

MAURO FERRANDIM

**DESCUMPRIMENTO DE SENTENÇA EM MANDADO DE
SEGURANÇA**

Trabalho de Conclusão do Curso de
Graduação em Direito da Universidade
Federal de Santa Catarina,
Departamento de Direito Público e
Ciência Política.

Orientador: Prof. George Daux

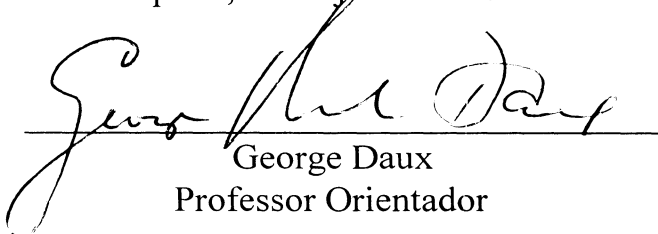
FLORIANÓPOLIS

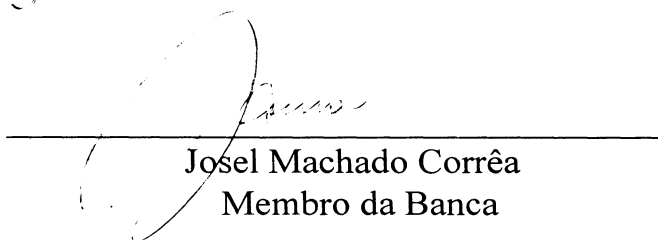
1996

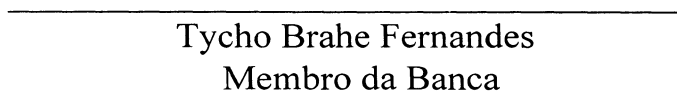
UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO PÚBLICO E CIÊNCIA POLÍTICA

A presente monografia intitulada DESCUMPRIMENTO DE SENTENÇA MANDAMENTAL, elaborada por MAURO FERRANDIM e aprovada pela banca examinadora composta pelos professores abaixo assinados, obteve a aprovação com nota 9,5 (nove e meio), sendo julgada adequada para o cumprimento do requisito legal previsto no artigo 9º da Portaria nº 1.886/94/MEC, regulamentado na UFSC pela Resolução nº 003/95/CEPE.

Florianópolis, 11 de julho de 1996.


George Daux
Professor Orientador


Josel Machado Corrêa
Membro da Banca


Tycho Brahe Fernandes
Membro da Banca

“De nada aproveitam leis, bem se sabe, não existindo quem as ampare contra os abusos; e o amparo sobre todos essencial é o de uma justiça tão alta no seu poder, quanto na sua missão”.

(Rui Barbosa)

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, pela amizade e dedicação, pelo estímulo e pela crença.

Ao grande amigo e professor Doutor Raulino Jacó Brüning pelo incentivo e apoio não só durante o desenvolvimento do presente trabalho, mas por todos os momentos.

Ao Professor George Daux pelo estímulo e pela disposição de orientar-me.

Ao Doutor Tycho Brahe Fernandes, que além de incentivador, discutiu criticamente o trabalho e ampliou consideravelmente o horizonte da pesquisa.

A todos os amigos que, embora não citados, foram importantes durante todo o trajeto percorrido.

A minha grande incentivadora, de todas as horas, Helen.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	01
CAPÍTULO I - O ESTADO DE DIREITO E A TRIPARTIÇÃO DOS PODERES	05
1. Introdução.....	05
2. Tripartição das Funções Estatais.....	07
3. O Estado de Direito	09
4. O Poder Judiciário e a Função Jurisdicional.....	11
CAPÍTULO II - EVOLUÇÃO HISTÓRICO-CONSTITUCIONAL DO MANDADO DE SEGURANÇA.....	14
CAPÍTULO III - DO MANDADO DE SEGURANÇA	19
1. Conceito.....	19

2. Condições da Ação de Mandado de Segurança.....	20
2.1. Legitimidade Ativa	20
2.2. Legitimidade Passiva.....	25
2.3. Direito Líquido e Certo.....	29
2.4. Abuso de Autoridade e Ilegalidade.....	33
2.5. Liminar.....	37
2.6. Sentença	41
CAPÍTULO IV - MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO.....	45
1. Noções Gerais do Instituto.....	45
CAPÍTULO V - DESCUMPRIMENTO DA SENTENÇA EM MANDADO DE SEGURANÇA.....	49
1. Introdução.....	49
2. No Âmbito Civil.....	52
2.1. Da Intervenção	52
2.2. O Ministério Público e sua Função Constitucional.....	56
3. No Âmbito Penal.....	59
3.1. O Princípio da Legalidade e da Tipicidade	59
3.2. Delito de Desobediência.....	61
3.3. Delito de Resistência	66
3.4. Delito de Prevaricação	67
3.5. Abuso de Autoridade	68
CONCLUSÕES.....	71
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	77

INTRODUÇÃO

A monografia que ora começa, vai tratar de um instituto que, sem sombra de dúvida, constitui uma das grandes contribuições ao Direito brasileiro, seja sob o ângulo estritamente processual, seja sob o aspecto político, constitucional e administrativo, o Mandado de Segurança.

A importância desse instituto e a sua relevância para o controle da atividade administrativa pública, apresenta problemas e questões que se renovam e que vem se acumulando. Apesar das dificuldades encontradas na sua correta aplicação, ele procura ser célere, ser expedito, pois nasceu com essa vocação. Mas a própria prática e o alargamento do seu emprego, do seu uso, é que vem justamente provocando novas questões, que têm um aspecto positivo porque surgem na medida em que se procura utilizar

o Mandado de Segurança para o enfrentamento de novas formas de abuso, de excesso, de desvio de poder, enfim de toda uma série de vícios que a atividade pública pode, infelizmente, ostentar.

Estamos no campo daquilo que há talvez de mais nobre, mais difícil em termos de atuação jurisdicional, qual seja a função de controle, pelo Judiciário, da atividade dos demais poderes, bem como do próprio Judiciário.

Mas de qualquer maneira essa atuação mandamental¹ do Judiciário demonstra que ele dá ordens aos demais poderes. Mandamento significa exatamente “ordem”, “comando”. E só dá ordens quem pode ter alguma forma de ingerência na atividade controlada. E isso é o que o Judiciário faz muito especialmente no campo do Mandado de Segurança e dos demais instrumentos que têm natureza mandamental, quais sejam, o *habeas corpus*, o *habeas data*, o mandado de injunção, dentre outras ações constitucionais.

O nosso sempre louvado Pontes de Miranda nos diz que toda vez que o juiz emite, expede, um mandamento em relação às outras atividades governamentais, ele está de certa forma exercendo essas outras parcelas da

¹ O termo “mandamental”, utilizado nesta monografia, refere-se às sentenças ou liminares, proferidas exclusivamente, em Mandado de Segurança.

atividade pública. Muito especialmente com relação à administração, se diz que expedir mandamentos em face da administração pública é, de alguma forma, também administrar. Ele diz que ação mandamental está no meio caminho entre o ato jurisdicional, ou seja, a atuação jurisdicional típica e a própria atividade administrativa.

Aliás, o instituto da ação de segurança, pouco a pouco vem sendo desnudado dos mistérios que em seu início o tornavam estranho, em face das ações comuns de nossa processualística. Hoje, ninguém mais duvida da natureza jurídica de ação na formulação do pedido de *writ*, como também ninguém hoje duvida da possibilidade de litisconsórcio, no pólo passivo, por parte de quem tenha jurídico interesse na manutenção do ato impugnado.

De outra banda, o ponto central da monografia a ser apresentada, diz respeito à natureza do comportamento caracterizado pelo descumprimento de ordem mandamental emanada judicialmente, por parte de funcionário público ou de quem a este for equiparado para os excogitados fins. Será o descumprimento uma mera desatenção processual, punível de acordo com as regras da codificação dos ritos? Ou

configurará um ilícito administrativo, sujeito às sanções destinadas à repressão de tais ocorrências? Ou será, deveras, uma infração penal?

CAPÍTULO I

O ESTADO DE DIREITO E A TRIPARTIÇÃO DOS PODERES

1. Introdução.

Desde há muito, mais precisamente desde Aristóteles, reconheceu-se que a atividade estatal é suscetível, em razão das diferenças que apresenta, de ser dividida num certo número de categorias, agrupando, cada qual, aqueles atos do Estado que apresentam, entre si, traços de uniformidade. Aristóteles já fixava em três essas categorias.

Vale, entretanto, notar que, seja a forma ou o conteúdo dos atos do Estado, eles são sempre fruto de um mesmo poder. Daí ser incorreto

afirmar-se a tripartição de poderes estatais, a tomar essa expressão ao pé da letra. É que o poder é sempre um só, qualquer que seja a forma por ele assumida. Todas as manifestações de vontade emanadas em nome do Estado reportam-se sempre a um querer único que é o próprio das organizações políticas estatais.

Segundo a doutrina, são três as funções estatais: legislativa, executiva e judiciária. Porém, durante um imenso lapso histórico, dominou sem contestação a vontade do monarca, que reunia em si mesmo as três funções, embora, por razões de ordem prática, estas pudessem vir a ser delegadas a prepostos, segundo o seu arbítrio.

Mas, a partir dos séculos XVII e XVIII, com Montesquieu, começou a aflorar uma formulação mais acabada e perfeitamente jurídica, da noção de Estado.

Para ele, em todo o Estado há atos cujo conteúdo se limita a atingir certos indivíduos ou certas situações, determinados ou indetermináveis no momento de sua expedição. São atos de efeitos concretos e de efeitos abstratos.

Foi Montesquieu, quem propôs um sistema de organização e funcionamento do poder estatal de modo que cada órgão desempenhasse uma atividade distinta, ao mesmo tempo em que a atividade de cada qual servisse de contenção da atividade de outro órgão.

2. Tripartições das Funções Estatais.

A teoria da separação dos poderes diz que, qualquer que seja a atividade estatal, esta deverá ser sempre precedida por normas do tipo abstratas e gerais, denominadas leis. Os atos concretos, segundo a teoria de Montesquieu, só serão legítimos na medida em que forem praticados com fundamento nas normas gerais. Assim, exemplificando, a cobrança de um tributo de determinado contribuinte é legal, desde que previsto em norma elaborada pelo Poder Legislativo, genérica e abstrata, sancionada e aplicada pelo órgãos do Poder Executivo, que diga que alguém que, por ventura, venha a encontrar-se na situação X, deverá pagar Y a título de imposto. Eis aí a função legislativa e a executiva.

Além dessas, é prevista uma terceira função, a judiciária. Esta consiste em dirimir, em caso concreto, as divergências surgidas por

ocasião da aplicação da leis. Estas dão lugar a múltiplas relações, que são suscetíveis de gerar divergências entre as partes e quanto à interpretação correta a ser dada à lei, ou quanto à ocorrência ou inoocorrência de certo fato. Estas controvérsias não podem deixar o Estado inerte, sob pena de colocar em risco a eficácia de todo o ordenamento jurídico. Impõe-se que ele saia em defesa da execução e do cumprimento das leis toda vez que estas despertem dúvidas. É a atividade jurisdicional. Tanto esta quanto a executiva são atividades de aplicação da lei a casos concretos.

O que diferencia a primeira da segunda é que esta aplica a norma aos casos em que exista litigiosidade ou contenciosidade, enquanto a primeira dá cumprimento às leis, independentemente da ocorrência de oposição ou controvérsia.

Estas, são as características fundamentais das funções legislativa, executiva e judiciária.

Com efeito, o mérito essencial da teoria de Montesquieu está na forma translúcida como definiu que, às tais funções devem corresponder órgãos distintos e autônomos. Em outras palavras, para Montesquieu à divisão funcional deve corresponder uma divisão orgânica.

Os órgãos que dispõem de forma genérica e abstrata, que legislam enfim, não podem, segundo ele, ser os mesmos que executam, assim como nenhum destes pode ser encarregado de decidir as controvérsias.

Há que existir um órgão (usualmente denominado poder) incumbido do desempenho de cada uma dessas funções, da mesma forma que entre eles não poderá ocorrer qualquer vínculo de subordinação, mas cingir-se ao exercício da função que lhe empresta o nome.

3. O Estado de Direito.

Segundo Kelsen, “um Estado não submetido ao Direito é impensável”.

Com efeito, para ele o Estado apenas existe nos atos, que são postos por indivíduos e são atribuídos ao Estado como pessoa jurídica. E tal atribuição apenas é possível com base em normas jurídicas que regulam especificamente estes atos. Dizer que o Estado cria o Direito significa apenas que indivíduos, cujos atos são atribuídos ao Estado com base no Direito, criam o Direito. Isto quer dizer, porém, que o Direito regula sua própria criação.

Partindo desta orientação, Kelsen conceituou Estado de Direito como:

“uma ordem jurídica relativamente centralizada segundo a qual a jurisdição e a administração estão vinculadas às leis - isto é, às normas gerais que são estabelecidas por um parlamento eleito pelo povo com ou sem a intervenção de um chefe de Estado que se encontra à testa do governo -, os membros do governo são responsáveis pelos seus atos, os tribunais são independentes e certas liberdades dos cidadãos, particularmente e liberdade de crença e de consciência e a liberdade da expressão o pensamento, são garantidas”².

Destarte, dá-se o nome a esse conjunto de liberdades públicas, de direitos humanos e individuais, àquelas prerrogativas que tem o indivíduo em face do Estado. É um dos componentes mínimos do Estado constitucional ou do Estado de Direito. Neste, o exercício dos seus poderes soberanos não vai ao ponto de ignorar que há limites para a sua atividade além dos quais se invade a esfera jurídica do cidadão. Há como uma repartição da tutela que a ordem jurídica oferece: de um lado ela garante o Estado com instrumentos necessários à sua ação, e de outro protege uma área de interesses do indivíduo contra qualquer intromissão do aparato oficial.

² KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Tradução de João Batista Machado. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1991, p. 328.

Estas liberdades públicas dizem respeito, ao menos num primeiro momento, a uma inibição do poder estatal ou, se preferirmos, a uma prestação meramente negativa. É dizer, o Estado se exonera dos seus deveres nesses campos, abstendo-se da prática de certos atos.

As liberalidades públicas têm hoje uma configuração muito mais complexa do que nos fins do século XVIII. Como se sabe, o liberalismo procurou assegurar uma liberdade contra o Estado, garantindo a vida e o direito de locomoção, de expressão do pensamento e de propriedade. Ao lado desses direitos procurou tornar efetiva a participação do indivíduo na formação da vontade do Estado.

Desse modo, apesar de criador do direito, é dominado e limitado por ele com a Constituição delimitadora da tripartição dos poderes e das atribuições de cada um, assim como definidora dos direitos dos cidadãos e do homem, com as respectivas garantias e limitadora do poder estatal e dos governantes.

4. O Poder Judiciário e a Função Jurisdicional.

O Estado enquanto tal, sendo mero ente da razão, não tem existência física, nem psíquica, ou seja, não tem energia física, nem

vontade. Disso resulta que o Estado enquanto tal não pode exercer nenhuma atividade, nem manifestar nenhuma vontade.

Surge, então, a necessidade de criar uma organização que seja capaz de exprimir a vontade do Estado e de realizar as atividades necessárias à consecução dos seus fins. Ou seja, para fazer face à tarefa que lhe incumbe de administrar a justiça, o Estado necessita organizar um verdadeiro serviço público da justiça composto de muitos órgãos dos quais participam pessoas.

Pois bem, o Poder Judiciário é justamente essa organização do Estado preordenada ao exercício da função jurisdicional.

Trata-se, pois, de um conjunto ordenado de pessoas que combinam seus esforços e outros tipos de recursos para a realização da função jurisdicional.

Dessa forma, podemos dizer que a função jurisdicional, é uma das funções fundamentais do Estado, e Poder Judiciário é a organização criada para permitir o exercício da função jurisdicional.

Essas considerações, foram feitas com o intuito de demonstrar que num Estado Democrático de Direito, onde existem poderes distintos

com funções e atribuições próprias, a manutenção da ordem jurídica, só poderá ocorrer, quando todos observarem a norma fundamental.

O pressuposto é que todos cumpram com suas obrigações, assim como, que todos tenham seus direitos assegurados. A própria Constituição Federal atual, dispõe a esse respeito quando prelaiona que a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

Assim, como aceitar que num Estado de Direito, quando o Poder Judiciário, órgão incumbido de dirimir as controvérsias, declare um direito, mas que esse direito não se torne eficaz.

Este, é o nó-górdio do trabalho, demonstrar que o descumprimento da sentença mandamental, ou da liminar concedida, torna-se inútil, frente a indiferença que a autoridade coatora toma em razão da concessão. Há a quebra do equilíbrio entre os poderes, e nasce a idéia de que não existe mais o respeito ao sistema de freios e contra pesos, pressuposto fundamental do Estado de Direito.

CAPÍTULO II

EVOLUÇÃO HISTÓRICO-CONSTITUCIONAL DO MANDADO DE SEGURANÇA

Pesquisando a origem constitucional do instituto, verifica-se que, Constituição Federal de 1891 era omissa, vindo a ocorrer o mesmo com a de 1937. A de 1934, porém, instituindo-o, em nosso sistema, dispôs, no artigo 113, § 33, que “dar-se-á Mandado de Segurança para a 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.”

A Carta de 1946, no artigo 141, § 24, estabelecia que o *writ of mandamus* serviria “para proteger direito líquido e certo, seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder”.

Por seu turno, a Constituição Federal de 1967, em sua redação, no artigo 150, § 20, preceituava que “conceder-se-á Mandado de Segurança, para proteger direito individual líquido e certo não amparado por *habeas corpus*, seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder”.

Já a de 1969, no artigo 153, § 21, estatuiu que “conceder-se-á Mandado de Segurança para proteger direito líquido e certo não amparado por *habeas corpus*, seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder”.

Atualmente, o texto de 1988, promulgado em 05.10.1988, no artigo 5º, LXIX, dispõe que “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 das atribuições do Poder Público”.

Da evolução do texto constitucional, desde sua instituição em 1934, até presente, após mais de cinquenta anos de intensa discussão da doutrina e jurisprudência, cristalizaram-se certos elementos essenciais, que vieram desde o início e se mantiveram inflexíveis, tais como:

a) a proteção de direito líquido e certo; inicialmente denominado certo e incontestável;

b) a ação contra ilegalidade ou abuso de poder de qualquer autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições de Poder Público; e,

c) a exclusão dos casos amparados por *habeas corpus* e *habeas data*, este apenas atualmente.

Com tal fixação, evitou-se a celeuma inicial em torno do caráter pouco claro da incontestabilidade, que constava da redação dada pela Constituição de 1934 e da Lei nº 191, de 16.01.1936, que regulamentou o artigo constitucional, e optou-se pela restrição à pessoa de direito público.

A disciplina legislativa do Mandado de Segurança é determinada pela Lei nº 1533/51, com as modificações posteriores, além de outras leis esparsas.

Retiram-se da Constituição e da lei referida as notas características do *writ* e seu campo de abrangência, determinado pela exclusão. Sua natureza jurídica como ocorre com o *habeas-corpus*, é de ação constitucional. A expressão direito líquido e certo é entendido em sentido processual como direito comprovável documentalmente sem necessidade de instrução probatória, o que lhe confere as características do rito sumário. Admite a suspensão liminar do ato impugnado.

O sujeito ativo é a pessoa física ou jurídica que sofre a ilegalidade ou abuso de poder.

Clareavam-se:

a) do lado do impetrante, os caracteres direito subjetivo, que enseja o pedido de segurança, uma vez que deve revestir-se de certeza e liquidez;

b) do lado do coator, a violação há de situar-se entre a ilegalidade e o abuso de poder. Ademais, pode ser qualquer autoridade pública, inclusive judiciária.

CAPÍTULO III

DO MANDADO DE SEGURANÇA

1. Conceito.

Diz o artigo 5º, da Constituição Federal vigente:

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

Interpretando este conceito, e conjugando com o artigo 1º, da Lei nº 1.533/51, Hely Lopes Meirelles, define que:

" Mandado de Segurança é o meio constitucional posto à disposição de toda a pessoa física ou jurídica, órgão com capacidade processual ou universalidade reconhecida por lei para proteger direito líquido e certo individual de toda a pessoa física ou jurídica, órgão com capacidade processual ou universalidade reconhecida por lei para proteger direito individual, próprio, líquido e certo, não amparado por *habeas corpus*, lesado ou ameaçado de lesão por ato de qualquer autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça"³.

Partindo-se desta definição, poderemos traçar alguns parâmetros que servirão para esclarecer, ponto a ponto, os principais conceitos já consagrados pela doutrina e pela jurisprudência, tais como os abaixo relacionados.

2. Condições da Ação de Mandado de Segurança.

2.1. Legitimidade Ativa.

O impetrante, para poder defender em juízo seu direito subjetivo ameaçado ou lesado, tem que ser o titular de tal direito. Isso é o que comumente se dá: o legitimado *ad processum* deve ser o mesmo legitimado *ad causam*.

³ MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, Habeas Data. 16 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1995, p. 17.

Segundo a lição de Hely Lopes Meirelles,

“o impetrante, para ter legitimidade ativa, há de ser o titular do direito individual ou coletivo líquido e certo para o qual se pede proteção pelo mandado de segurança. Tanto pode ser pessoa física como jurídica, órgão público ou universalidade patrimonial privada. Quando for pessoa física ou jurídica, pode ser nacional ou estrangeira, domiciliada em nosso País ou fora dele. O que se exige é que o impetrante tenha o direito invocado e que este direito esteja sob jurisdição da Justiça brasileira”.⁴

Ainda em outras palavras: quem pede formalmente a prestação jurisdicional, só pode ser a própria pessoa que se tem por lesada ou ameaçada de prejuízo.

Nas palavras de José Frederico Marques,

“o autor deverá ser o titular do interesse que se contém na sua pretensão em relação ao réu. Assim, à legitimação para agir em relação ao réu deverá corresponder a legitimação para contradizer deste em relação àquele. Ali legitimação ativa; aqui, legitimação passiva. A legitimação ativa para agir está ligada àquele que invoca a tutela jurisdicional”⁵.

Em termos de *writ* individual, como regra geral “qualquer pessoa com capacidade de direito, isto é pessoa natural ou jurídica, pode ser sujeito ativo do mandado de segurança. Discutiu-se, porque catalogado

⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Ob.cit.*, p. 43.

⁵ MARQUES, José Frederico. Manual de Direito Processual Civil. São Paulo: Saraiva, 1982, v. 1, p. 178.

entre os direitos individuais, se poderia a pessoa jurídica impetrar o remédio constitucional. O problema, contudo, ficou superado, porque o rol do artigo 5º da Constituição Federal não é privativo das pessoas naturais, aplicando-se, também conforme o caso, às pessoas jurídicas”⁶.

Ainda nessa linha doutrinária, “semelhante, tem-se admitido a impetração por parte de entidades sem personalidade jurídica, mas com capacidade para estar em juízo, como a massa falida, o espólio, a herança jacente ou vacante, por força da capacidade outorgada pelo artigo 12 do Código de Processo Civil. Igualmente, admite-se a impetração por entidades de direito público, mesmo sem personalidade jurídica, a fim de garantir prerrogativas funcionais violadas por outra entidade também de direito público. Assim, por exemplo, tem-se admitido o *writ* de Municípios contra órgãos do estado e do prefeito contra a Câmara Municipal ou desta contra aquele”⁷.

Quanto à legitimação ativa no mandado de segurança coletivo, a regra se vê estampada no artigo 5º, inciso LXX, da Constituição Federal, *verbis*:

⁶ GRECO FILHO, Vicente. Tutela Constitucional das Liberdades. São Paulo: Saraiva, 1989, 160.

⁷ GRECO FILHO, Vicente. Ob. cit., p. 160-161.

“O Mandado de Segurança Coletivo pode ser impetrado por: a) partido político com representação no Congresso Nacional; b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados”.

Isto posto, o que se conclui é que a sistemática constitucional vigente possibilitou a defesa coletiva de direitos, a título de substituição processual, onde tais entidades defendem judicialmente os direitos de pessoas a elas ligadas, independentemente de mandato especial.

Se o direito couber a várias pessoas, qualquer delas poderá fazê-lo. Ademais, se o direito líquido e certo decorrer de outro, igualmente líquido e certo, embora de outro titular, poderá o sujeito daquele impetrar o mandado em favor do direito originário, se o seu titular não o fizer, em prazo razoável, apesar de para isso, notificado judicialmente.

Há muito porém, o direito permite que, em casos excepcionais, todos previstos taxativamente em lei, possa uma pessoa, em seu nome, pleitear direito alheio. Um exemplo de todos nós conhecido: o marido pode ajuizar ação para proteger bem dotal de sua mulher.

Na substituição processual deve haver um nexo de interesses, que o legislador politicamente julga importante, entre o substituto e

substituído. Muitos exemplos poderíamos citar. Esse fenômeno processual é denominado legitimação anômala ou legitimação extraordinária. Também é conhecido como substituição processual.

O artigo 6º do Código de Processo Civil cristaliza esta afirmação:

“Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei”.

Assim, quando se tratar de substituição, no que tange à legitimação ativa, o impetrante é a associação que atua como substituto processual dos associados, ou seja, age em nome próprio em favor do direito de terceiros.

Todavia, para que a associação possa agir, é necessário que esteja expressamente autorizada pela forma que o estatuto estabelecer. Para que não haja abusos, é necessário entender que a atuação judicial é medida especial, que escapa da administração rotineira, de modo que a direção da entidade só poderá impetrar a segurança se houver deliberação expressa do órgão máximo associativo, que é a assembléia dos associados, não obstante a existência de entendimentos contrários, em alguns julgados.

2.2. Legitimidade Passiva.

Tem legitimidade passiva a pessoa jurídica de direito público ou de direito privado, no desempenho de funções públicas, sendo que a autoridade coatora poderá ser:

- a) a autoridade pública; e,
- b) o agente de pessoa jurídica a que tiver sido atribuído o exercício de atividades do Poder Público.

O impetrante deve ajuizar sua ação no juízo onde está sediada a autoridade coatora, ou seja, o impetrado.

Trata-se, de competência absoluta. A autoridade coatora, isto é, o impetrado, é quem pratica ou ameaça praticar o ato lesivo, ou ainda, quem deixa de praticar o ato que fere ou possa ferir direito subjetivo do impetrante.

Da mesma forma que “a autoridade coatora será sempre parte na causa, e como tal, deverá prestar e subscrever pessoalmente as informações nno prazo de dez dias, atender às requisições do juízo e

cumprir o determinado com caráter mandamental na liminar ou na sentença”.⁸

O meio prático de se saber quem é a autoridade coatora é verificar se é ela que pode desfazer o ato. Se for deve figurar na relação jurídico-processual como impetrado.

À evidência, se a autoridade superior encampa o ato praticado por autoridade inferior, ela se torna automaticamente coatora. Tal fato não é incomum. O impetrante, vez por outra, aponta autoridade que não praticou o ato. Ao prestar as informações, todavia, ela acaba por defender e encampar o ato praticado pelo verdadeiro coator, que hierarquicamente lhe é subordinado. Torna-se, por isso, autoridade coatora.

Se todavia, insistir que não pode figurar como impetrado, por não ter praticado o ato impugnado, cabe ao juiz extinguir o processo por falta de legitimação passiva.

Pela Constituição, o impetrado é autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público. Desse modo, quem estiver agindo em nome do Poder Público pode ter seu ato

⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. Ob. cit., p. 45.

abusivo ou ilegal corrigido judicialmente por meio de Mandado de Segurança.

O § 1º , da Lei nº 1.533/51, dá uma exata noção do que seja autoridade em sentido amplo:

“Consideram-se autoridades, para efeitos desta lei, os administradores ou representantes das entidades autárquicas e da pessoas naturais ou jurídicas delegadas do Poder Público somente no que entende com essas funções.”

Com efeito, a integração do agente no Estado pode dar-se a níveis diferentes. Por vezes ele integra o seu aparelho organizacional. Nestas hipóteses a sua condição de agente público é adquirida pela sua inserção concursal no Estado, ou através de cargos em comissão.

Noutros casos, contudo, a aderência do agente ao Estado se dá tão-somente porque ele cumpre ou desempenha poderes ou funções próprias do Estado, a ele transferidos, todavia, por delegação do respectivo exercício.

Assim, “o coator poderá pertencer a qualquer dos Poderes e a qualquer das entidades estatais ou às suas organizações autárquicas ou

paraestatais, bem como aos serviços concedidos, permitidos ou autorizados”.⁹

Muito embora quando se fez a Lei do Mandado de Segurança se tenha pensado no Órgão Público da Administração, hoje, diante da largueza do Código de Processo Civil e da matriz constitucional, admiti-se Mandado de Segurança contra ato de qualquer órgão público, de particular com delegação pública, e até mesmo contra ato do próprio Juiz.

A esse respeito Celso Ribeiro Bastos nos ensina:

“É pacífico, pois, que o Mandado de Segurança colhe o ato de autoridade, promane este dos agentes integrados nas pessoas jurídicas de direito público com capacidade política (União, Estados e Municípios), ou sem essa capacidade (autarquias), ou ainda, provenha ele de pessoa de direito privado no exercício de função pública delegada”¹⁰.

Também é importante lembrar que a ré na ação de Mandado de Segurança não é, como alguns autores acham, a autoridade coatora. A ré é a pessoa jurídica na qual a autoridade coatora é órgão. Ré é quem sofre as conseqüências da condenação, é quem paga ou reembolsa as custas, etc.

⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. Ob. cit., p. 47.

¹⁰ BASTOS, Celso Ribeiro. Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 338.

O impetrado é o órgão, singular ou colegiado, que pratica o ato impugnado.

2.3. Direito Líquido e Certo.

A expressão “direito líquido e certo” foi adotada na Constituição de 1946 (artigo 141, § 24) e mantida pelas posteriores, inclusive pela de 1988 e pela Lei nº 1.533/51.

A segurança, que aliada ao Mandado completa a expressão consagrada no artigo 5º, LXIX da Constituição Federal de 1988 significa proteção a “direito líquido e certo não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*.”

Assim, ter-se-á como direito líquido e certo o direito, cujos aspectos de fato se possam provar, documentalmente, fora de toda dúvida, aqueles cujos pressupostos materiais se possam constestar, ao primeiro exame.

A princípio, cogitava-se de direito certo e incontestável, mas como qualquer direito, por mais evidente, é passível de contestação, viu-se, logo, que a incontestabilidade não constituía caráter específico. Optou-se por

seu alijamento e, em seu lugar, induziu-se a expressão “líquido”, mantendo-se o “certo.”

A Constituição fala em direito líquido e certo. Por direito líquido e certo deve-se entender a prova já produzida com a petição inicial. Trata-se daquele direito translúcido, indiscutível, reconhecido de plano dos primórdios da nossa primeira lei do Mandado de Segurança.

O direito líquido e certo é a expressão fundamental do Mandado de Segurança. É seu pressuposto basilar, seu cerne. Sem ele o *writ* inexistente.

Por outro lado, a atual expressão direito líquido e certo que substituiu a precedente, da legislação criadora do Mandado de Segurança, direito certo e incontestável, também não satisfaz. Ambas são impróprias e de significação equívoca.

O direito, quando existente, é sempre líquido e certo; os fatos é que podem ser imprecisos e incertos, exigindo comprovação e esclarecimentos para propiciar a aplicação do Direito invocado pelo postulante. O direito líquido e certo, destarte, é uma condição especial do Mandado de Segurança.

O processo desta ação faz lembrar o processo documental probatório. Quem não prova com a inicial, não pode resolver seu conflito de interesse por meio de Mandado de Segurança, salvo o caso excepcional de a documentação estar em poder de terceiro ou da própria autoridade coatora (art. 6º, parágrafo único da Lei nº 1533/51).

Será dado como carecedor da ação e terá que se utilizar de outro meio processual, a não ser que, dentro do prazo decadencial, reúna os documentos necessários e proponha nova ação mandamental.

A doutrina é coesa no sentido de que o direito líquido e certo é aquele que não admite dilação probatória, cabendo sua demonstração através de prova documental.

Desta forma, “quando se falar, pois, em direito líquido e certo quer-se significar que num primeiro momento o fato pode ser controvertido; depois, tornar-se-á certo pela adequada interpretação do direito. Por isso, não há instrução probatória no Mandado de Segurança. Impetrante e informante hão de produzir, documentalmente, todo o alicerce para sustentação das suas alegações. O fato, portanto, há de

tornar-se incontroverso pela interpretação do direito dada por meio da decisão judicial”¹¹.

Assim, desde que, com a demanda fique clara a existência do direito do titular, cujo exercício que está sendo violado ou ameaçado por comprovada ilegalidade ou abuso de poder, sem depender de fastidiosa cognição ou dilação probatória, mas de simples confrontação da hipótese legal e o fato, para verificar a sua incidência, de que flua aquele, como efeito, conceder-se Mandado de Segurança.

Outro não é o sentir de José Moura da Rocha:

“Com todos estes elementos podemos dizer que direito líquido e certo é o que se apóia em fatos incontroversos, incontestáveis. Ante eles vai o juiz decidir questão de direito. Concluindo o juiz que a regra jurídica que incide sobre os fatos que configuram o direito da parte, haverá o direito líquido e certo”¹².

A Constituição por outro lado, exclui da via do Mandado de Segurança conflitos que possam ser resolvidos pela ações específicas do *habeas corpus* e do *habeas data*. As vezes o direito a ser protegido se acha em zona fronteira que pode levar a dúvida se o caso é de Mandado

¹¹ TEMER, Michel. Elementos de Direito Constitucional. 10 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1993, p. 176.

¹² *in* Mandado de Segurança: a defesa dos direitos individuais. Rio de Janeiro: Aidê, 1982, p.112.

de Segurança de *habeas corpus* ou de *habeas data*, cuja solução dependerá do caso concreto.

O que se deve ter em mente, é que não importa a “complexidade dos fatos e a dificuldade da interpretação das normas legais que contém o direito a ser reconhecido ao impetrante, pois estes não constituem óbices ao cabimento do Mandado de Segurança, nem impedem o seu julgamento de mérito”¹³.

2.4. Abuso de autoridade e Ilegalidade.

A Constituição fala em ilegalidade ou abuso de poder. Na prática as duas expressões se equivalem. Mas, na doutrina, são tratados de forma diferente. Os atos administrativos são como sabemos, vinculados e discricionários. A ilegalidade está ligada a ato vinculado e o abuso de poder a ato discricionário.

O impetrado que afronta o que se acha prescrito pela lei, comete ilegalidade; ao contrário, se, sem afronta direta à norma, abusa de seu poder discricionário, ou busca fim diverso, onde prevalecem as tônicas da conveniência e da oportunidade, age abusivamente.

¹³ *in* Mandado de Segurança: a defesa dos direitos individuais. Rio de Janeiro: Aidê, 1982, p. 112.

Qualquer que seja o ato praticado pelo agente público deve estar revestido de legalidade, moralidade, impessoalidade e publicidade. É o que se encontra literalmente estampado no artigo 37 da Constituição Federal.

No que tange ao princípio da legalidade, enfatiza Hely Lopes Meirelles:

“ A legalidade, como princípio de administração, significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei, às exigências do bem-comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se à responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso”¹⁴ .

A Administração Pública, de um modo geral, sujeita-se aos princípios acima citados, e nela não há lugar para a vontade pessoal sem pautar-se pelo que a lei regula. Enquanto o particular tem a liberdade de fazer ou praticar atos que a lei não proíbe, a autoridade pública só pode fazer o que a lei autoriza.

As leis administrativas são cogentes. Os funcionários e detentores de cargos ou funções públicas são obrigados a pautar seus atos pela forma

¹⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 15 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p. 78.

estabelecida em lei. Sobre o que dispõem as leis não pode haver transação, acordo, renúncia ou temporização, no sentido de deixar para depois aquilo que deve ser feito.

A própria constituição de 1988, no artigo 37, além desses princípios, salienta outras obrigações nos seus vinte e um incisos.

A ilegalidade, a que faz menção a Magna Carta, ao lado do abuso de poder integra “no campo do direito público, os atos antinormativos, aqueles cometidos por qualquer agente do Poder Público, desvirtuando sem motivo legítimo, a finalidade econômica e social da instituição jurídica de que dimana sua faculdade subjetiva, potestade discricional ou regulamentar não importa, em detrimento do direito de outrem, ente individual ou coletivo”¹⁵.

Os poderes administrativos podem ser vinculados, quando a legislação os atribui, com a determinação da competência, da finalidade ou dos requisitos necessários à sua formalização. Os poderes discricionários são os atribuídos pela legislação para a prática de atos, com a possibilidade de decidir sobre a sua conveniência ou oportunidade.

¹⁵ SIDOU, Othon J. M. Do Mandado de Segurança. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1969, p. 36.

Diferem dos poderes arbitrários. Aqueles são autorizados por lei e têm nesta a sua medida e limite; estes não são autorizados e por esse motivo não podem ser usados.

A norma constitucional em questão também pressupõe a prática do ato transgressor do direito individual ou coletivo através do abuso do poder.

Observar que o abuso do poder “representa atividade descognitiva da lei enquanto a ilegalidade revela ação ou inação ao arrepio desta. Com abuso de poder o ato é praticado como se a lei não houvesse, vale dizer, como se a autoridade legislasse e criasse uma situação não prevista nem autorizada anteriormente. E sendo, por certo locução mais adequada ao direito penal do que ao direito administrativo, parece-nos também opor-se o seu uso, no âmbito deste, em sentido genérico, de sorte a atribuir-se, conseqüentemente, especificidade o desvio de poder e excesso de poder, cujas diversificadas características vêm assumir, em determinadas circunstâncias”.¹⁶

O ato administrativo, sendo prerrogativa da autoridade, pauta-se pelo que dispõe a lei ou pelos princípios que a informam. O abuso do

¹⁶ TUCCI, Rogério Lauria. Revista Ajuris nº 56, p. 35, 1995.

poder consiste no seu emprego em desacordo com a lei, sem atender aos princípios da legalidade, da moralidade, da impessoalidade e da publicidade. O poder, de que se investe a autoridade tem em vista o bem da instituição ou bem comum, motivo porque deve ser usado, de conformidade com a lei para atender aos seus fins legítimos. O abuso do poder, com o seu uso desproporcional, arbitrário, violento, ou desviado de sua finalidade, constitui ato ilícito, quer decorra de excesso ou de desvio de seu objetivo.

2.5. Liminar.

A liminar é um “proceder fulminante”, uma “operação de emergência”, concedida pelo juiz para obstar dano provável e difícil de ser reparado.

Em outras palavras a medida liminar “é um provimento cautelar admitido pela própria lei do Mandado de Segurança quando sejam relevantes os fundamentos da impetração e do ato impugnado puder resultar ineficácia da ordem judicial, se concedida a final”.¹⁷

¹⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. Ob. cit., p. 58.

Tem função preservativa e sempre supõe certa dose de *periculum in mora*, para ser concedida, mesmo em sede não cautelar, como por exemplo, nas ações possessórias.

Por outro lado, nada justifica a concessão de liminar em nenhum dos procedimentos que a comporta, se não há perigo de que a defasagem de tempo que houver entre a propositura da ação e a concessão definitiva da providência pleiteada cause dano à parte que provavelmente tem direito.

Toda liminar é, em tese, provisória, podendo ser confirmada ou infirmada pela sentença do próprio processo em que foi concedida ou pela sentença do processo principal. Há, porém, graus extremamente variáveis de reversibilidade.

Ao nosso ver, a justificação doutrinária para que se possa conceder uma liminar faticamente irreversível é a de que o legislador preferiu poupar aquele que provavelmente tem direito de um prejuízo irreparável, e correr o risco de causar prejuízo àquele cujo direito é improvável.

O que caracteriza, de maneira marcante, o Mandado de Segurança, é a possibilidade de concessão de medida liminar que pode, ou não,

corresponder àquilo que se pleiteia no pedido (lide, pretensão), propriamente dito.

Trata-se de uma decisão interlocutória, pois consiste num pronunciamento judicial de natureza decisória que não tem como efeito o de pôr fim ao processo ou ao procedimento, em primeiro grau de jurisdição, que, como sabemos, cabe o recurso de agravo.

As decisões interlocutórias, nas palavras de Eliezer Rosa, “devem tornar-se um tema de intensa e demorada pesquisa por parte dos estudiosos modernos do processo civil, pois nelas está a mais intensa atuação dos legítimos poderes do juiz, fazendo o processo caminhar na direção e na realização de seu escopo”¹⁸.

A possibilidade de concessão de liminar no Mandado de Segurança é inerente à natureza jurídica da medida, que tem por objetivo a reparação *in natura* e não pecuniária.

A liminar é concedida, ou negada, justamente quando o juiz ainda não conta com condições de julgar a lide. Portanto, não vincula o juiz, de forma alguma, com relação ao teor da futura sentença.

¹⁸ *In Leituras de Processo Civil*, p.173

Constante também na doutrina, o entendimento acerca do caráter cautelar da medida liminar do Mandado de Segurança.

Deve ser concedida liminar em face:

- a) da relevância dos motivos em que se baseia o pedido e,
- b) da possibilidade de ocorrência de lesão irreparável ao direito do impetrante.

Assim, sendo a medida liminar uma providência cautelar, de preservação do direito invocado pelo impetrante, é concedida por fundamentos diversos e independentes dos da decisão de mérito. Por isso mesmo, não basta que o juiz se manifeste sobre o mérito, denegando o mandado, para que fique automaticamente invalidada a medida liminar. É preciso que o julgador a revogue explicitamente para que cessem seus efeitos.

O só fato de denegar a segurança não importa afirmar a desnecessidade da liminar, porque ela visa a preservar os danos irreversíveis para o impetrante, e esta possibilidade pode subsistir até a sentença passe em julgado, negando o direito pleiteado. Enquanto pende recurso, a sentença denegatória é reformável.

2.6. Sentença.

Controverte-se intensamente, em sede doutrinária, quanto à natureza da sentença em mandado de segurança.

Em rigor, cabem todas as naturezas que a teoria agasalha, tudo na dependência do próprio conteúdo do pedido. O equívoco está em destacar, isoladamente, o problema da sentença, eis que esta não poderá apartar-se do próprio objeto da ação.

Assim, a sentença poderá ser condenatória (como se depreende, por exemplo, do art. 5º da Lei 4.349, de 26.06.64), constitutiva (na maior parte das vezes) e mesmo executória. Em todos esses casos, ela ainda será, em maior ou menor grau declaratória.

Acima de tudo, porém, a sentença do *writ*, é mandamental.

O caráter mandamental dessa sentença traduz-se em que ela contém uma determinação inescusável, à autoridade competente, para a prática do ditame judicialmente posto. É a cominação, em si, que há de ser cumprida, não se admitindo qualquer via subsidiária reparatória ou satisfativa.

Segundo Hely Lopes Meirelles,

“a sentença em Mandado de Segurança poderá ser de carência ou de mérito, se antes não tiver sido indeferida a petição inicial por não ser o caso de impetração ou não atender às exigências formais da lei. A carência ocorre quando o impetrante não satisfaz os pressupostos processuais e as condições do direito de agir, tal como previsto no art. 267, VI, do CPC. A sentença de mérito decidirá sobre o direito invocado, apreciando desde a sua existência até sua liquidez e certeza diante do ato impugnado, para concluir pela concessão ou denegação da segurança”¹⁹.

Uma outra classificação feita pela doutrina, afirma que o Mandado de Segurança admite decisão repressiva, quando visa corrigir ilegalidade já consumada, ou preventiva, quando se destina a impedir o cometimento de ilegalidade iminente. Em ambos os casos são necessárias a indicação do objeto e a comprovação da iminência da lesão a direito subjetivo do impetrante.

Não se pode confundir, entretanto, segurança preventiva, com segurança normativa, ou seja, aquela que estabelece regra geral de conduta para casos futuros indeterminados, rejeitada pelo nosso sistema jurídico.

Embora se reitere a ilegalidade em casos idênticos, haverá sempre a necessidade de uma decisão para cada caso, sem que os efeitos da anterior se convertam em regra para as situações futuras. Isto ocorre porque a sentença concessiva de segurança apenas invalida o ato

¹⁹ Ob. Cit. p. 68

impugnado, deixando intacta a norma tida por ilegal ou inconstitucional até que outra norma de categoria igual ou superior a revogue, ou o Senado suspenda sua execução em face da inconstitucionalidade declarada pelo STF.

No entanto, em casos especiais, a concessão de uma segurança pode estender-se a atos futuros entre as mesmas partes, por serem decorrentes de uma mesma situação de fato e de direito, dispensando-se sucessivas impetrações, desde que o impetrante requeira e o juiz defira a extensão da ordem pedida na inicial.

Pode-se afirmar, com tranqüilidade, que numa acepção legal, o fenômeno da coisa julgada não apresenta, em princípio, peculiaridades de monta, ostentando no ponto sua dupla face. Porém, em razão de expressa disposição legal, se o mérito do pedido não for apreciado ou for obstado pela só circunstância de não patenteadade, no rito escolhido, sua liquidez e certeza (que exigiriam dilação probatória), poderá ele ser renovado em ação própria, inclusive em novo Mandado de Segurança.

Sendo o Mandado de Segurança uma ação sujeita a pressupostos e condições especiais, com finalidade específica, ou seja garantir, com a celeridade possível, o bem tutelado ou ameaçado, em si, o fechamento do

processo, sem pronunciamento do mérito, não pode ter por efeito frustrar a garantia mais ampla, de acesso à proteção jurisdicional, enunciada no inciso XXXV do art. 5º da Carta Magna.

Em contrapartida, é claro que sendo os fatos tidos por provados, mas proclamando descabido o direito subjetivo com fulcro neles invocado pelo impetrante, formar-se-á a coisa julgada, impeditiva da renovação do litígio, mesmo em ação ordinária, à vista do disposto nos artigos 470 e seguintes do CPC. Havendo coisa julgada, por denegação ou concessão do *writ*, só ação rescisória poderá desconstituir o que soberanamente decidido.

Por fim, saliente-se ainda que a doutrina e a jurisprudência são acordes, no que se refere ao Mandado de Segurança, quanto a possibilidade da desistência da ação (art. 267, § 4º, do CPC), à impossibilidade de extinção do processo, em razão da paralisação por mais de trinta dias (art. 267, III, do CPC), eis que aqui o impulso é de ofício, e à não incidência do princípio da identidade física do juiz, até porque não há dilação probatória na ação.

CAPÍTULO IV

MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO

1. Noções gerais do instituto.

A grande novidade da Constituição de 1988, em sede de Mandado de Segurança, é o Mandado de Segurança Coletivo. O *juízo de amparo* mexicano já permitia, há muito, que entidade classista defendesse os interesses de seus associados. O fenômeno é também velho no Direito americano: as denominadas *class* ou *representative actions* ou, ainda, *class suits*.

A Constituição dá legitimidade para partido político com representação no Congresso, organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, ajuizar Mandado de Segurança para defender direito ou mesmo interesses de seus associados. Em outras palavras, o sindicato, o partido político, a associação de classe ou a associação agirão em nome próprio, defendendo, porém, direitos subjetivos comuns de seus membros.

À evidência, tais entidades não necessitam de procuração de cada um de seus filiados. Na petição inicial não se tem de relacionar os nomes dos associados. A propositura da ação independente até mesmo da vontade dos membros. Trata-se da denominada legitimação extraordinária autônoma. Nada impede é certo, se habilite o filiado mais preocupado como assistente simples ou assistente litisconsorcial, dependendo se a entidade classista defende interesses ou direitos comuns. Podemos, então, dizer, mais tecnicamente que o último caso é de “legitimação extraordinária autônoma concorrente”.

As entidades classistas é que darão procurações a seus advogados e estes irão postular em nome delas direito ou interesses específicos dos

associados. Como se percebe é a própria Constituição que agasalha a legitimação extraordinária, a substituição processual.

Portanto, não há necessidade de qualquer autorização dos associados de sindicato ou associação, como de sua identificação, para o aforamento do mandado de segurança coletivo. Trata-se de substituição processual na qual o pressuposto é a compatibilidade do pedido formulado no *writ*, com os objetivos institucionais nucleares da entidade.

A Constituição na alínea “b” do inciso LXX, do artigo 5º, fala em interesses. Como sabemos, o interesse é um *minus* em relação ao direito subjetivo. O direito subjetivo pertence a uma pessoa ou a um grupo de pessoas.

Já o interesse, interesse legitimado ou ainda interesse difuso, pertence a todos e a ninguém especificamente ao mesmo tempo. Tenho interesse na pureza do ar da minha cidade. Todos temos. Mas ninguém especificamente, pode dizer que tem direito ao ar puro.

As entidades arroladas no inciso LXX, do artigo 5º da Carta Magna têm, através de Mandado de Segurança Coletivo, legitimidade para defender tais interesses de seus associados.

O Mandado de Segurança coletivo é recente. Tem menos de três anos. Muitas dúvidas existem ainda, como, por exemplo, o alcance de Mandado de Segurança Coletivo impetrado por partido político.

Como estamos percebendo muitas indagações surgem. Só o tempo, por meio de laboriosa doutrina e jurisprudência, é que irá dar o perfil do Mandado de Segurança Coletivo.

A Constituição de 1988 também trouxe novidades em matéria de recurso contra decisão de tribunais em Mandado de Segurança. Se se tratar de decisão denegatória em única instância, proferida pelos Tribunais Superiores, cabe recurso ordinário para o STF. Da mesma forma, cabe recurso ordinário para o STJ quando a decisão, em única instância, de TRF ou de Tribunal de Justiça for denegatória.

CAPÍTULO V

DESCUMPRIMENTO DE ORDEM MANDAMENTAL

1. Introdução.

A curiosa e preocupante obstinação de determinados setores da administração pública brasileira em burlar os ditames da Constituição e da legislação infraconstitucional, em desfavor do cidadão comum, fez com que a população se armasse do mais forte instrumento existente nas sociedades democráticas e pelo menos teoricamente tuteladas pelo Estado de Direito: o Mandado de Segurança.

Assim, quando da formulação de planos econômicos que malferiram o direito de propriedade detido sobre os atos financeiros, foi ao Judiciário que o particular recorreu, mirando o desembargo de suas reservas pecuniárias.

Quando a previdência social quedou-se omissa em pagar os benefícios da sua alçada, na integralidade de pelo menos um salário-mínimo, foi na Justiça Federal que os beneficiários depositaram a querela, objetivando o respeito do que a dita Constituição Federal, art. 201, § 5º.

Igualmente foi ao Poder Judiciário que os servidores públicos recorreram quando sentiram que seus vencimentos estavam sendo pagos em descompasso com o crescimento inflacionário experimentado pela economia nacional.

Os poucos exemplos acima destacados, hauridos de um universo de largas dimensões, dão mostra de como tem sido volumosa a atuação da Justiça em socorro dos que a ela pedem proteção contra as iniquidade do Estado. E em conseqüência, é possível aferir-se os dissabores que são enfrentados pelos magistrados, nos mais distintos graus, quando afrontados com a recusa dos agentes públicos em dar cumprimento às determinações judiciais.

Qual a posição que deve ser adotada pelo Judiciário quando enfrentar tal situação?

O que acontece com a autoridade que não cumpre decisões judiciais proferidas em Mandado de Segurança ou em outra ação de natureza mandamental?

Responde por crime de desobediência, por prevaricação, ou não pratica nenhum crime, ante ao princípio constitucional de que não há crime sem lei anterior que o defina? Ou ilícito civil?

O questionamento primário sobre o qual deve ser debruçada a presente análise, diz respeito à natureza do comportamento configurador do descumprimento de ordem emanada judicialmente, por parte de funcionário público ou de quem a este for equiparado para os excogitados fins. Será uma mera desatenção processual, punível de acordo com as regras da codificação dos ritos? Ou configurará um ilícito administrativo, sujeito às sanções destinadas à repreensão de tais ocorrências? Ou será, deveras, uma infração penal?

Decerto encontraremos encaixe para a desídia do agente público em todas as searas acima listadas.

2. No Âmbito Civil.

2.1. Da Intervenção.

A intervenção federal consiste no afastamento temporário, pela União, das prerrogativas totais ou parciais da autonomia dos Estados prevalecendo a vontade do ente interventor.

Diz o artigo 34, da Constituição Federal, que a União não intervirá nos Estados e no Distrito Federal exceto nas hipóteses previstas na Constituição; tais hipóteses configuram situações que presumivelmente colocam em risco, potencial ou atual, a própria unidade nacional e a integridade da Federação.

Assim também, prelaçiona o artigo 35, da Constituição Federal, as hipóteses em que poderá ocorrer a intervenção do Estado em seus Municípios, a União nos Municípios localizados em Território Federal.

Como se vê, a regra é a não-intervenção. A intervenção é medida excepcional de defesa do Estado Federal e de proteção às unidades federadas que o integram. É instituto essencial do sistema federativo e é exercido em função da integridade nacional e da tranqüilidade pública. A intervenção é autorizada para repelir invasão estrangeira e para impedir

que o mau uso da autonomia pelos Estados-Membros resulte na invasão de um Estado em outro, na perturbação da ordem, na corrupção do Poder Público estadual, no desrespeito da autonomia municipal.

Tanto o inciso VI, do artigo 34, como no inciso IV, do artigo 35, dispõe o caso de intervenção quando houver a necessidade de execução de lei, de ordem ou de decisão judicial.

A regra básica é que o Presidente da República decreta a intervenção. Porém, não é assim em todos os casos. Excepcionam as hipóteses: a) de coação exercida contra o Poder Legislativo, o Poder Executivo e o Poder Judiciário; b) da execução de lei federal, ordem ou decisão judiciária.

Partindo-se desta orientação, pode-se afirmar que, deixando a autoridade pública de cumprir a ordem mandamental expedida pelo Juiz, tenha ela caráter liminar ou sentença definitiva ou terminativa do feito, poderá ser decretada a intervenção no órgão público a qual esteja ligado.

Assim, verificando-se o descumprimento de ordem ou decisão judiciária, o processo interventivo se inicia por meio de requisição do

Supremo Tribunal Federal, do Tribunal Superior Eleitoral (se a matéria for dessa natureza), ou do Superior Tribunal de Justiça.

Nos casos acima arrolados, o Presidente da República não pode decretar a intervenção sem que estejam preenchidos os aludidos requisitos.

Interessante acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, da lavra do Eminentíssimo Des. Tycho Brahe, entendeu não ser cabível a Intervenção, por “tratar-se de matéria de certa complexidade que torna difícil o seu cumprimento”, cuja ementa relatamos:

“CONSTITUCIONAL. INTERVENÇÃO ESTADUAL EM MUNICÍPIO. Representação formulado no artigo 11, IV da Constituição do Estado. Descumprimento a decisão judicial não caracterizado. Pedido improcedente. Arquivamento dos autos.

Se os próprios órgãos jurisdicionais reconhecem, e proclamam tratar-se de matéria de certa complexidade que torna difícil o seu cumprimento, o desencontro dos valores apresentados pela autoridade municipal em relação aos pretendidos pelos servidores, não basta, por si só, para caracterizar o descumprimento de decisão judicial autorizador de intervenção judicial no Município.”(Pedido de Intervenção nº 1, de Araranguá, j. em 04.05.1994).

Com efeito, a respeitável decisão acima citada, *data vênia*, tem cunho visivelmente político. Como se sabe, o Executivo sempre hábil em procrastinar seus débitos, especialmente no que se refere a funcionários públicos, vale-se da alegação de falta de verbas e outros argumentos

pouco jurídicos, deixa reiteradamente de dar cumprimento à ordens judiciais.

Acontece que, justamente por se tratar de uma medida extrema, só especialmente autorizada, o impetrante, não pode ficar esperando indefinidamente, pois, o direito da parte não pode ficar ao arbítrio de um dos poderes do Estados, quando outro, igualmente soberano, o confere.

Ainda, no que se refere à intervenção federal, é valioso o escólio de Pinto Ferreira:

“A intervenção federal não é propriamente uma medida de polícia, como pretende Max Fleischmann, tampouco uma medida de segurança ao sentir de Edgar Leoning, ou ato de administração, no opinar de Albert Haenel, nem um ato de execução, ao dizer de Ludwig Waldecker. É especialmente uma medida de ordem política-jurídica a fim de preservar a ordem constitucional prevista na Lei Magna”²⁰.

Já sustentava com brilho proverbial, o saudoso Pontes de Miranda:

“A intervenção não é só deliberação, decisão; é execução especial. Pressupõe o ato delituoso e a norma constitucional. Quem decide é o poder federal, a que a Constituição confiou a apreciação dos fatos imputados. Em caso de socorro, pode não ter sido do Estado-Membro a culpa, v.g. se as suas dificuldades provêm de

²⁰ FERREIRA, Pinto. Curso de Direito Constitucional. 5a. ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 323.

calamidades climáticas ou de catástrofes. Seja como for, põe-se em perigo o interesse geral; porém há socorro, e não intervenção”²¹.

Desta forma, a ordem judiciária em Mandado de Segurança, que é uma determinação dada pelo magistrado nos autos, no decorrer da demanda, não pode ser desobedecida. Em ocorrendo a desobediência, compete à autoridade do Estado-Membro, e, em último grau, o Governador, providenciar força militar estadual suficiente para traduzir em fatos concretos, a ordem do juiz, o que, se não ocorrer, ensejará a intervenção federal no Estado, por inércia do Executivo no prover a ordem mandamental.

2.2 O Ministério Público e sua Função Constitucional

Até a Constituição Federal de 1988, o Ministério Público da União, nada mais era do que uma Procuradoria do Estado, uma instituição subordinada a Presidência da República, sem independência para agir contra a prática de atos abusivos por parte da Administração Pública. Entretanto esse panorama passou a ser diferente a partir da nova Carta

²¹ MIRANDA, Pontes. Comentários à Constituição de 1967. São Paulo: Forense, Tomo II, p. 189.

Magna, que ampliou de maneira sensível e inovadora as funções, prerrogativas e garantias do Ministério Público.

Não há mais que se cogitar de defesa do Estado pelo Ministério Público. Sua nova incumbência Constitucional é “a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”, portanto defesa da sociedade, do povo, dos cidadãos.

Tanto isso é verdade, que a Constituição lhe propiciou todos os mecanismos e meios necessários ao exercício desse mister, tais como a título de exemplo: os princípios constitucionais e institucionais da unidade, indivisibilidade e independência funcional, além das garantias hoje atribuídas aos membros do Parquet, que se igualam as da Magistratura.

Entre outras atribuições previstas no artigo 129, da CF/88, o Ministério Público deve zelar pelo efetivo respeito dos poderes públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Carta Política, o que obviamente lhe imporá o dever de representar contra a administração pública, toda vez que esta praticar atos lesivos a ordem jurídica ao regime democrático e aos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Da mesma forma, a Lei Orgânica do Ministério da União, ao tratar dos princípios e de suas funções institucionais, deixa em evidência a atribuição de fiscalizador e controlador dos atos da administração pública, em vários de seus dispositivos.

Dentre muitos, podemos citar o artigo 3º, letra c, que se refere à prevenção e à correção de ilegalidade ou de abuso de poder no exercício da atividade policial; o art. 5, ao dispor sobre as funções institucionais do Ministério Público, nos incisos I, h, e V, b, menciona explicitamente a legalidade a impessoalidade, a moralidade e a publicidade dos atos dos Poderes Públicos da União e dos serviços de relevância pública.

Alem desses, cabe ao Ministério Público a defesa dos direitos constitucionais do cidadão que é igualmente competência dessa instituição.

Vê-se, portanto, que, com o advento da Carta Política de 1988 e da Lei Complementar n. 75/93 (Lei Orgânica do Ministério Público), foi alçado a verdadeiro órgão de controle dos atos da administração, mormente os que dizem respeito à ordem jurídica, ao regime democrático e aos interesses e direitos individuais e sociais indisponíveis.

Dessa forma, a sociedade espera que o Ministério Público atue efetivamente na defesa dos direitos e interesses daquela tão-somente; não se podendo, em hipótese alguma, conceber qualquer atuação desse órgão que se revele de defesa das ações do Governo e dos atos da administração pública.

Destarte, surge de forma cristalina, uma das principais armas do cidadão, na luta contra o descumprimento da sentença em Mandado de Segurança.

O Ministério Público, agindo como defensor dos interesses sociais e individuais indisponíveis, e, principalmente, como fiscal da lei, cumpre-lhe, agir de imediato, quando provocado pela parte, ou de outra forma sabedor, da demora injustificada o ordem judicial, como forma de cumprir sua função constitucional.

3 . No Âmbito Penal.

3.1. O princípio da legalidade e a tipicidade.

Como se sabe, a lei penal delimita uma conduta delitativa ou idônea a pôr em perigo um bem jurídico relevante e prescreve uma consequência

punitiva para quem o realiza. Ao fazê-lo, circunscreve a ilicitude penal ao comportamento descrito e não permite que o tratamento punitivo cominado possa ser estendido a uma conduta que se mostre aproximada ou assemelhada.

Quando um magistrado expede uma ordem, a partir do que decidiu em processo judicial, almeja que esta seja imediatamente cumprida, pois só assim ocorrerá a efetividade da tutela conferida.

Ao instante em que o destinatário do mandado opõe recusa para atender ao que lhe foi ordenado, a primeira idéia que se tem é a de que aquele agente público malferiu uma parcela da soberania do Estado, e por isso merece ser punido.

Como a aparente insolência exala gravidade, é buscada uma reprimenda igualmente forte, geralmente com a retribuição de uma penalidade. Esbarra esse *animus punniendi* na perquirição da tipicidade da conduta do funcionário, máxime em atenção ao princípio da legalidade presente na Constituição Federal (art. 5º, XXXIX) e no Código Penal, art. 1º, conforme será visto adiante.

É assim porque, “quando se diz que não há delito sem tipo ou quando se afirma a tipicidade como elemento geral do conceito de ação, outra coisa não se faz senão concretizar e traduzir, em termos sistemáticos, as exigências materiais derivadas do princípio da legalidade”²².

Além disso, o princípio da reserva penal, bem como o princípio da tipicidade, adotados em nossa sistemática jurídica obrigam o juiz a ajustar os fatos no conjunto de elementos descritivos no delito, contidos na lei, sendo-lhes defeso, sob pena de violentar a liberdade jurídica do réu, escolher outra figura que não a própria.

3.2. Delito de desobediência.

A primeira figura delitiva à qual se procura subsumir o agir do funcionário público que recusa o cumprimento de ordem judicial é a de desobediência, antevista no artigo 330, do Código Penal. Não são poucas as manifestações pretorianas assim estampadas:

“DESOBEDIÊNCIA - ORDEM JUDICIAL - HC DENEGADO - A desobediência a uma ordem judicial, provinda de autoridade competente, configura crime, não permitindo, por isso mesmo, valer-se o infrator do *habeas-corpus* para eximir-se ao seu cumprimento, por prefalada existência de coação ilegal ou abuso

²² COBO, Del Rosal e Vives Antón. Derecho Penal. 1990, pp. 62/63.

de poder”. (STJ - Ac. unân. da 5ª T., publ. em 29.06.92 - HC 1.1620-0-GO - Rel. Min. Flaquer Scartezinni, in Jurisprudência ADV/COAD, 1992, p. 744, verbete 60317).

Igualmente do STJ é o arresto que tem a seguinte ementa:

“DESOBEDIÊNCIA - RECUSA AO CUMPRIMENTO DE ORDEM JUDICIAL - Aos Juízes e Tribunais é conferido o direito-dever de assegurar o cumprimento de suas decisões. Não fora assim, quedaria inerte a Justiça diante da vontade dos que se opusessem às suas decisões, que resultariam inócuas em prejuízo da sociedade. E já não adiantaria ao indivíduo recorrer ao Judiciário para garantir de seus direitos. Por isso mesmo, entender-se não configurar violação de *jus libertatis* a exigência de cumprimento de decisão judicial validamente exarada nos autos de processo. E a recusa em acatar a decisão judicial caracteriza, em tese, o crime de desobediência”.

Ainda de forma incidental, posto que decidindo a matéria de cunho eminentemente penal, entende-se que se configura a desobediência ao cumprimento de ordem judicial em crime permanente, deve ser formalizada a prisão em flagrante enquanto durar a estabilidade delituosa. Entretanto, se à prisão foi oferecido caráter intimidativo, com a fixação de prazo para cumprimento da ordem, sob pena de prisão, fica descaracterizada a prisão em flagrante.

Com a vênua merecida, os julgados acima citados, ao que parece, não tomaram em conta que a desobediência está encartada no Código

Penal como um delito daqueles praticados por particular contra a administração pública, já que integrante da Parte Especial, Título XI, Capítulo II. E sendo crime que só pode ser praticado pelo particular, não se pode afirmar seja ele perpetrado por funcionário público, a menos que o agente especial esteja despido dessa condição, agindo pois como um homem comum, como por exemplo quando não detém poderes ou competência administrativa para praticar ou deixar de praticar o ato reportado na decisão judicial.

Importante frisar que, mesmo aqueles que entendem ser possível o cometimento da desobediência por funcionário público, destacam que a prisão, por desatenção a ordem judicial, não está prevista na legislação nacional com força executiva, como ocorre aos inadimplentes e aos depositários infieis. Segundo tal corrente, se o funcionário público não dá cumprimento a ordem judicial, contra ele deverá ser lavrado o flagrante por crime de desobediência ou prevaricação, ou, por igual razão, ser remetidas as peças informativas ao Ministério Público, para que se titularize a respectiva ação penal.

Na mesma linha, e destacando a imprestabilidade do encarceramento ordenado por juiz do cível, decidiu o Superior Tribunal de Justiça que:

“a prisão determinada por Juiz Federal no exercício de jurisdição cível em precatória extraída de autos de ação de medida cautelar inominada para conversão de cruzados novos em cruzeiros não prospera, já que falece “competência ao juízo cível para ordenar prisão por desobediência, na ausência de previsão legal. Hipótese que não se identifica com prisão por dívida alimentícia ou depositário infiel. Por outro lado, eventual prisão em flagrante, por crime de desobediência, admite a prestação de fiança, constituindo ilegalidade a negativa desta em face do que dispõe a CF - art. 5º, LXVI - e o CPP - arts. 322 e seguintes”.

Interessante julgado do TRF da 4a. Região sinalizou a existência de uma espécie de “choque competencial” entre juízes que conheceram, cada qual na sua seara, da matéria atinente à pretensa desobediência em estudo, pois :

“se o juiz criminal competente rejeita a denúncia pelo crime de desobediência, é desarrazoado que o juiz do cível, aquele que emitiu a ordem descumprida, determine a prisão do insubmisso, porque inconciliáveis as idéias de que o juiz natural declare a inexistência do crime e de que outro reconheça sua prática com flagrante. Prevalência do ato judicial exarado no âmbito da competência própria. *Habeas Corpus* deferido”.

Assim sendo, conclui-se que o funcionário público (sendo a expressão compreendida na lata dimensão do art. 327 do CP) não comete o delito de desobediência, já que este é reservado para ter como sujeito ativo o particular.

Abrandando os rigores da lei penal, assentou o TRF da 5a. Região, em *habeas corpus*, que se o paciente “cumprir a determinação judicial, em prazo razoável, não há porque se determinar a abertura de inquérito policial para apuração de crime de desobediência”, uma vez que “a falta de comprovação material da ocorrência presumível do delito e indícios de sua autoria, constitui coação ilegal sanável via *habeas corpus*”.

Dessa forma restou amplamente demonstrado, que para que se configure o delito capitulado no artigo 330 do Código Penal, há que ser ter como sujeito passivo a Administração Pública, mas como sujeito ativo, vale dizer, aquele que poderá praticar o crime, um particular.

Ora, se em Mandado de Segurança a decisão deve ser cumprida por funcionário público, salvo raríssimas exceções (funções delegadas), e o artigo 330 do CP se destina a um particular, não pode esse crime ser cometido por autoridade pública.

3.3. Delito de Resistência.

Já foi cogitado que o agente público, ao deixar de dar cumprimento a ordem mandamental, estaria cometendo o ilícito previsto no artigo 329, do Código Penal. Acenam os defensores de tal subsunção com duas justificativas: o sujeito ativo é funcionário público e externa oposição ao cumprimento de ordem legalmente emanada.

Na nossa singela opinião, não medra tal entendimento, por entender impossível - conforme já alertamos acima - que um delito previsto para ser praticado “por particular contra a administração pública em geral” (CP, arts. 328 a 337), tenha como sujeito ativo um funcionário público.

Não é demais lembrar, por uma questão de razoabilidade, que dificilmente um funcionário público ocupante de cargo ou função que lhe permita cumprir ou ordenar o cumprimento de uma ordem judicial, atuará com violência ou ameaça dirigidas ao oficial de justiça que portará a ordem ao pretense delinqüente, desaparece a tipicidade da resistência.

3.4. Delito de Prevaricação.

Ao estudar o delito de desobediência, mormente pela sua angularização ativa, reclama Julio Fabbrini Mirabete, com absoluta razão, seja este praticado por particular, sob pena de atipicidade da ocorrência, aduzindo ainda que não se configura o citado ilícito se tanto o autor da ordem como o agente se achavam no exercício da função quando da sua ocorrência. Neste caso, o fato poderá caracterizar, eventualmente, o crime de prevaricação (art. 319).

Dessa forma, que olhando a sugestão de Mirabete que será desenvolvido o presente tópico do estudo.

É a prevaricação um delito atribuído ao agente público, quando este retarda ou deixa de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou mesmo vem praticá-lo contra expressa disposição legal, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal. (CP. art . 319) .

Resta a perguntar: quando um funcionário público descumpra uma determinação judicial, pratica prevaricação?

O que primeiro deve ser sindicado é se o pretense sujeito ativo tinha atribuição ou poderes para dar seguimento à ordem judicial. Ou

seja, deve ser aferido se o ato praticado, omitido ou retardado está na esfera funcional do servidor. Em sendo positiva a resposta, deve prosseguir a análise da configuração dos demais componentes do tipo delituoso em baila.

De relevância é também, para o delineamento da prevaricação que o comportamento do funcionário público seja indevido. Assim, deverá o servidor público ter agido de forma ilegal, injusta ou injustificada, conforme leciona Mirabete.

A nosso ver, o aspecto mais importante a ser enxergado na tipificação da prevaricação voltada contra ordem judicial, diz respeito ao elemento subjetivo do delito, que é o dolo específico, marcado pelo intuito de satisfazer interesses ou sentimento pessoal.

3.5. Abuso de Autoridade.

Há quem pense, com certa lógica, que ao instante em que deixa de atender ao que foi ordenado por um juiz, o funcionário público labora com abuso de autoridade ou abuso de poder, posto que pratica ato lesivo da

honra ou do patrimônio da pessoa física ou jurídica beneficiária da decisão judicial, a teor do disposto no art. 4º da Lei nº 4.898/65.

Por si só não vemos como possa subsumir a recalcitrância do servidor ao tipo legal acima invocado. Parece-nos muito genérico para os fins de encaixar o comportamento do insurreto. Em atenção ao princípio da legalidade e aos ensinamentos acerca da tipicidade penal, não entendemos como abusador da autoridade ou do poder, aquele que recusa dar cumprimento a uma ordem judicial.

Ademais, não se pode olvidar que a finalidade da Lei 4.898/65 foi a de armar o cidadão contra os desmandos dos ocupantes do poder reproduzindo, inclusive, nos seus artigos 3º e 4º direitos já asseverados ao homem nas diversas declaração políticas, tais como a Declaração de Direitos do Estado da Virgínia, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

Resta assim demonstrado, que embora oscilante a jurisprudência e a doutrina, *data vênia*, dentro do princípio da reserva legal, que informa o nosso sistema penal, não se pode estender ao funcionário público os tipos legais previstos no Código Penal, dentro do capítulo específico dos “Crimes Praticados por Particulares contra a Administração Pública”.

A omissão do legislador “não pode ser suprida com a aplicação analógica da norma incriminadora, em face da garantia constitucional da legalidade dos delitos e das penas. Dessa forma, o funcionário público, no exercício de suas funções ou em razão delas, não pode ser considerado sujeito ativo de crime definido na lei como praticado por particular contra a Administração”²³.

²³ TARS. Rel. Rui Aguiar. ADV 4515.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Encerrando o presente trabalho, verificamos que o instituto analisado, requer ainda aperfeiçoamento e investigação. A criação de novos meios processuais capazes de coibir a prática reiterada das autoridades públicas em descumprir a ordem mandamental, se faz necessária, pois só assim, alcançaremos a plenitude do Estado Democrático de Direito, proclamado pela nossa Constituição.

O cumprimento das leis impostas pelo Estado não se estende apenas aos jurisdicionados, mas também ao próprio Estado, assim considerado pelo seus órgãos e agentes.

As estatísticas demonstram que grande parte da população brasileira não crê na Justiça, exatamente por conta da morosidade desta e pela ineficácia de suas decisões.

Mais agravado fica o quadro, quando a prestação da tutela jurisdicional é providenciada em lapso temporal relativamente curto, mas deixa de ter efetividade por recusa da administração pública em a ela dar cumprimento.

Ainda que se admita a intervenção no órgão da qual participe ou qualquer outro meio diverso, bem como a condenação criminal da autoridade que descumpre as decisões judiciais e em razão das insignificantes penas privativas de liberdade cominadas nos artigos 319 e 330 do Código Penal, sem dúvida que ela será beneficiada com a famigerada prescrição retroativa que extingue a própria ação penal, como se nada tivesse ocorrido.

Ademais, a condenação da autoridade, por si só, não implicará, necessariamente, na efetivação da decisão judicial reconhecendo ao jurisdicionado um direito líquido e certo através de um Mandado de Segurança, eis que poderá continuar a ser desrespeitada pelo órgão ou pessoa jurídica, na medida em que a execução se faz *in natura*.

Em razão dessa falta de efetividade da decisão judicial proferida contra uma autoridade e que só se executa *in natura*, pergunta-se: E como fica o tão auspicioso direito líquido e certo do jurisdicionado que bateu às portas do Poder Judiciário acreditando na eficácia de suas decisões?

Tal como se encontram as coisas, atualmente, tem se constituído um convite à autoridade desrespeitar as decisões judiciais de natureza mandamental. Os exemplos estão aí, e o Poder Judiciário caindo no descrédito da opinião pública, já que ela não entende a razão do Juiz não poder prender ou condenar alguém, sem respaldo em lei vinda do Poder legislativo, por se tratar de jurisdição penal incriminadora.

É certo que, para a configuração criminal do comportamento do servidor público omissivo em cumprir ordem judicial, deve ser tomado em conta basilarmente, o princípio da legalidade, insculpido na Constituição Federal, artigo 5º, XXXIX e no Código Penal, artigo 1º.

Existe uma inescandível preferência em caracterizar o comportamento do funcionário que deixa de cumprir ordem mandamental como desobediência. Entretanto, não se pode descurar que a desobediência está encartada no Código Penal como um delito daqueles “praticados por particular contra a administração pública”, já que

integrante da Parte Especial, Título XI, Capítulo II. E sendo crime que só se pode ser praticado pelo particular, não se pode afirmar seja ele perpetrado por funcionário público, a menos que o agente estatal esteja despido dessa condição.

Se a desobediência à ordem mandamental não tipifica o crime do artigo 330, do Código Penal, quando praticado por servidor público, outra solução tem que ser estabelecida em nível legislativo. E como adotar um remédio que sirva a coarctar procedimentos como acima referido, já que a prisão por desatenção a ordem não está prevista na legislação nacional com força executiva, como ocorre aos inadimplentes de pensão alimentícia e aos depositários infieis.

Ao deixar de cumprir uma determinação, o agente público, não comete o delito de resistência, já que consoante afirmado supra - é impossível que um delito previsto para ser praticado por particular contra a administração pública em geral, tenha como sujeito ativo um funcionário público. Ademais, não é razoável que um funcionário público ocupante de cargo ou função que lhe permita cumprir ou ordenar o cumprimento de uma ordem judicial, atue com violência ou ameaça contra o oficial de

justiça, que portará a ordem emanada do magistrado. E sem violência ou ameaça, não há que falar-se em resistência.

A prevaricação é delito atribuído ao agente público, quando este retarda ou deixa de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou fazer interesse ou sentimento pessoal. No perquirir, se realmente o funcionário agiu objetivamente a satisfação de interesse ou sentimento pessoal. Se ausentes quaisquer destas motivações, ausente está também a prevaricação.

Não pratica abuso de autoridade o servidor público que recusa cumprimento a uma ordem mandamental. Pode entretanto, cometer o delito previsto na Lei nº 4.898/65, se pratica quaisquer das ações previstas no artigo 4º do mencionado diploma, tendo como sujeito passivo o próprio cidadão, atingido pelo incorreto comportamento do agente do Estado; não figurará no pólo passivo o Estado, por sua atividade jurisdicional.

A falta de previsão legal que estabeleça algum tipo de sanção à autoridade que deixa de dar cumprimento às sentenças emanadas em mandado de segurança, torna ineficaz a prestação jurisdicional do Estado, que fica a mercê do arbítrio de seus agentes.

Em busca de uma resposta para as indagações acima formuladas é que se procura dar forma de ensaio às presentes idéias.

Se delas não exsurge solução, decerto aflora pelo menos uma contribuição, útil aos operadores jurídicos, à Administração Pública, que disporá de elementos para pautar sua conduta vindoura, evitando transtornos àqueles que verdadeiramente estipendiam o seu funcionamento, e até mesmo ao próprio Poder Legislativo, que através de *lege ferenda* poderá criar mecanismos punitivos da conduta da autoridade que, injustificadamente, descumpre à ordem mandamental, tanto na esfera civil, como penal.

BIBLIOGRAFIA

ARRUDA ALVIM NETTO, “Do Mandado de Segurança”. *in* Direito Administrativo. São Paulo: Editora Resenha Universitária.

_____. “Anotações sobre Medida Liminar em Mandado de Segurança”. Revista de Processo 39/16.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Anntonio *et alii*. “Curso de Mandado de Segurança”. São Paulo: Editora LTR, 1986.

BARBI, Celso Agrícola. “Do Mandado de Segurança”. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1980.

_____. “Mandado de Segurança contra ato judicial”. Revista de Processo 36/24.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “A motivação das decisões como garantia inerente ao Estado de Direito”. *Temas de Direito Processual Civil*. 2a. ed. São Paulo: Saraiva.

BASTOS, Celso Ribeiro. “Comentários à Constituição do Brasil”. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 338.

CRETELLA JR., José. “Comentários às leis do Mandado de Segurança”. São Paulo: Saraiva, 1979.

COBO, Del Rosal e Vives Antón. “Derecho Penal”. 1990, pp. 62/63.

FERREIRA, Pinto. “Curso de Direito Constitucional”. 5a. ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 323.

GRECO FILHO, Vicente. “Tutela Constitucional das Liberdades”. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 160.

JESUS, Damásio E.. “Manual de Direito Penal”. 3a. ed. São Paulo: Saraiva, 1978.

KELSEES, Hans. “Teoria Pura do Direito”. Tradução de João Batista Machado. 3a. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1991, p. 328.

MIRANDA, Pontes. “Comentários à Constituição de 1967. São Paulo: Forense, Tomo II, p. 189.

MAGALHÃES NORONHA, Edgard. “Curso de Direito Processual Penal”. 18a. ed. São Paulo: Saraiva, 1978.

MARQUES, José Frederico. “Manual de Direito Processual Civil”. Volume 1. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 178.

MEIRELLES, Hely Lopes. “Direito Administrativo Brasileiro”. 17a. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1992.

_____. “Mandado de Segurança e Ação Popular”. 10a. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

_____. “Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção e *Habeas-Data*”. 16a. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1995.

OTHON SIDOU, J. M. “Do Mandado de Segurança”. 3a. ed. Revista dos Tribunais, 1969.

SEABRA FAGUNDES, M. “A nova lei do Mandado de Segurança”. RF 144/79.

TEMER, Michel. “Elementos de Direito Constitucional”. 10a. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1993, p. 176.

TUCCI, Rogério Lauria. Revista *Ajuris*, nº 56, p. 35, 1995.

TARS. ADV 4515. Rel. Rui Aguiar.

WALD, Arnold. “Do Mandado de Segurança na Prática Judiciária”. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1968.