

A doutrina predominante, com todo o acêrto, ao referir-se à administração pública, não a considera em sentido orgânico ou subjetivo: — quer dizer, a administração fica caracterizada com base na natureza jurídica interna do ato administrativo, com total abstração da índole do órgão ou do agente produtor do ato (MIGUEL S. MARIENHOFF, *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo I, pág. 43).

Pública administração em sentido objetivo é a ordem dos órgãos estatais aos quais é atribuída como competência característica e normal a função administrativa (RENATO ALESSI, *Diritto Amministrativo*, pág. 7).

A atividade entendida para realizar o complexo dos fins constitui, em sentido objetivo, a administração pública (GUIDO LANDI e GIUSEPPE POTENZA, *Manuale di Diritto Amministrativo*, pág. 11).

Administração é atividade concreta do Estado para conseguir fins nacionais (ARTURO LENTINI, *Istituzioni di Diritto Amministrativo*, pág. 7).

Administração é a atividade pública, a atividade concreta com que o Estado provê à consecução dos fins para os quais êle age (UGO FORTI, *Diritto Amministrativo*, vol. I, pág. 14).

Função administrativa é a atividade estatal que tem por objeto a realização dos fins estatais enquanto requerem execução prática, mediante atos jurídicos — que podem ser regulamentares, subjetivos, ou atos-condição — e operações materiais (ENRIQUE SAYAGUEZ LASO, *Derecho Administrativo*, vol. I, pág. 40).

Assumir as funções administrativas significa simplesmente prover às necessidades de ordem pública e assegurar o funcionamento de certos serviços públicos para a satisfação de interêsses gerais e a gestão dos trabalhos de utilidade pública (ANDRÉ HAURIOU, *Droit Administratif*, pág. 7).

A palavra administração designa antes de tudo certos órgãos e não uma certa atividade. Pode-se dizer: os administradores são aqueles que se dedicam a certos gêneros de operações, claramente distintas das outras. Deve-se dizer, ao contrário: a administração são as operações, quaisquer que sejam sua natureza intrínseca, que fazem os administradores (WALINE, *Manuel Elémentaire de Droit Administratif*, pág. 6).

DO MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA A TOS DO PODER JUDICIÁRIO

ARNOLDO WALD

Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade do Estado da Guanabara.
Procurador do Estado da Guanabara

1. O Supremo Tribunal Federal firmou dois princípios, consagrando-os em súmulas que reconheceram que:

“Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição” (Súmula n.º 267).

“Não cabe mandado de segurança contra decisão judicial com trânsito em julgado” (Súmula n.º 268).

Tais súmulas refletem o entendimento predominante nos diversos Tribunais do país.

A matéria deu margem a inúmeros pronunciamentos judiciais, tendo sido feito um levantamento de mais de quatrocentos acórdãos que analisam o cabimento do mandado de segurança contra atos judiciais, conforme se verifica na obra *O Mandado de Segurança e a sua Jurisprudência*, vol. I, pág. 275 e seguintes.

2. Os diversos Tribunais do país já admitiam a apreciação por mandado de segurança de decisões judiciais das quais não cabia recurso suspensivo, como se verifica pelos acórdãos publicados in *Revista Forense*, vol. 198, pág. 268; vol. 182, pág. 271; vol. 159, pág. 159; vol. 181, pág. 244; vol. 185, pág. 254; e vol. 191, pág. 226, e *Revista dos Tribunais*, vol. 307, pág. 131, e vol. 314, pág. 401.

Ao contrário, a tendência dominante era no sentido de não permitir a correição por mandado de segurança de decisão que já tenha transitado em julgado (*Revista de Jurisprudência do Tribu-*

nal de Justiça do Estado da Guanabara, vol. 11, pág. 20, e *Diário da Justiça da União* de 5-6-1964, pág. 487, apenso ao n.º 101).

3. Resumindo a situação jurisprudencial brasileira, o Professor J. J. CALMON DE PASSOS, em excelente estudo sobre a matéria, chegou às seguintes conclusões:

“a) Só em face da inexistência de recurso ordinário é possível o cabimento do mandado de segurança contra ato judicial;

b) apenas é admissível o mandado de segurança quando inexistir recurso ordinário e fôr manifesta a incompetência da autoridade judiciária para a prática do ato;

c) em princípio, havendo recurso ordinário, é incabível o mandado de segurança contra ato judicial; a excepcionalidade do caso pode autorizar o conhecimento do *mandamus* havendo recurso daquela natureza;

d) cabível o *writ* havendo recurso ordinário, quando fôr este recurso de efeito apenas devolutivo;

e) admissível o mandado quando, existindo recurso ordinário, fôr insuficiente para garantir o restabelecimento do estado anterior, em caso de provimento, ou insuficiente para obstar manifesta ilegalidade;

f) cabível o mandado quando tiver por objetivo assegurar o respeito à coisa julgada” (J. J. CALMON DE PASSOS, *Mandado de segurança contra atos judiciais, in Estudos Sobre o Mandado de Segurança, publicação do Instituto de Direito Processual, 1963, pág. 54*).

4. Na doutrina, o acôrdo se realizou quanto à admissibilidade do mandado de segurança contra atos administrativos praticados pelos órgãos do Poder Judiciário.

No tocante aos atos pròpriamente jurisdicionais, diversos eminentes processualistas se manifestaram contra a possibilidade da apreciá-los em mandado de segurança. Tal é a posição de CARVALHO SANTOS (*Código de Processo Civil interpretado*, 4.ª edição, Freitas Bastos, 1954, vol. IV, pág. 303; comentários ao art. 319), de LUÍS BUENO VIDIGAL (*Do Mandado de Segurança*, 1953, págs. 111) e seguintes; de CELSO AGRÍCOLA BARBI, (*Do Mandado de Segu-*

rança, 1.ª edição, n.º 105, pág. 78) e aparentemente, de GUILHERME ESTELITA (*Do Mandado de Segurança contra Ato Jurisdicional, in Revista Forense*, vol. 132, pág. 341 e seguintes), de ALFREDO BUZAI (*Revista de Direito Administrativo*, vol. 44, pág. 36) e de ATALIBA PEREIRA VIANA (*Limites ao uso do Mandado de Segurança, tese de recurso, 1959, Rio de Janeiro, pág. 39*).

5. Na realidade, o Desembargador ESTELITA admite o mandado de segurança contra atos judiciais, com objetivos limitados, com a finalidade de facultar ao impetrante recurso, para a autoridade normalmente competente, contra o ato judicial impugnado, embora êste fôsse por lei irrecorrível, dando, outrossim, ao recurso, efeito suspensivo na hipótese de só lhe ser reconhecido por lei o efeito devolutivo. Seria, pois, o mandado apenas para excluir a realização ou a manutenção do ato ilegal até final reapreciação da matéria, pelo Tribunal, em recurso ordinário (*in Revista Forense*, vol. 132, pág. 346).

Por sua vez, ALFREDO BUZAI reconheceu que a jurisprudência consagra a utilização do mandado de segurança contra atos jurisdicionais (*Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, 1961, fascículo I, pág. 225) e, em parecer considerou tal remédio hábil para corrigir ilegalidade praticada pelo Conselho da Magistratura (*Revista Forense*, vol. 175, págs. 90 e seguintes).

6. LUÍZ MACHADO GUIMARÃES propõe uma distinção entre atos estritamente jurisdicionais, praticados no processo de cognição, não corrigíveis por mandado de segurança, e atos “jurisdicionais por dependência”, praticados no processo executivo e no processo cautelar, que seriam suscetíveis de reforma por mandado de segurança.

No estudo que fêz sobre *A revisão do Código de Processo Civil*, o eminente processualista reconhece a tendência dos nossos tribunais para a admissão do mandado de segurança como meio excepcional de correição de decisões judiciárias contrárias à Lei ou a Constituição, lembrando que:

“O certo é que tão freqüentes são as concessões do mandado, sempre em casos excepcionais, que a exceção já vai se transformando em regra...

Ora, um princípio jurídico que todos os dias carece de ser violado em homenagem à justiça — é um falso princípio” (*Revista Forense*, vol. 114, pág. 8).

Em seguida, esclarece MACHADO GUIMARÃES que considera cabível o mandado de segurança contra os atos administrativos praticados pelos órgãos do Poder Judiciário e também contra os atos de natureza jurisdicional quando não praticados pelo juiz no curso do processo de cognição, pois neste processo os atos devem permanecer rigorosamente imunes à censura por via de mandado de segurança. Justifica o seu entendimento classificando o mandado como processo de cognição de rito sumaríssimo e concluindo que:

“...Fazer interferir êste processo (do mandado de segurança) em outro de idêntica natureza, seria superfetação insuportável. Não se admite o uso simultâneo de dois procedimentos, ainda que de ritos diferentes, para a obtenção do mesmo escopo” (*Revista Forense*, vol. 114, pág. 10).

7. O Professor AUGUSTO MEIRA foi um dos primeiros defensores da admissibilidade do mandado de segurança contra atos jurisdicionais (*Arquivo Judiciário*, vol. 32, pág. 772), tendo a sua tese, desde logo, merecido o apoio dos Ministros ANIBAL FREIRE, PHILADELPHO AZEVEDO e CASTRO NUNES (V. ANIBAL FREIRE, *Mandado de Segurança contra decisões judiciais*, in *Revista Forense*, vol. 130, pág. 359, e PHILADELPHO AZEVEDO, *Um Triênio de Judicatura*, São Paulo, Max Limonad Editor, vol. V, págs. 102 e 103, e ainda CASTRO NUNES, ob. cit., pág. 124).

PONTES DE MIRANDA, nos seus *Comentários ao Código de Processo Civil* (2.^a edição, Rio, *Revista Forense*, 1959, vol. V, pág. 173), reconhece ser cabível o mandado de segurança contra atos judiciais não prevendo a lei ou a jurisprudência recurso hábil para o caso, a mesma tese tendo sido abraçada por OTHON SIDOU, para quem, se inexistir recurso ou se o mesmo se mostra ineficaz, o mandado de segurança é medida adequada (*Do Mandado de Segurança*, 2.^a edição, já citada, pág. 99, n.º 59).

Não discrepam de tais ensinamentos CÂNDIDO DE OLIVEIRA NETO (*Repertório* já citado, vol. 32, pág. 291), HELY LOPES MEIRELES (*Problemas do Mandado de Segurança*, in *Revista de Direito Administrativo*, vol. 73, pág. 43) e SEABRA FAGUNDES (*A nova Lei do Mandado de Segurança*, in *Revista Forense*, vol. 144, pág. 39).

8. Podemos assim afirmar que doutrina e jurisprudência dominantes admitem o mandado de segurança para corrigir a violação de direito líquido e certo por ato judicial do qual não caiba recurso com efeito suspensivo. Foi êste, aliás, o ponto de vista que que sempre sustentamos.

SEABRA FAGUNDES, na sua obra sôbre *O Contrôlo dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário* (2.^a edição, pág. 319), chega a entender ser cabível o mandado de segurança contra decisão judicial ilegal, mesmo na hipótese de existir recurso com efeito suspensivo, quando tal recurso não foi oportunamente interposto. Tal entendimento é compartilhado por J. J. CALMON DE PASSOS, que afirma:

“Mas se a existência do recurso de efeito suspensivo e a sua interposição têm a virtude de afastar a admissibilidade do *writ*, igual virtude não tem a sua mera existência, se não interposto” (J. J. CALMON DE PASSOS, *Do Mandado de Segurança contra Atos Judiciais*, já citado, pág. 105).

Não acompanhamos o eminente processualista baiano na sua afirmação, pois não deve fruir dos benefícios do mandado de segurança aquêle que oportunamente não interpôs o recurso adequado. *Dormientibus jus non succurrit*. Acresce que, vencedora a tese da admissibilidade do mandado de segurança, todos os prazos de impetração de recursos, que, na realidade, são de decadência, sofreriam uma prorrogação, pois, dentro dos 120 dias seguintes à decisão judicial, um mandado de segurança poderia ser impetrado para modificá-la.

9. A fundamentação da extensão do mandado de segurança aos atos judiciais encontra raízes na história do direito brasileiro e no direito comparado. Tanto o *habeas-corpus* como o *recurso de amparo* foram sempre e ainda são considerados meios de corrigir ilegalidades contidas em atos jurisdicionais, e os trabalhos preparatórios dos diversos diplomas legais referentes ao mandado de segurança revelam a preocupação do legislador de permitir o seu uso contra atos de qualquer natureza, praticados por qualquer autoridade, desde que seja ilegal o ato e tenha ferido direito líquido e certo. Embora o anteprojeto constitucional de 1934 tenha restrin-

gido a garantia, só admitindo o *writ* contra atos do Poder Executivo, as diversas emendas ampliaram-no, e a Lei n.º 191 referiu-se expressamente ao seu uso contra atos do Poder Judiciário, o mesmo ocorrendo com a Lei n.º 1.533, de 1951.

10. O texto constitucional vigente também afirma o cabimento do mandado de segurança contra ato de qualquer autoridade, não podendo a lei ordinária estabelecer uma distinção ou exclusão não prevista na Constituição.

Não há dúvida alguma quanto ao enquadramento dos órgãos do Poder Judiciário entre as autoridades cujos atos são suscetíveis de controle por mandado de segurança.

Também não merecem acolhida os argumentos que pretendem excluir o mandado de segurança contra atos judiciais por haver, na hipótese, controle múltiplo da mesma matéria, ou seja, apreciação, em ritos distintos, do mesmo fato. CALMON DE PASSOS esclareceu, com muita felicidade, que, ao lado dos remédios usuais ou normais, o mandado de segurança se apresentava como técnica extraordinária de correção de atos violadores de direitos. Não haveria, no caso, subversão alguma, mas tão somente uma técnica mais aprimorada e eficiente para atender casos de lesões mais violentas. “A forma normal e ordinária de revisão e emenda das decisões judiciais são os recursos previstos no ordenamento processual. A admissibilidade do mandado de segurança, em tais circunstâncias, representaria uma subversão, a rutura da *normalidade*, do que *ordinariamente* se faz” (CALMON DE PASSOS, ob. cit., pág. 71).

As condições extraordinárias da violação do direito por ato ilegal exigem, todavia, tal subversão quando os recursos ordinários se mostram falhos e ineficazes.

Não há, por outro lado, duas apreciações, em ritos distintos, do mesmo conflito de interesses, pois na ação se discute o conflito entre as partes e no mandado de segurança a legalidade do ato praticado pelo juiz no julgamento ou no processamento do feito. Os objetivos da ação entre as partes e do mandado de segurança contra o ato do juiz são, pois, distintos.

Quanto ao princípio do contraditório, deve êle ser respeitado no mandado de segurança contra ato judicial, chamando-se como litisconsorte passivo a parte contrária no processo já existente, como, aliás, determina o próprio art. 19 da Lei n.º 1.533, de 1951,

que manda aplicar ao mandado as normas sobre assistência e litisconsórcio constantes do Código de Processo Civil (art. 88).

Em acurado estudo, CALMON DE PASSOS fez a discussão completa dos argumentos levantados na matéria, concluindo no sentido de faltar-lhes a força da convicção invencível, “única bastante par impedir que se ponha o problema, no particular dos atos do juiz, do ponto de vista da ilegalidade ou do abuso de poder, como o exige o mandamento constitucional” (ob. cit., pág. 83).

11 — Adotando o ponto de vista de CASTRO NUNES, o Supremo Tribunal Federal conheceu do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n.º 3.690, em que era recorrente Laura Agostini de Vilalba Alvim e recorrida a 5.ª Câmara do Tribunal de Justiça do Distrito Federal. O mandado não fôra conhecido pelo Tribunal de Justiça local, que entendeu caber da decisão proferida pela Câmara o Recurso Extraordinário, tendo o Supremo Tribunal Federal reformado o acórdão em 30 de novembro de 1956, a fim de determinar que o Tribunal *a quo* apreciasse o mérito do pedido. Trata-se de verdadeiro *leading case*.

12. No tocante à correção, que é conhecida pela maioria das leis de organização judiciária, entende a doutrina que a possibilidade de *reclamação* não impede a utilização do mandado de segurança. A correção parcial ou reclamação deve ser compreendida como uma providência de ordem disciplinar existente dentro da órbita administrativa, que jamais deve assumir funções judicantes. A referência à correção parcial que encontramos no art. 5.º 11 da Lei n.º 1.533, de 1951, abrange, pois, tão somente a decisão de matéria disciplinar ou administrativa (V. a respeito o excelente parecer de BUZAIID sobre *Correção Parcial*, in *Revista Forense*, vol. 175, pág. 90, e ainda CALMON DE PASSOS, ob. cit., pág. 75, e OTHON SIDOU, ob. cit., pág. 102).

A reclamação não é recurso, pois os recursos somente podem ter a sua origem em lei processual federal (art. 5.º, XV, da Constituição Federal), merecendo as veementes condenações que lhe fizeram PONTES DE MIRANDA, ao explicá-la como “retrocesso psicanalítico às formas anteriores às próprias querimônias, sinal de regalismo ditatorial de juízes legisladores”, e JOSÉ FREDERICO MARQUES, para quem a reclamação constitui “o maior aleijão do nosso

direito positivo” (ap. BUZAI, parecer citado, in *Revista Forense*, vol. 175, pág. 93).

13 — Na realidade, a doutrina dominante e a própria jurisprudência reconhecem a inconstitucionalidade da reclamação ou correição parcial considerada como meio de corrigir decisões judiciais, entendendo-se, pois, que a possibilidade de reclamar (questão administrativa e disciplinar) em nada tolhe a parte no seu direito de impetrar o mandado de segurança que é resolvido pela autoridade judiciária no exercício de sua função judicante.

A êste respeito o Ministro MÁRIO GUIMARÃES teve o ensejo de esclarecer que:

“O Conselho Superior da Magistratura, para o qual são encaminhados tais pretensos recursos (correição parcial), é uma seção administrativa do Tribunal. Não é uma Câmara Judicante. Não se envolve na apreciação de qualquer matéria, que deva incidir em julgamento decisório das Câmaras. Se um juiz acaso erra atribuindo a um perito salários excessivos, o Conselho não modifica a decisão. *Isso compete às Câmaras*. O Conselho adverte simplesmente o magistrado, anota o seu nome para informar quanto ao seu mérito ou demérito em qualquer oportunidade, e pode até, conforme o caso, tomar providências mais enérgicas. *Tudo, porém, dentro da órbita administrativa*. Jamais assume funções judicantes” (ap. *Revista Forense*, vol. 175, pág. 95).

14 — Em tese, é assim cabível o mandado de segurança contra a decisão do juiz que, sem justo motivo, se recusa a receber a contestação do réu ou que, em ação de despejo por infração contratual, recebe a apelação tão somente no efeito devolutivo. Não basta, todavia, a injustiça da sentença para permitir o recurso ao mandado de segurança: é preciso que haja ato judicial ilegal que tenha violado direito líquido e certo.

O MINISTÉRIO PÚBLICO NA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL DE 1967

SERGIO FERRAZ

Procurador do Estado. Professor da Faculdade de Direito da Universidade do Estado da Guanabara

A Constituição Federal de 1967, ao dispor sobre o Ministério Público, alterou formal e substancialmente a disciplina que a matéria recebera na Carta anterior. É ao exame dessas alterações, de alguma profundidade, e considerável relevância, que nos propomos nessa oportunidade. Ressalvamos, contudo, o intuito modesto a animar êste trabalho, que não pretende ultrapassar a significação de um primeiro e sumário exame da matéria.

De início, como novidade mais ostensiva, depara-se o estudioso com a integração do Ministério Público no Poder Judiciário. A colocação do Ministério Público, na Carta de 1946, frente à clássica tripartição dos Podêres do Estado, tradicionalmente constituiu motivo de perplexidades. O amálgama de atribuições deferido ao órgão — patrocínio judicial da Fazenda, persecução criminal, exercício processual de direitos subjetivos privados indisponíveis — realçava sua ligação com o Executivo. Ao mesmo passo, seu funcionamento permanente junto ao órgão da Justiça não só o estreitava ao Judiciário como acabava por operar conseqüências práticas de grande relevância: estendiam-se a seus membros as mesmas garantias da magistratura, tendo em vista a semelhança mais ou menos intensa de suas funções. Formalmente, o Poder Judiciário parecia cindido em dois ramos: um, encarregado de dirimir as controvérsias — a magistratura; outro, encarregado de pôr em funcionamento o primeiro, sempre que os interesses imediatos da Fazenda, da sociedade, da lei ou de particulares impossibilitados de exercê-los