta Lei, os representantes ou órgãos de partidos políticos e os administradores de entidades autárquicas, *bem como os dirigentes de pessoas jurídicas ou as pessoas naturais no exercício de atribuições do poder público, somente no que disser respeito a essas atribuições*”.

18.5.1.10. Competência para julgamento do mandado de segurança

18.5.1.10.1. A regra geral da competência funcional em razão da autoridade (*ratione autoritatis*)

Em se tratando de mandado de segurança, a jurisprudência nacional, na ausência de regra específica na legislação de regência, criou entendimento que excepcionava a regra geral da relatividade da competência territorial, prevista anteriormente nos arts. 102 e 111 do CPC/73, para sufragar a posição de que a determinação do local onde deva ser proposta a ação mandamental é questão de *competência funcional*, logo, de natureza absoluta, e está sempre vinculada ao *domicílio funcional* da autoridade apontada como coatora.

Assim, já decidiu o STJ:

“Processual civil. Mandado de segurança. Competência absoluta. Autoridade impetrada.

A competência para julgamento de mandado de segurança é definida de acordo com a categoria e a sede funcional da autoridade impetrada, tratando-se, nestes termos, de competência absoluta e, como tal, improrrogável.

Recurso conhecido e provido” (STJ, REsp 257.556/PR, 5.ª T., Rel. Min. Felix Fischer, j. 11.09.2001).

Na verdade, a competência em mandado de segurança é, por assim dizer, primariamente determinada pela autoridade apontada como coatora. Esse entendimento acaba tendo um efeito bastante prático, pois concentra as ações numa mesma base territorial, possibilitando à autoridade coatora, ainda, maior facilidade na prestação de informações.

39. Exemplo comum é o de diretor de faculdade particular de ensino no que tange aos atos de colação de grau. Atuação que se dá por delegação do Ministério da Educação. Vide, também, o enunciado da *Súmula 510 do STF*: “Praticado o ato por autoridade, no exercício de competência delegada, contra ela cabe o mandado de segurança ou a medida judicial”.

Observe-se que o novo CPC, estranhamente, não contém mais regra definidora de competência absoluta e competência relativa, embora continue prevendo-as, e com efeitos distintos. Essa opção, talvez motivada pela existência de exceções às regras gerais anteriores, como no caso da competência territorial do *forum rei sitae* nas ações sobre direitos reais incidentes sobre imóveis e da autoridade funcional no mandado de segurança, não nos parece ter sido boa, vez que a legislação manteve inúmeros caracteres distintivos entre os institutos, sem dar-lhes qualquer contorno conceitual. Não bastasse isso, ainda trouxe disposições sem qualquer sentido prático e que atentam contra a lógica que havia no sistema, como a disposição que autoriza ao órgão do Ministério Público atuante no feito suscitar a incompetência relativa, mesmo quando a parte não o faz (art. 65, parágrafo único).

18.5.1.10.2. Autoridades com prerrogativa de foro em mandado de segurança

Algumas autoridades possuem *prerrogativa de foro* nas ações mandamentais, de modo que a competência para o julgamento destas é deferido, pela Constituição Federal, a determinadas Cortes, como é o caso do *Supremo Tribunal Federal (STF)* quando a autoridade coatora for o Presidente da República, as Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, o Tribunal de Contas da União (tanto o Plenário quanto seus ministros), o Procurador-Geral da República e o próprio STF (art. 102, I, *d*, da CF/1988).

Com a Emenda Constitucional nº 45/2004 foi acrescentada a alínea *r* ao inciso I do art. 102 da Magna Carta, para conferir ao STF a competência para processar e julgar qualquer ação contra o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), aí incluídos, por evidente, os mandados de segurança.

O STF, no entanto, acabou criando uma jurisprudência seletiva e utilitarista na matéria ao julgar a Ação Originária 1.706 (Pleno, rel. Min. Celso de Mello), fixando a tese, contra texto expresso da Carta Magna, que a tal competência originária só existiria para as ações mandamentais constitucionais (mandado de segurança, de injunção, *habeas data* etc), o que foi reafirmado em outros julgamentos mais recentes, como na AO 1.758 AgR/CE (1ª Turma, rel. Min. Rosa Weber).

De qualquer modo, em se tratando de mandado de segurança, a Corte reconhece sua competência, e tem julgado as ações independentemente do conteúdo material do ato do CNJ impugnado. Para citar apenas um exemplo, em recente julgamento a Corte denegou a segurança em ação que visava anular ato do CNJ que considerara ilegal a atribuição de sessenta dias de férias a todos os servidores de tribunal de justiça estadual (2ª Turma, MS 26.739/DF, rel. Min. Dias Toffoli, divulgado no *Informativo 816*)

A Constituição Federal também determina expressamente a competência do *Superior Tribunal de Justiça* para julgar mandado de segurança quando a autoridade coatora for Ministro de Estado, os Comandantes da Marinha, do Exército ou da Aeronáutica e o próprio STJ (art. 105, I, *b*, da CF/1988). A competência originária do STF também se aplica, pela generalidade da disposição, nos casos em que o mandado de segurança for contra ato do CNJ ou do CNMP (art. 102, I, *r*)⁴⁰.

40. O próprio STF, no entanto, já entendeu que não cabe o MS quando o CNJ se limita a proferir deliberação negativa, negando pedido de providências contra decisão administrativa de tribunal

A CF/1988 também prevê regra específica de competência para os *tribunais regionais federais*, atribuindo-lhes o julgamento dos mandados de segurança contra atos do próprio tribunal e dos juízes federais a eles vinculados (art. 108, I, c).

A CF é omissa, no entanto, com relação à competência originária dos demais tribunais federais (trabalhistas, eleitorais e militares), suscitando dúvidas quanto à competência nos casos de contestação à atuação de seus órgãos administrativos.

Tem prevalecido, no pormenor, o entendimento de que a competência será da justiça federal comum, quando a autoridade não for membro componente da Corte especializada (diretor-geral, secretário-geral etc.); e do respectivo tribunal especializado, por aplicação do art. 21, VI, da LOMAN⁴¹, quando for membro da Corte (seu Presidente, por exemplo), ainda que a matéria não tenha relação com sua competência jurisdicional (v.g., a contestação quanto à incidência de um tributo, determinada pela presidência de uma corte trabalhista, sobre a remuneração de seus servidores), prevalecendo a regra geral de competência *ratione auctoritatis* do mandado de segurança.

Autoridades estaduais e, por vezes, municipais podem ter competência por prerrogativa determinada nas Constituições Estaduais⁴². Comumente, as Constituições Estaduais atribuem ao Tribunal de Justiça respectivo a competência para o julgamento de mandados de segurança contra atos de Governadores de Estado, Secretários estaduais, Comandantes-Gerais da PM, Procuradores-Gerais estaduais e Procuradores-Gerais de Justiça, mesas da Assembleia Legislativa etc.

Em princípio, a regra estadual só deveria vincular a própria Justiça Estadual, cedendo frente à competência material do Judiciário da União, que é fixada diretamente na Constituição Federal. No máximo, admitir-se-ia a aplicação do princípio da simetria, como ocorre em matéria penal. Mas, mesmo aqui, tem-se entendido prevalecer a regra *ratione auctoritatis*, sendo irrelevante a matéria em discussão⁴³.

local, o que não deixa de ser esdrúxulo, indo contra o que se apregoa como mais elementar em matéria de mandado de segurança envolvendo atos sujeitos a revisão. A tese tem sentido mais utilitarista, impedindo, assim, que a Corte Suprema receba uma plethora de ações decorrentes de sua nova competência (Ag. Reg. no MS 27.712/DF, Pleno, Rel. Min. Celso de Mello).

41. Lei Orgânica da Magistratura Nacional (Lei Complementar 35/1979). No mesmo sentido, *Súmula 330 do STF*: “O Supremo Tribunal Federal não é competente para conhecer de mandado de segurança, contra atos dos Tribunais de Justiça dos Estados”; *Súmula 624 do STF*: “Não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer originariamente de mandado de segurança contra atos de outros tribunais”; *Súmula 41 do STJ*: “O Superior Tribunal de Justiça não tem competência para processar e julgar, originariamente, mandado de segurança contra ato de outros tribunais ou de seus respectivos órgãos”.
42. No caso do TJDF, como a Justiça do Distrito Federal e Territórios é mantida pela União, é uma lei federal (Lei 11.697/2008) que estabelece a competência da referida Corte, atribuindo-lhe, em mandado de segurança, a competência para processar e julgar os MS contra atos do presidente do tribunal e de qualquer dos seus membros, do Procurador-Geral de Justiça do Distrito Federal e Territórios, dos juízes do Distrito Federal e Territórios, do Governador do DF, dos Governadores dos Territórios Federais, do Presidente do TC/DF e de qualquer de seus membros, do Procurador-Geral do DF e dos Secretários de Governo do DF e dos Territórios (art. 8.º, I, c).
43. STJ, Conflito de Competência 107.198/SP, 1.ª Seção, Rel. Min. Luiz Fux, em que se decidiu que cabia ao TJ julgar mandado de segurança impetrado pela OAB contra ato de prefeito municipal. A hipótese inversa também é correta, conforme decidido pela mesma 1.ª Seção no CC 111.123/ES, Rel. Min. Castro Meira, em que se reconheceu a competência da Justiça Federal para o julgamento

18.5.1.10.3. Competência em razão da matéria

Em relação à matéria, a competência para o julgamento do MS obedecerá à competência de cada ramo do Judiciário, de modo que até mesmo as Justiças especializadas poderão julgar tais ações, embora quase sempre tendo como autoridades coatoras os próprios juízes e tribunais.

A Emenda Constitucional 45/2004, no entanto, passou para a Justiça do Trabalho a competência para o julgamento de ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores por órgãos de fiscalização do trabalho (art. 114, VII), o que era, até então, de competência da Justiça Federal comum. Essa nova competência abarca, por evidente, os mandados de segurança (art. 114, IV), ampliando consideravelmente as hipóteses de julgamento desse tipo de ação nessa justiça especializada. Outra possível fonte originária de tais ações são as relações sindicais, que também passaram para a alçada da Justiça Laboral com a Emenda Constitucional 45 (art. 109, III), quando se puder determinar que o ato decorre de delegação do poder público⁴⁴, não se limitando a mero ato de gestão.

A competência dos tribunais do trabalho para o julgamento de mandados de segurança está determinada na Lei 7.701/1988. A dos tribunais eleitorais se encontra no Código Eleitoral (Lei 4.737/1965), e a dos órgãos da Justiça Militar da União, na respectiva lei organização (Lei 8.547/1992).

Fora tais hipóteses e a já mencionada anteriormente, envolvendo competências originárias das Cortes, qualquer *autoridade coatora federal* será demandada na Justiça Federal comum de primeira instância, por força do art. 109, VIII, da CF/1988.

A CF não define, no entanto, o que se entende por autoridade federal, encontrando-se o conceito no *art. 2.º da Lei 12.016/2009*, que a define como tal quando “as consequências de ordem patrimonial do ato contra o qual se requer o mandado houverem de ser suportadas pela União ou entidade por ela controlada”.

O conceito atual é mais amplo do que o que constava na Lei 1.533/1951, que só aludia à União e entidades autárquicas federais, de modo que, em tese, até mesmo atos atribuídos a dirigentes de entidades sem prerrogativa de foro geral na Justiça Federal, como sociedades de economia mista, podem ser nela demandados, se por meio de mandado de segurança o forem.

Nesse último caso, o que mais será relevante, então, para determinar a competência, é saber se é cabível a própria ação mandamental, analisando-se a natureza do ato, se de gestão ou de império⁴⁵, visto que, em relação aos primeiros, o mandado de segurança não

de MS contra ato do INSS, mas em matéria de benefício acidentário, que seria, em princípio, da competência da justiça estadual.

44. Observe-se que tal competência não compreende as relações sindicais dos servidores públicos, na esteira da decisão proferida pelo STF na ADIn 3.395 (STJ, CC 97.124/SP, 1.ª Seção, Rel. Min. Teori Zavascki).

45. STJ, AgRg no CC 80.270/PA, 1.ª Seção, Rel. Min. Denise Arruda, em que se discutiu a competência quanto a mandado de segurança impetrado contra dirigente de Companhia Docas. Em matéria de licitações, tem-se entendido que o ato sempre é considerado como sendo de autoridade (STJ, REsp 789.749/RS, 1.ª T., Rel. Min. Luiz Fux).

é cabível. Havendo a indicação de autoridade federal como autoridade coatora, caberá sempre ao juiz federal decidir sobre a competência, na esteira da *Súmula 150 do STJ*⁴⁶.

18.5.1.11. Procedimento e particularidades processuais

18.5.1.11.1. Mandado de segurança como ação de rito especial

O mandado de segurança é uma ação de cognição que admite, no entanto, a execução das medidas judiciais nele deferidas em seu próprio bojo, sem distinção clara entre fases de conhecimento e executiva, distinção esta, aliás, que tem sido abandonada mesmo no processo civil de rito ordinário. A ação judicial tem um *rito especial*, regido pela Lei 12.016/2009, somente se aplicando a legislação processual civil comum de forma subsidiária. Em alguns casos, a lei prevê expressamente a adoção de tais regras, como no caso daquelas atinentes ao litisconsórcio (art. 24).

18.5.1.11.2. Petição inicial e despacho inicial no mandado de segurança

A petição inicial deve atender aos requisitos da lei processual (arts. 319 e 320 do CPC) e mais os expressos no art. 6.º da Lei 12.016/2009, sendo importante destacar a possibilidade de o juiz requisitar da autoridade administrativa o documento ou certidão necessários à prova do alegado (§ 1.º). Não atendendo aos requisitos legais, se já ultrapassado o prazo para a impetração ou se for manifestamente incabível, o juiz indefere desde logo a inicial (art. 10, *caput*).

Quando despacha a inicial, estando esta em ordem, o juiz já deve determinar uma série de providências (art. 7.º), como a *notificação da autoridade coatora* para prestação de informações em dez dias, a *cientificação do órgão de representação judicial* da pessoa jurídica interessada, para que, querendo, ingresse no feito, e a *concessão da medida liminar*, antecipando a providência buscada, se entender presentes os requisitos do fundamento relevante e da possibilidade de ineficácia futura da medida, este último equivalente ao *periculum in mora* das cautelares.

18.5.1.11.3. Medida liminar em mandado de segurança

A possibilidade de concessão de liminar é um importante diferencial da ação, que lhe garante muito de sua efetividade, embora a lei preveja restrições à sua concessão, repetindo a legislação pretérita, como na hipótese de compensação tributária, reclassificação ou equiparação de servidores públicos e concessão de aumento ou extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza a estes e entrega de mercadorias provenientes do exterior (art. 7.º, § 2.º)⁴⁷. Ressalte-se que é apenas a concessão da liminar que é restringida, e não a utilização da via mandamental.

46. *Súmula 150 do STJ*: “Compete à Justiça Federal decidir sobre a existência de interesse jurídico que justifique a presença, no processo, da União, suas autarquias ou empresas públicas”.

47. Essas restrições foram originalmente estipuladas nas Leis 4.348/1964 e 5.021/1966.

Em se tratando de mandado de segurança coletivo, a liminar só pode ser deferida após a audiência (oitiva) do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que terá o prazo de 72 horas para se manifestar (art. 22, § 2.º).

Os efeitos da liminar concedida perdurarão, salvo se revogada ou cassada, até a prolação da sentença (art. 7.º, § 3.º). A dicção da lei é péssima, por dar a entender que com a sentença os efeitos da liminar cessariam. Na verdade, o que se quis dizer é que a liminar é substituída pela sentença, que deve revogá-la ou torná-la insubsistente, caso a segurança seja denegada, ou confirmá-la, caso concedida, de modo que a sentença substitua a liminar, podendo ela, a própria sentença, ser executada (art. 14, § 3.º), caso a liminar ainda não o tenha sido.

18.5.1.11.4 Perempção ou caducidade da medida liminar concedida

Havendo retardamento pelo próprio impetrante ao andamento normal do processo, deve o juiz intimá-lo para, no prazo de três dias, tomar as providências que lhe competirem (indicação do endereço de um litisconsorte necessário, por exemplo), sob pena de ser declarada a perempção ou caducidade da liminar concedida (art. 8.º).

18.5.1.11.5 Liminar deferida e sentença denegatória

Com a não confirmação da liminar por sentença, o efeito óbvio é a cessação dos efeitos daquela, ainda que a sentença não a revogue expressamente (o que nem sempre é bem compreendido), visto que a liminar, por sua natureza precária, depende de confirmação pela sentença. Esse é exatamente o entendimento sufragado de há muito pelo STF, de acordo com sua **Súmula 405**: “Denegado o mandado de segurança pela sentença, ou no julgamento do agravo, dela interposto, fica sem efeito a liminar concedida, retroagindo os efeitos da decisão contrária”.

18.5.1.12. Participação do MP no processo de mandado de segurança

A participação do MP é obrigatória no mandado de segurança (art. 12), que deve se manifestar no prazo de dez dias, mas, não se manifestando, o feito vai a julgamento independentemente de tal manifestação.

18.5.1.13. Prioridade de julgamento

O MS tem *prioridade de julgamento* garantido na Lei, salvo em relação ao *habeas corpus* (art. 20, *caput*).

18.5.1.14. Despesas processuais e honorários advocatícios

As despesas com a propositura da ação, como as custas judiciais, são reguladas nos respectivos regimentos de custas, federal ou estaduais, não havendo previsão constitucio-

nal de isenção, diferentemente do que ocorre para o *habeas corpus* e o *habeas data*. Não há, no entanto, condenação em honorários advocatícios de sucumbência no mandado de segurança, tendo a Lei, em seu art. 25, normatizado o que já vinha sendo entendido na jurisprudência⁴⁸.

18.5.1.15. Cobrança de valores em mandado de segurança

O mandado de segurança *não é a ação adequada para a reparação de prejuízos ou danos já ocorridos*, se voltando, primordialmente, para a cessação ou prevenção destes, quando decorrente ou em perigo por ato ou omissão ilegais de autoridade. Sendo assim, não se admite a cobrança de parcelas em atraso ou reparações financeiras por meio dessa ação, salvo, no primeiro caso, quando vencidas posteriormente à data de ingresso da ação⁴⁹.

18.5.1.16. Suspensão de segurança e recursos

18.5.1.16.1. Suspensão de segurança

A legislação ordinária, desde a **Lei 4.348/1964**, já previa o instituto da suspensão de segurança como forma de evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, que poderia decorrer tanto do cumprimento da liminar quanto da própria sentença proferida em mandado de segurança.

A partir dos anos 1990, foram consideravelmente ampliados os mecanismos para permitir, em processos de maior repercussão, a rápida suspensão das decisões proferidas em sede liminar ou até mesmo em sentenças tanto em mandados de segurança, inclusive coletivos, quanto em ações cautelares, civis públicas e populares (art. 4.º da Lei 8.437/1992). Em sede mandamental, a figura da suspensão de segurança foi repetida no **art. 15 da Lei 12.016/2009**, que tem requisitos próprios, limitando-se a etérea alegação de que a liminar ou a sentença, se executadas, podem causar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública.

O requerimento de suspensão pode ser formulado pela pessoa jurídica de direito público interessada ou pelo Ministério Público, e é formulado diretamente ao presidente do tribunal, com a possibilidade de agravo inominado para órgão colegiado da corte respectiva⁵⁰.

Não satisfeita com tal previsão, a legislação ainda prevê uma replicação do instituto, caso indeferida a suspensão pelo presidente do tribunal local, podendo ser novamente

48. *Súmula 105 do STJ*: “Na ação de mandado de segurança não se admite condenação em honorários advocatícios”; *Súmula 512 do STF*: “Não cabe condenação em honorários de advogado na ação de mandado de segurança”.

49. *Súmula 269 do STF*: “O mandado de segurança não é substitutivo de ação de cobrança”; *Súmula 271 do STF*: “Concessão de mandado de segurança não produz efeitos patrimoniais em relação a período pretérito, os quais devem ser reclamados administrativamente ou pela via judicial própria”.

50. O STJ, inclusive, cancelou sua Súmula 217, que inadmitia o agravo interno contra decisão que indeferia o pedido de suspensão.

formulado o pedido diretamente à presidência do STJ ou do STF, conforme o caso (art. 15, § 1.º, da Lei 12.016/2009)⁵¹.

Questão interessante é quanto ao efeito da suspensão e a superveniência da sentença. Ou seja, se a suspensão, por exemplo, da liminar, continuaria vigorando após a prolação da sentença concessiva que confirmasse a liminar anteriormente concedida e posteriormente suspensa. O entendimento atual, com base na *Súmula 626 do STF*⁵², é que a suspensão irá vigorar até o trânsito em julgado da decisão concessória da segurança.

18.5.1.16.2. Agravo de instrumento e apelação

Sem embargo do mecanismo de suspensão, a liminar concedida fica sujeita a ataque por via do agravo de instrumento, não prejudicando este o conhecimento e o julgamento do pedido de suspensão (art. 15, § 3.º, da Lei 12.016/2009).

A negativa quanto à concessão da medida liminar pode ensejar, também, a interposição de agravo de instrumento em que se busque o chamado “efeito suspensivo ativo”, que nada mais é do que a concessão da liminar em segunda instância, quando negada na primeira.

Quanto à sentença, o recurso cabível é sempre o de apelação (art. 14 da Lei 12.016/2009), mantendo a legislação atual o anacrônico instituto da remessa de ofício para as hipóteses de concessão, apenas concessão, da segurança (art. 14, § 1.º).

18.5.1.16.3. Recursos especial e extraordinário. Recurso ordinário em mandado de segurança

Das decisões da corte local em sede recursal poderá caber, conforme o caso, recurso especial ou extraordinário (ou de revista, no caso da seara trabalhista), a depender da natureza infraconstitucional ou constitucional da discussão (no de revista, ambas as matérias podem ser levadas ao TST).

No entanto, se a competência for originária de tribunal estadual ou regional federal, e a decisão for denegatória, o recurso cabível é o ordinário em mandado de segurança, para o STJ, nos termos do art. 105, II, *b*, da CF/1988⁵³. Já se a competência for originária de tribunal superior (STM, STJ, TST ou TSE), e a decisão for igualmente denegatória da segurança, o recurso ordinário será dirigido ao STF (art. 102, II, *a*, da CF/1988).

51. Essa inovação já constava da Lei 8.437/1992, com a inclusão de seu § 4.º ao art. 4.º pela Medida Provisória 2.180-35/2001.

52. *Súmula 626 do STF*: “A suspensão da liminar em mandado de segurança, salvo determinação em contrário da decisão que a deferir, vigorará até o trânsito em julgado da decisão definitiva de concessão da segurança ou, havendo recurso, até sua manutenção pelo Supremo Tribunal Federal, desde que o objeto da liminar deferida, coincida, total ou parcialmente, com o da impetração”.

53. O art. 3.º, III, *a*, da Lei 7.701/1988 atribui ao TST o julgamento dos recursos ordinários em qualquer processo de competência originária de TRT, sendo possível, portanto, na área trabalhista, a interposição de tal recurso mesmo que a decisão tenha sido concessiva da segurança, desde que o mandado de segurança tenha sido originariamente proposto no TRT.

A não concessão da segurança também é causa específica de recurso dos TREs para o TSE (art. 121, § 4.º, V, da CF/1988), embora a Constituição não esclareça se se trata de competência originária ou não daqueles⁵⁴.

18.5.1.16.4 Embargos infringentes. Não cabimento

O CPC/73 previa, em seu art. 530, a possibilidade de interposição de um recurso chamado embargos infringentes contra os acórdãos não unânimes que tenham apreciado o mérito da demanda em julgamento de apelação. Com a reforma introduzida pela Lei 10.352/2001, o recurso só passou a ser cabível quando reformada a sentença apelada. O art. 25 da Lei 12.016/2009 repele expressamente a utilização desse recurso no processo de mandado de segurança, mantendo, assim, a natureza especial do rito também em sede recursal⁵⁵.

O CPC/2015, de qualquer modo, já não prevê mais este recurso.

18.5.1.16.5 Agravo inominado. Cabimento

A Lei do MS prevê a possibilidade de agravo da decisão do relator, no tribunal, que indefere o mandado de segurança originário (art. 10, § 1.º), de modo que se possa levar o conhecimento da matéria ao colegiado. A lei, no entanto, nada fala sobre a decisão que nega ou concede a liminar, vigorando o entendimento do STF, enunciado na **Súmula 622**, de que tal decisão é irrecorrível: “*Não cabe agravo regimental contra decisão do relator que concede ou indefere liminar em mandado de segurança*”. Quer nos parecer, no entanto, que a Súmula está mais dirigida ao próprio STF, de forma que, se o regimento interno de algum tribunal porventura prever o instituto, este poderá ser utilizado.

18.5.1.17. Prazo decadencial para a propositura da ação

A Lei atual manteve a regra que estabelece prazo para a impetração (art. 23), considerada a data da ciência da lesão ou violação do direito líquido e certo, fixando-o em 120 dias.

As tentativas precedentes de se considerar inconstitucional a instituição desse prazo esbarraram no entendimento jurisprudencial que o entendeu válido, cristalizado o mesmo no Enunciado da **Súmula 632 do STF**, que dispõe que “*é constitucional lei que fixa o prazo de decadência para a impetração de mandado de segurança*”.

54. O Código Eleitoral (Lei 4.737/1965), no entanto, esclarece que o recurso ordinário para o TSE só é cabível quando houver denegação (art. 276, II, *b*), dando a entender, ainda, que se trata de processo originário da corte regional, sendo possível o especial eleitoral, no entanto, nas hipóteses previstas no inciso I do mesmo artigo.

55. Ainda na vigência da Lei 1.533/1951, que não possuía regra tão clara, foi grande a discussão sobre esse tema, tendo prevalecido o entendimento jurisprudencial pelo não cabimento desse recurso. Nesse sentido, a **Súmula 597 do STF**: “*Não cabem embargos infringentes de acórdão que, em mandado de segurança, decidiu, por maioria de votos, a apelação*”.

Quando se trata de mandado de segurança preventivo, por evidente, não há prazo algum a ser considerado⁵⁶, pois a lesão sequer se efetivou, existindo, tão somente, elementos indicativos de que poderá vir a ocorrer.

Por fim, a simples propositura de pedido de reconsideração, na esfera administrativa, por ser o exercício de uma mera faculdade, não provoca a suspensão ou interrupção do prazo, que continua a fluir normalmente, conforme entendimento sufragado na **Súmula 430 do STF**: “*Pedido de reconsideração na via administrativa não interrompe o prazo para o mandado de segurança*”.

56.