

AS LIMINARES NO MANDADO DE SEGURANÇA: O PAPEL DA AUTORIDADE COATORA E AS MEDIDAS JUDICIAIS CABÍVEIS

JOSÉ HENRIQUE MOUTA ARAÚJO

Doutor e mestre e em direito (UFPA), professor titular da Universidade da Amazônia, do Centro Universitário do Estado do Pará e da Faculdade Ideal, procurador do Estado do Pará e advogado.

1- Legitimidade recursal no mandado de segurança. O papel situacional da autoridade coatora

No presente ensaio, pretende-se enfrentar assuntos que ainda geram divergências interpretativas no âmbito da ciência processual: o papel da autoridade coatora e as medidas judiciais cabíveis visando impugnar medidas liminares concedidas em mandado de segurança.

Inicialmente, cumpre analisar a legitimidade/ interesse recursal, partindo-se das seguintes premissas: a) há possibilidade do MS atingir direitos de terceiros; b) as informações não têm natureza de defesa, mas mera peça probatória; c) a autoridade coatora não é ré, mas apenas “participante”, na condição de (re)presentante, que presta as informações e é excluída da lide; c) no pólo passivo está a pessoa jurídica de direito público (PJDP) que suportará o ônus advindos da decisão judicial¹.

A legitimidade/interesse recursal, neste mister, está garantida ao impetrante e à PJDP, na condição de partes, eis que possuem interesse na tutela jurisdicional pretendida². Contudo, não se pode excluir a possibilidade de recurso do

¹ Acerca da natureza jurídica das *informações* no mandado de segurança, ver: ARAÚJO, José Henrique Mouta. *Mandado de segurança*. Salvador : Juspodivm, 2007.

² Importante destacar a diferenciação entre interesse na tutela e interesse processual, este último sendo atributo específico do direito processual. Sobre o assunto, vale citar Teixeira de Freitas, com a ressalva de que as indicações dizem respeito ao CPC Português: “a parte possui um interesse na tutela sempre que tenha um direito que deva ser defendido ou acautelado, mas o interesse processual ou interesse de agir só existe quando a parte puder retirar alguma utilidade da tutela jurisdicional requerida. Pode suceder que a parte tenha interesse na tutela, porque é titular de um direito não satisfeito ou não realizado, mas não tenha interesse em utilizar determinado meio processual, porque a tutela pretendida não lhe atribui qualquer utilidade e ela não pode extrair daquela tutela qualquer vantagem para a satisfação ou realização do seu direito. Por exemplo: o credor que possui um título com manifesta força executiva continua a ter interesse em obter a sua prestação e, por isso, tem interesse na tutela, mas não possui interesse processual para instaurar uma acção condenatória (cfr. Art. 449º, n º 2, aliena c), do CPC), pois que lhe está aberta a possibilidade de utilizar a acção executiva (cfr. Art. 45º, n º 1, do CPC)”. SOUZA, Miguel Teixeira de. *Reflexões sobre a legitimidade das*

terceiro eventualmente atingido pela decisão, inclusive suscitando nulidade processual em razão de sua ausência, e da própria autoridade coatora, em casos específicos³.

A legitimidade recursal é da PJDP, podendo a autoridade coatora também apresentar recurso, mas na qualidade de terceiro interessado⁴; evitando, quem sabe, a instauração de processo administrativo disciplinar visando apurar responsabilidade funcional, ação de regresso ou mesmo alguma consequência administrativa impeditiva de promoção. No mesmo sentido, aduz Fabrício Matielo:

“Parte passiva no mandado de segurança é a pessoa jurídica de direito público responsável pela autoridade dita coatora; esta, como visto, não é parte, mas representante, e o ato que praticou é tido como sendo da própria representada”⁵

Contudo, problema maior pode ser causado nas hipóteses em que a própria autoridade coatora suporta a penalidade processual contida na decisão mandamental.

É possível, e não tão raro, a imputação de multa diretamente à pessoa física que, atuando na condição de autoridade coatora no mandado de segurança, v.g., tenha retardado ou descumprido ordem judicial (art. 14, parágrafo único, do CPC)

partes em processo civil. Cadernos de Direito Privado, n.º 1, janeiro/março 2003. Braga: Centro de Estudos Jurídicos do Minho (CEJUR), p. 06.

³ O STF decidiu em sentido contrário, no julgamento cuja ementa se transcreve: “Recurso extraordinário. Mandado de segurança. Autoridade coatora. Ilegitimidade para interpor recurso extraordinário. Juiz auditor militar. Promoção para o Tribunal de Justiça Estadual. Ausência de prequestionamento do tema constitucional. Ofensa reflexa à carta magna. 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que a pessoa jurídica de direito público a que pertence a autoridade ou o órgão tido como coator é o sujeito passivo do mandado de segurança, razão por que é ele o único legitimado para recorrer da decisão que defere a ordem. 2. Não se encontram prequestionados os arts. 5º, XXXV, XXXVI, LXIX e LXXI, 93, I, II e III, da Constituição Federal, invocados na petição de apelo extremo, pois não foram apreciados no acórdão recorrido, e, embora suscitados na petição dos embargos de declaração, não foram apresentadas contra-razões ao recurso ordinário em mandado de segurança, momento em que poderiam ter sido oportunamente apontados, não se prestando os declaratórios a inovar matéria constitucional estranha aos autos, como tem reiteradamente decidido esta Corte. 3. De outra parte, o Superior Tribunal de Justiça acolheu a pretensão da impetrante a partir da exegese do Código de Organização e Divisão Judiciária do Estado de Mato Grosso do Sul (Lei estadual 1.511/94) e de dispositivos da Lei Orgânica da Magistratura Nacional - LOMAN, o que implica dizer que suposta infringência ao texto constitucional, acaso existente, seria indireta ou reflexa, cujo exame não tem lugar na sede extraordinária. 4. Agravos regimentais improvidos” (RE-AgR 412430 / MS - Relatora Min. Ellen Gracie – 2ª Turma – J. em 13/12/2005 – DJ de 17-03-2006 PP-00040 Ement VOL-02225-04 pp-00731).

⁴ No mesmo sentido, entende Fredie Didier Jr: “podemos afirmar que a autoridade coatora somente tem legitimidade recursal enquanto terceira juridicamente interessada, jamais como parte; nesta condição, apenas a pessoa jurídica de direito público”. *Recurso de terceiro: juízo de admissibilidade*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2002, p. 133.

⁵ *Mandado de segurança*. Porto Alegre : Síntese, 1996, p. 36.

A multa, *in casu*, é personalíssima e, apesar da autoridade coatora ser considerada mera “participante” do mandado de segurança, há a possibilidade de interposição de recurso na condição de *parte no incidente processual em que se discute a imputação da multa*⁶ desde que demonstre prejuízo próprio, interesse processual e a presença dos pressupostos e condições recursais. Neste sentido, vale citar Lijeanne Cristina Pereira Santos:

“Assim, poderá o ‘participante’ recorrer da decisão desfavorável na qualidade de parte, mas somente no que concerne àquele incidente, não podendo fugir das margens que o cercam. Esta legitimidade se assemelha com o que já se sucede quando da aplicação da multa do art. 424, do CPC, ao perito, sendo ele também legitimado a recorrer na qualidade de patê no incidente processual”⁷.

Já o STJ decidiu que:

“Recurso especial. Administrativo. Processual civil. Prefeito municipal. Autoridade coatora. Sentença concessiva de segurança. Legitimidade para recorrer. Prejuízo próprio. 1. A jurisprudência deste Tribunal, em precedente da Corte Especial, pacificou entendimento de que a autoridade coatora apenas tem legitimidade para recorrer de sentença que concede a segurança quando tal recurso objetiva defender interesse próprio da dita autoridade. 2. O Prefeito Municipal, na qualidade de autoridade coatora, não possui o prazo dobrado para recurso, sobretudo porque o Alcaide Municipal não se confunde com a Fazenda Pública, esta o ente que suporta o ônus da decisão do mandado de segurança. 3. Recurso especial conhecido, mas improvido” (REsp 264632/ SP – Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura (1131). 6ª Turma. J. em 04/09/2007, DJ de DJ 19/11/2007 p. 298.

Percebe-se, portanto, que o papel da autoridade coatora é situacional e dependerá de cada caso concreto. Bem a propósito, este raciocínio conduz a

⁶ Algo semelhante ocorre nas exceções de suspeição ou impedimento em que o juiz, se rejeitar a imputação que lhe é formulada, passa a atuar como *parte no incidente* (apesar de não sê-lo no procedimento originário), inclusive com possibilidade de condenação em custas processuais (art. 314 do CPC).

⁷ *A legitimidade da autoridade coatora para recorrer em sede de mandado de segurança quando condenada pela multa do art. 14, parágrafo único do CPC*. Revista de Processo n. 122, São Paulo : Revista dos Tribunais, 2005, p. 142.

uma reflexão interessante: se a imputação da multa pessoal ocorrer na sentença, a autoridade poderá, em relação a este *capítulo do decisum*, interpor recurso como parte sucumbente; e, em relação aos demais, na qualidade de terceiro interessado.

Outrossim, nada impede que a autoridade coatora provoque, por meio de medida processual própria, nova discussão judicial acerca da penalidade que lhe fora imposta no mandado de segurança originário – quiçá outro *mandamus* contra ato oriundo do Poder Judiciário. Contudo, a fim de evitar sucessivas e intermináveis demandas judiciais, mister admitir sua intervenção situacional no procedimento do mandado de segurança, quer na condição de parte (nos casos de imputação pessoal), quer na de terceiro interessado.

2- Medidas judiciais cabíveis em face das medidas liminares em mandado de segurança processados em 1º grau. O cabimento de recurso excepcional em caso de conversão do agravo de instrumento em retido nos autos

Outro tema que merece discussão refere-se a indagação acerca de quais são as medidas judiciais cabíveis em face de medidas liminares apreciadas pelos magistrados de 1º grau.

Destarte, sendo proferida medida liminar *inaudita altera parte*, podem ser adotadas duas condutas pela PJDP: apresentação de pedido de suspensão dos efeitos (art. 4º, da Lei 4.348/64) e/ou agravo de instrumento, com pedido de concessão de efeito suspensivo (art. 527, III c/c 558, do CPC).

De outra banda, ocorrendo o indeferimento da medida pleiteada pelo impetrante, ou mesmo nas situações em que o magistrado se reserva para apreciar o pedido em outro momento processual (normalmente após as informações), cabível é o agravo de instrumento com pedido de efeito ativo.

Apesar de tal parecer simples este raciocínio, o fato é que houve – e ainda há - discussão acerca do (in) cabimento de agravo de instrumento em face das medidas liminares apreciadas no mandado de segurança, tendo em vista sua tramitação em procedimento especial.

Há entendimentos de que no mandado de segurança não cabe agravo de instrumento nem retido⁸, ou que apenas é impugnável via gravo a decisão que indefere o pleito liminar⁹. Outrossim, ainda há posicionamentos de que é recorrível, por meio de agravo de instrumento, apenas a decisão que não

⁸ Sobre o assunto, ver, dentre outros, VASCONCELLOS, Antônio Vital Ramos de. A assistência no mandado de segurança. Repertório IOB de jurisprudência, n. 21/91,1. Quinzena Nov. 1992, pp.477-479.

⁹ MAIA FILHO, Napoleão Nunes. *Estudos processuais sobre o mandado de segurança*. Fortaleza: UFC, 2000, pp. 117 e seguintes.

recebe a apelação, sendo irrecuráveis as demais interlocutórias, em razão do procedimento especial do MS¹⁰.

Contudo, mister fazer a seguinte indagação: qual o motivo para não aceitação do Agravo de Instrumento em face de decisão interlocutória proferida no MS? É razoável afirmar que a justificativa da irrecurribilidade passa pela discussão quanto ao procedimento especial do *mandamus*.

Ora, se fosse irrecurável a decisão que aprecia a liminar, consagrar-se-ia o cabimento de nova demanda mandamental impugnando-a, o que geraria atraso na tramitação processual e violação aos princípios da duração razoável do processo, ampla defesa, contraditório e devido processo legal (art. 5º. LXXVIII, LV e LIV da CF/88). Assim, defende-se o cabimento de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo ou ativo, em face da decisão interlocutória que apreciou o pedido de liminar formulado pelo impetrante¹¹⁻¹².

Antônio Ricardo Santos de Abreu também argumenta que:

“Ademais, se não for admitido o agravo de instrumento, por não haver recurso cabível, abre, pois, a possibilidade de outro mandado de segurança se a decisão do juízo ferir o direito líquido e certo à tutela pretendida, portanto, é mais fácil, ágil e prático autorizar o agravo de instrumento do que induzir a parte prejudicada a ingressar com outro mandado de segurança contra ato jurisdicional dele se utilizando como sucedâneo recursal. Isso causaria a proliferação de mandados de segurança sobre mandados de segurança, situação que tumultuaria mais que a utilização do agravo de instrumento”¹³.

Ainda sobre a temática, escreve Barbosa Moreira:

“A tese da irrecurribilidade das decisões interlocutórias no processo do mandado de segurança é errônea do ponto de vista técnico e inconveniente do ponto de vista político. Sua

¹⁰ TEIXEIRA, Sálvio de. *Mandado de segurança: apontamentos*. Revista Forense, Rio de Janeiro : Forense, n. 21/91, 1. Quinzena Nov. 1992, p. 477-479.

¹¹ Em razão da medida de urgência normalmente requerida no recurso, não há respaldo para cabimento do agravo retido.

¹² Defendendo o cabimento do Agravo: CAMBI, Accácio; CAMBI, Eduardo. *Cabimento do agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias em mandado de segurança*. In NERY JR, Nelson e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord). Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais, São Paulo : RT, 2001, p. 18 e BUENO, Cassio Scarpinella. *Mandado de segurança: comentários às Leis nº 1.553/51, 4.348/ 64 e 5.021/66*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, pp. 84 e seguintes.

¹³ ABREU, Antônio Ricardo Santos de. *Cabimento do agravo de instrumento contra decisão que indefere pedido de liminar em mandado de segurança*. Revista Juris Plenun. Ano IV, n. 23 (set./out. 2008). Caxias do Sul : Editora Plenun, 2008, p. 19

adoção em nada concorre para tornar mais eficiente a tutela dos direitos vindicáveis por meio do remédio hoje previsto no art. 5º, n.º LXIX, da Constituição da República. *Last but not least*: dificilmente se harmoniza com a garantia estatuída no item IV, *fine*, do mesmo dispositivo constitucional, que no conceito de “ampla defesa” inclui “os meios e recursos a ela inerentes”¹⁴.

Em seguida, arremata:

“Cumpre abandonar de uma vez por todas o vezo de pôr o mandado de segurança ao relento, de expulsá-lo sem dó nem piedade do recinto do sistema processual vigente. Essa tendência – quase íamos escrevendo *mania* – já é responsável por grandes equívocos, como o do pretense descabimento de condenação da parte vencida em honorários advocatícios, em má hora consagrado na *Súmula da Jurisprudência Predominante* do Supremo Tribunal Federal (n.º 512). Dê-se-lhe um basta, antes que ela faça mais estragos”¹⁵.

Com efeito, não se vislumbram argumentos para a manutenção da tese de irrecorribilidade das liminares no mandado de segurança¹⁶. Talvez a crítica prática a ser feita diz respeito a dupla chance assegurada à PJDP, eis que, além do AI, poderá utilizar o pedido de suspensão da liminar. Contudo, tal *prerrogativa* não pode servir de argumento para negativa do cabimento de recurso, contra a decisão de 1º grau que concede medida liminar no MS, ou mesmo em face da que recebe (com ou sem efeito suspensivo) a apelação interposta em face da sentença¹⁷.

¹⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Recorribilidade das decisões interlocutórias no processo do mandado de segurança*. Temas de direito processual (sexta série). São Paulo : Saraiva, 1997, p. 223 e 224.

¹⁵ Idem, *Ibidem*, p. 224.

¹⁶ Está tramitando no Legislativo Federal o Projeto de Lei n. 125/2006 que pretende, dentre outras coisas, colocar ponto final na discussão, admitindo expressamente o cabimento de agravo de instrumento contra a decisão de 1º grau que conceder o negar a liminar (art. 7º, §1º).

¹⁷ Eduardo Arruda Alvim, ao comentar o acórdão AgIn 068.160-5-2ª Câm. Dir. Públi. – TJSP – j. 28.04.1999, afirma que: “a não admissão do agravo pode levar a situações absurdas. Se se admite que a não concessão da liminar pode inviabilizar, em determinadas circunstâncias, que o mandado de segurança proporcione ao impetrante a garantia *in natura* pleiteada, não admitir que a decisão denegatória da liminar se possa interpor agravo de instrumento significa concluir que o tribunal pode *menos* do que o juiz de primeiro grau, porque, quando a apelação chegar ao tribunal, a situação de dano irreversível ou de difícil reparação já se terá, provavelmente, consumado”. ALVIM, Eduardo Arruda e SCARPINELLA BUENO, Cássio. *Agravo de Instrumento contra decisões proferidas em mandado de segurança. Execução provisória*. Revista de Processo n. 95. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1999, p. 238.

Outrossim, está se tornando relativamente comum na prática forense a determinação de conversão do agravo de instrumento em retido nos autos, como prega o art. 527, II, do CPC, prestigiando esta última modalidade e, na prática, esvaziando o interesse recursal, considerando que quando da análise do mérito do recurso a alteração no estado de fato poderá comprometer sua viabilidade jurídica¹⁸.

Nesta hipótese, acaso o Relator entenda que no agravo de instrumento interposto em face de decisão de 1º grau que apreciou medida liminar não há a demonstração da medida prevista nos arts. 527, III c/c 558 do CPC, razoável é negar provimento monocrático do apelo e não determinar sua conversão, eis que, além da urgência configurar-se o próprio *mérito recursal*, será inócuo e sem aplicabilidade prática o retorno do recurso ao juízo de origem¹⁹.

Aliás, é mister indagar: se, em tese, fosse admitida a conversão, qual seria a medida processual cabível? Pela leitura do parágrafo único, do art. 527, do CPC, o caso provocaria a apresentação de pedido de reconsideração, o qual, por óbvio, não possui natureza recursal. Contudo, tal medida também parece absolutamente inócua, eis que: a) não possui efeito suspensivo ou mesmo ativo; b) normalmente levará a mesma consequência já determinada pelo Relator (e o retorno dos autos ao 1º grau normalmente será irreversível).

Logo, defende-se o cabimento imediato de recurso excepcional nos casos em que há a interpretação do Relator de forma contrária ao pleito emergencial suscitado pelo agravante, tendo em vista que este é o *mérito de seu recurso*. Não pode a parte ficar prejudicada pela determinação de conversão em situações em que se discute medida liminar concedida ou negada em 1º grau.

Aliás, defendendo o cabimento de recurso excepcional de decisão que determina a conversão, vale a pena citar Pedro Miranda de Oliveira:

“Entretanto, após a edição da Lei nº 11.187/2005 a decisão monocrática do relator de converter o agravo de instrumento em agravo retido passou a ser a *única e última* palavra do tribunal acerca da questão. Trata-se de decisão *final*, ou seja, dentro do sistema ordinário de recursos não há outra espécie recursal apta a impugnar tal decisão.

¹⁸ Sobre as alterações ocorridas no recurso de agravo (e suas modalidades), ver ARAÚJO, José Henrique Mouta. *O agravo e as mais recentes alterações processuais: alguns questionamentos*. In Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins. Vol 10. NERY JR, Nelson e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords). São Paulo : Revista dos Tribunais, 2006, pp. 200-230.

¹⁹ “Nesse passo, nas hipóteses de decisão positiva ou negativa de liminar no *writ of mandamus*, o agravo na forma retida merece ser afastado, pela urgência que, necessariamente, acompanha todo e qualquer pedido de liminar, não havendo interesse jurídico em sua interposição. De feito, o agravo retido somente é conhecido como preliminar no julgamento da apelação (art. 523 do Código de Processo Civil), quando, na verdade, o que se pretende é que, de plano, seja ou não reconhecido o direito do impetrante à liminar”. SOARES, Ana Katarina Fonteles. *Da Recorribilidade das Decisões que Apreciam Pedido de Liminar em Mandado de Segurança*. Rev. Juríd. da FIC, Fortaleza, v.4, n.7, p. 23-34, jan./jun. 2006, p. 41.

E não se diga que o recurso excepcional só pode ser interposto contra decisão colegiada, pois o novo parágrafo único do art. 527 do CPC veda expressamente o cabimento do agravo interno, restando então o campo adequado para a interposição digamos *direta* do recurso extraordinário, do especial, ou de ambos, em sendo o caso”²⁰.

Também Márcio André Monteiro Gaia defende o cabimento imediato de recurso excepcional, ao afirma que:

“Logo, em tom de arremate, a única ou última solução a que se pode chegar, quando esgotado o plano recursal comum (seara ordinária), ou seja, sem previsão alguma de contraposição à decisão do relator, é conceber o aviamento do recurso extraordinário ou o recurso especial, conforme o caso, exorcizando, uma vez por todas, a açodada interpretação de irrecorribilidade da decisão da retenção do agravo”²¹.

Em verdade, a possibilidade de conversão do agravo de instrumento é admitida, em tese, em qualquer procedimento, não apenas no mandado de segurança. Logo, tratando-se de decisão de *última instância*, defende-se o cabimento, desde logo, de recurso excepcional e, se for o caso, de medida cautelar para emprestar efeito suspensivo para, com isso, tentar cessar os efeitos da decisão interlocutória proferida em 1º grau.

²⁰ OLIVEIRA, Pedro Miranda de. *O cabimento direto do recurso excepcional contra a decisão monocrática de conversão do agravo de instrumento em retido*. Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro, n. 64, Belo Horizonte : editora fórum, 2008, pp. 116-117.

²¹ *Reflexões variantes sobre o (des)cabimento do mandado de segurança como meio de impugnação às decisões de conversão do agravo de instrumento em agravo retido*. RDDP 66.São Paulo : Dialética, setembro/2008, p. 85-86.