

## MANDADO DE SEGURANÇA: SOBRE O SIGNIFICADO DE “DIREITO LÍQUIDO E CERTO” E DE “ATO DE AUTORIDADE PÚBLICA”

Julio Pinheiro Faro Homem de Siqueira

Deborah Merçon-Vargas

**Resumo:** conceitualmente, o mandado de segurança é um instrumento constitucional cujo emprego se destina a proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou por *habeas data*, de ato de autoridade pública que o lesione ou que o venha a lesionar. Nossos pontos os seguintes, conceituar a cláusula “direito líquido e certo” e apontar que atos, a princípio, podem ser tidos como cometidos por autoridade pública.

**Palavras-chave:** Mandado de segurança, Direito líquido e certo, Atos impugnáveis.

**Área:** Direito Constitucional.

### 1 Introdução

O saudoso professor Hely Lopes Meirelles (1997, p. 21) definiu de certa feita que mandado de segurança constitui-se como “o meio constitucional posto à disposição de toda pessoa física ou jurídica, órgão com capacidade processual, ou universalidade reconhecida por lei, para a proteção de direito individual ou coletivo, líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, lesado ou ameaçado de lesão, por ato de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça”.

Da definição, amplamente aceita pela doutrina, acima dada devem ser extraídas duas expressões-chave, de notável pertinência ao instituto do mandado de segurança: “direito líquido e certo” e “ato de autoridade”. Nosso objetivo, enfrentar as referidas expressões, procurando delimitar seus conceitos.

### 2 Direito Líquido e Certo

A expressão constitucional “direito líquido e certo” já foi objeto de largas discussões doutrinárias e jurisprudenciais. Em verdade, a polêmica teórica teve início na época em que ainda vigia, no texto da Constituição de 1934, o predicado “incontestável”, substituído posteriormente pelo atual “líquido”.

Há algum tempo, a incontestabilidade era associada ao direito mesmo do requerente, o que motivava diversos juristas a questionarem o verdadeiro sentido da opção constitucional por um vocábulo tão “forte”. Acreditava-se que a ação pressupunha a contestação de um direito e que, se assim não fosse, como parecia impor a norma, não haveria necessidade de nenhuma ação protetiva. É o que salienta José da Silva Pacheco (2002, p. 224), senão vejamos: “A princípio

cogitava-se de ‘direito certo e incontestável’, mas como qualquer direito é passível de contestação, viu-se logo que a incontestabilidade não constitui caráter específico. Optou-se por seu alijamento e, em seu lugar, colocou-se ‘líquido’, mantendo-se o ‘certo’”.

O Ministro do STJ, Sálvio de Figueiredo Teixeira (p. 4), observou, em artigo intitulado “Mandado de Segurança: Apontamentos” as lições magistrais do antigo ministro da mesma instituição, Carlos Mário Velloso, que disse: “Nos primórdios do mandado de segurança chegou-se a entender que direito líquido e certo fosse aquele que não demandasse maiores considerações, ou que não ensejasse dúvida, sob o ponto de vista jurídico, o que não oferecesse complexidade, de fácil interpretação, o direito translúcido, evidente, acima de toda dúvida razoável, apurável de plano sem detido exame nem laboriosas cogitações, o que levou Castro Nunes a afirmar que, entendidas desse modo as palavras do texto constitucional, só as questões muito simples estariam ao alcance do mandado de segurança”.

Diante de críticas dessas estirpe e das vozes que recordavam o princípio do *iuria novit curia*<sup>i</sup>, segundo o qual é dever do magistrado aplicar o direito, por mais controvertido que seja o entendimento jurídico sobre a matéria, sendo defeso a ele a alegação de complexidade da questão, alterou-se a redação da Carta Magna, consagrando-se, posteriormente, por meio a Súmula 625<sup>ii</sup>, do STF, a noção de que, por mais intrincado fosse o caso posto à apreciação, não se negaria a ele, com base em tais argumentos, a segurança pleiteada.

De fato, como explica Carlos Alberto Menezes Direito, por meio dos ensinamentos mais que oportunos do brilhante Pontes de Miranda, “as questões de direito, por mais renhidas que sejam, não tornam incertos e ilíquidos os direitos”. E ainda que “quando a situação jurídica vai aos tribunais, para que a examinem, não tem esses de procurar a lei que deva reger a espécie e, então, aplicá-la; a lei, que dever reger, já incidiu, e a aplicação é apenas a confirmação judicial de tal incidência”. De acordo com o falecido mestre, a impetração “deve conter matéria tal que a Justiça, decidindo, não julgue sobre o direito – chancelo-o apenas”. (grifos originais; Direito, 2003, p. 77).

Pacificado o sentido da expressão, cristalizou-se o conceito de “direito líquido e certo” na doutrina e na jurisprudência, transferindo para os fatos, a antiga incontestabilidade ou incerteza, que recaía sobre o direito. Essa, conquanto haja pequenas diferenças nas definições dadas pelos doutrinadores e aplicadores do direito, é noção de praxe da matéria, sem a qual não se sobrevive nos estudos do instituto.

Vejamos o que dizem a respeito alguns nomes de peso da doutrina.

Hely Lopes Meirelles, citado por Menezes Direito (2003, p. 66), conceitua, em frase já clássica, direito líquido e certo como sendo aquele “manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração”.

Eduardo Sodré (2006, p. 107), em artigo publicado na obra “Ações Constitucionais”, alerta, apoiado pela doutrina, que direito líquido e certo “é aquele direito titularizado pelo impetrante, embasado em situação fática perfeitamente delineada e comprovada de plano por meio de prova pré-constituída.”

Cássio Scarpinella Bueno (2002, p. 13), por seu turno, assevera que, “por direito líquido e certo deve ser entendido aquele direito cuja existência e delimitação são claras e passíveis de

demonstração documental. Hely Lopes Meirelles tem passagem clássica em que afirma que melhor seria a fórmula constitucional (e legal) ter-se referido à necessidade de o fato que dá supedâneo à impetração ser líquido e certo e não o direito em si mesmo. Para ele, o direito líquido e certo “é um conceito impróprio e - mal expresso – alusivo à precisão e comprovação do direito quando deveria aludir à precisão e comprovação dos fatos e situações que ensejam esse direito”.

Carlos Alberto Menezes Direito (2003, p. 66), em seu Manual do Mandado de Segurança afirma: “A expressão direito líquido e certo, herdeira de “direito certo e incontestável”, da Constituição de 1934, tem o alcance próprio de direito manifesto, evidente, que exsurge da lei com clareza, “que é sobranceiro a qualquer dúvida razoável e maior que qualquer controvérsia sensata”, dispensando “a alta indagação de fatos intrincados, complexos ou duvidosos”, para buscar expressões clássicas do mestre Orozimbo Nonato.”

A administrativista Maria Sylvia Zanella di Pietro, cuida de apresentar não simplesmente uma definição, mas sim três requisitos essenciais à configuração de direito líquido e certo, lição, inclusive, valiosamente didática, para os estudiosos da matéria. Segundo a jurista, “o direito líquido e certo deve apresentar alguns requisitos, além da **certeza quanto aos fatos**:

1. Certeza jurídica, no sentido de que o direito deve decorrer de normal legal expressa, não se reconhecendo como líquido e certo o direito fundamentado em analogia, equidade ou princípios gerais de direito, a menos que se trate de princípios implícitos na Constituição, em decorrência, especialmente, do art. 5º, parágrafo 2º: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”;

2. Direito subjetivo próprio do impetrante no sentido de que o mandado é somente cabível para proteger direito e não simples interesse e esse direito deve pertencer ao próprio impetrante; ninguém pode reivindicar, em seu nome, direito alheio, conforme decisões unânimes do STF in RTJ 110/1026 e RDA 163/77. Não destoia desse entendimento a norma do art. 1º, parágrafo 2º, da Lei 1533/51, em consonância com a qual, “quando o direito ameaçado ou violado couber a várias pessoas, qualquer delas poderá requerer o mandado de segurança”, porque, nesse caso, cada qual estará agindo na defesa de direito próprio”. (...);

3. Direito líquido e certo referido a objeto determinado, significando que o mandado de segurança não é medida adequada para pleitear prestações indeterminadas, genéricas, fungíveis ou alternativas; o que se objetiva com o mandado de segurança é o exercício de um direito determinado e não sua reparação econômica; por isso mesmo, a Súmula nº269, do STF, diz que “o mandado de segurança não é substitutivo de ação de cobrança”. Assim, “o objeto do mandado de segurança é a anulação do ato ilegal ou a prática de ato que a autoridade coatora omitiu; se concedido o mandado, a execução se fará por ofício do juiz à autoridade para que anule o ato ou pratique o ato solicitado; não cumprida a execução, incidirá a autoridade no crime de desobediência. Não há a execução forçada no mandado de segurança”. (grifos da autora; Di Pietro, 2004, p. 677-678).

De conceitos e apontamentos doutrinários, fixados como premissas para o estudo da matéria, exsurtem repercussões jurídicas na caracterização do mandado de segurança. Tais efeitos não passaram despercebidos pela doutrina, que, na esteira dos ensinamentos dos mestres Celso

Agrícola Barbi e Ovídio Batista, conforme escreve Kepler Ribeiro Gomes, enfatizam a natureza tipicamente processual do direito líquido e certo.

Com efeito, se os fatos devem ser incontroversos para que a ação constitucional atenda ao requisito do “direito líquido e certo”, a partir da subsunção de tal situação fática à norma legal expressa, tem-se, por via de consequência, que estes necessitam ser comprovados de plano, juntamente a inicial, por prova documental.

José da Silva Pacheco (2002), evidencia essa característica do instituto tratado, atentando para a imprescindibilidade da comprovação dos fatos, conforme se infere da passagem abaixo, na qual cita Celso Agrícola Barbi retirada de uma de suas obras: “Não basta alegar a existência do direito, tampouco basta a existência do mesmo. ‘É preciso que haja direito líquido e certo. Por esse motivo, Celso Agrícola Barbi entende dever iniciar-se a sistematização do mandado de segurança a partir da definição do que seja direito líquido e certo, a ele sujeitando-se o legislador ordinário e o doutrinador, ‘sob pena de fazerem trabalho irreal, afastado do direito brasileiro, onde surgiu aquela expressão no direito público’ (Do mandado de segurança, n.66, p.77). Por fim, assinala que “o conceito de direito líquido e certo é tipicamente processual, pois atende ao modo de ser de um direito subjetivo no processo: a circunstância de um determinado direito subjetivo realmente existir não lhe dá a caracterização de liquidez e certeza; esta só lhe é atribuída se os fatos em que se fundar puderem ser provados de forma incontestável, certa, no processo. E isto normalmente só se dá quando a prova for documentada, pois esta é adequada a uma demonstração imediata e segura dos fatos’ (Celso Agrícola Barbi, ob. cit, n.75, p.85).”

Não restam dúvidas, outrossim, que é a partir dessa essência processual, que podem ser explicados a adoção do rito especial e a necessidade de a peça inicial estar, de plano, instruída com prova documental, a chamada prova pré-constituída. No mandado de segurança, não há fase instrutória ou produção de provas complementares, pois isso significaria que ainda subsiste algum tipo de incerteza quanto aos fatos, o que, como se viu, é inadmissível.

É o que diz Carlos Alberto Menezes Direito (2003, p. 68), senão vejamos: “o que o mandado de segurança exige é que o direito submetido ao julgamento dispense qualquer dilação probatória. O que há é a prova pré-constituída, presente no momento da impetração, de tal modo que o direito invocado pelo impetrante possa ser imediatamente protegido. Como bem assinalou o Ministro Geraldo Sobral, em acórdão de foi relator, no antigo Tribunal Federal de Recursos, “se a matéria ventilada nos autos requer dilação probatória, torna-se insuscetível de ser apreciada na via estreita e rápida do mandado de segurança, ante o que se desfaz a alegação da certeza e liquidez do direito pelo impetrante, ressaltando-lhe, contudo, ampla defesa nas vias ordinárias”.

Aplicando a teoria do processo civil ao mandado de segurança, é de fácil vislumbre a dificuldade de enquadramento do direito líquido e certo como instituto. Scarpinella Bueno o elenca como condição de admissibilidade de julgamento da ação, específica dessa ação constitucional, ao lado das outras três, genéricas, de conhecimento notório. A corrente que posiciona o direito líquido e certo como pressuposto de admissibilidade – a que mais encontra adeptos, em que pesem algumas opiniões em contrário<sup>iii</sup> - do mandado de segurança é, aliás, a adotada pelo Pretório Excelso, tendo sido já levantada em pelo Ministro Sepúlveda Pertence, que, quanto à questão, já se pronunciou da seguinte forma, afirmando que o direito líquido e certo é “pressuposto de admissibilidade do mandado de segurança, é requisito de ordem processual,

atinente à existência de prova inequívoca dos fatos em que se basear a pretensão do impetrante e não à procedência desta, matéria de mérito.”<sup>iv</sup>

### 3 Atos de Autoridade Pública

Estabelecido o conceito da cláusula "direito líquido e certo", convém estabelecermos que atos podem ser objeto da impetração do *mandamus*. A definição dada por Hely Lopes Meirelles, e aceita por grande parte da doutrina, leva em conta que: mandado de segurança é meio constitucional destinado à proteção de direito fundamental, desde que não amparado por *habeas corpus* ou por *habeas data*, lesado ou ameaçado de o ser, por **ato de autoridade**.

O inciso LXIX do artigo 5º da Constituição da República de 1988 traz a seguinte redação: “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”. Portanto, pela redação do dispositivo constitucional “a impetração visa a prevenir ou corrigir ação ou omissão, ilegal e abusiva, praticada ou em vias de ser praticada, por autoridade pública” (Sodré, 2006, p. 108).

Trata-se de procedimento no qual o impetrante vai de encontro não apenas a atos administrativos em sentido amplo, mas também a quaisquer outros atos de autoridades públicas, do Executivo, do Judiciário ou do Legislativo (Flaks, 1980, p. 40-41). Assim, nos cabe trazer o que se entende por ilegalidade e abuso de poder e por autoridade pública coatora, e, ainda, e principalmente, quais são os atos que podem ser objeto da impetração de mandado de segurança.

#### 3.1. Ilegalidade e abuso de poder

De boa monta definirmos o que é ilegalidade e o que é abuso de poder, haja vista a observação feita por J. M. Othon Sidou (1992, p. 213): “nem todo abuso de poder constitui ilegalidade, nem toda ilegalidade se manifesta como abuso de poder”; por isso necessário saber o conceito de cada uma dessas expressões.

A maior de todas as ilegalidades é a inconstitucionalidade, a qual se apresenta, especificamente, como o desvio do padrão constitucional, e, genericamente, como o desvio do padrão legal, ou seja, do padrão da lei. De se notar que só nessas breves linhas já temos a existência de dois tipos de ilegalidade, de modo que não deve surpreender o fato de existirem outros tantos tipos. Portanto, estabelecemos um conceito genérico, aplicável a todos os casos: ilegalidade é o desvio do padrão legal.

Um desses tipos de ilegalidade, muito comum, aliás, é trazido por Adilson Abreu Dallari (2002, p. 18): o desvio de poder, que nas palavras do professor “é uma ilegalidade disfarçada; é uma ilicitude com aparência de legalidade”. Também chamado de desvio de finalidade, o desvio de poder, de acordo com Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2006, p. 219), é ou aquele ato praticado com finalidade diversa daquela prevista em lei ou aquele ato praticado não em prol do interesse público (como deve ser), mas em prol de interesse particular.

“Abuso de poder, diferentemente, relaciona-se intrinsecamente aos chamados ‘atos discricionários’, que, de acordo com a doutrina tradicional do direito administrativo, correspondem àqueles atos em que a autoridade tem maior margem de apreciação dos motivos, dos elementos ou da finalidade a ser atingida pelo ato” (Cassio Scarpinella Bueno, 2002, p. 15).

### **3.2. Autoridade pública coatora**

A autoridade pública coatora pode ser originária ou ser derivada, isto é, o ato ilegal ou abusivo deve ser praticado por agentes da Administração Pública direta ou indireta ou por particulares que exerçam função pública. “A autoridade coatora deve ser pessoa física que, em nome da pessoa jurídica à qual esteja vinculada, tenha poder de decisão, isto é, de desfazimento do ato guerreado no mandado de segurança” (Cassio Scarpinella Bueno, 2002, p. 18). Antonio César Bochenek (2002, p. 55) informa que a autoridade coatora “é a única que, além de poder praticar atos executórios, pratica atos decisórios”. Isso é de enorme importância para se saber quem é que será o impetrado, ou seja, o ocupante do pólo passivo da ação de mandado de segurança. Além disso, “a exata determinação de quem seja a autoridade coatora nos casos concretos é da maior importância, porque disso depende a fixação do órgão competente para o julgamento, uma vez que, segundo o nosso direito positivo, a competência para conhecer dos mandados de segurança não deriva da questão ajuizada, e sim da hierarquia da autoridade que praticou o ato impugnado por aquela via processual” (Celso Agrícola Barbi, 2002, p. 81).

### **3.3. Atos que podem ser objeto da impetração do mandado de segurança**

Os atos de autoridade pública é que podem ser objeto da impetração da ação de mandado de segurança. Mas não todos. Assim é que apresentaremos o rol dos atos que são passíveis de referida ação. Celso Agrícola Barbi (2002, p. 77) ensina que “a determinação do objeto do mandado de segurança deve partir de um duplo ponto de vista: de um lado, coloca-se o direito ameaçado ou lesado, e do outro o ato ameaçador ou lesivo”. Sobre o direito ameaçado ou lesado tratamos em nosso capítulo três; o ato ameaçador ou lesivo é tratado no presente capítulo. Ensina Sérgio Ferraz (1996, p. 82) que tal ato, também chamado ato coator, pode ser positivo (uma ação) ou negativo (uma omissão).

Passamos, pois, ao objeto de nosso capítulo quatro, destacando que não pretendemos esgotar o assunto, mas apenas estabelecer algumas diretrizes.

#### **a) Atos normativos**

A doutrina aponta que os atos normativos podem ser abstratos (quando necessitam de um fato gerador para produzir os efeitos que lhe são particulares) ou concretos. Exemplo de ato normativo abstrato é o *caput* do artigo 121 do Código Penal, o qual traz a seguinte norma: “se matar alguém será pena de reclusão de seis a vinte anos”; para que seja aplicada a pena prevista na norma é preciso que haja a subsunção da conduta humana ao preceito previsto, ou seja, que alguém mate outrem. Aos atos normativos concretos basta sua vigência para que produzam efeitos no mundo fático.

Contra os atos normativos concretos é notório que se pode impetrar mandado de segurança, haja vista que sua mera vigência pode provocar, por si só, lesão ou ameaça de lesão a direito

líquido e certo de uma determinada pessoa humana. Contra os atos normativos abstratos, também chamados de leis em tese, o ajuizamento da ação mandamental não é; a matéria consta inclusive da Súmula 266 do Supremo Tribunal Federal: “não cabe mandado de segurança contra lei em tese”.

#### **b) Atos judiciais ou jurisdicionais**

Lucia Valle Figueiredo (1997, p. 61-62) escreve que “muitos juízes só aceitam mandado de segurança contra ato judicial se houver manifesta ilegalidade, ou se houver ato teratológico, mas, na verdade, não é isso que quer o texto constitucional. Os atos dos juízes sujeitam-se ao mandado de segurança tanto quanto os atos dos membros dos Poderes Legislativo e Executivo, uma vez que aqueles – os magistrados – são tão agentes públicos, tão autoridade quanto estes últimos. Necessário, apenas, que o ato seja ilegal ou abusivo. Realmente, não mais se pode negar a possibilidade de o juiz ser autoridade capaz de constranger indevidamente. Isso se dará toda vez que, ao agir em desconformidade com a lei ou com abuso de poder, cause agravo ao jurisdicionado”.

O STF, em sua Súmula 267, trouxe o entendimento de que não é cabível mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou de correição. Carlos Alberto de Salles (2002, p. 126-128) traz o entendimento de que a inadmissibilidade da ação mandamental tange o aspecto de que o referido recurso tenha efeito suspensivo ou de que a antecipação da medida de correição não seja antecipada. Assim escreve o citado autor: “o abrandamento da Súmula 267, consentido a partir da decisão mencionada [RE 76.909-RS], chegou a ponto de permitir a utilização do mandado de segurança sempre que um recurso não tivesse efeito suspensivo e fossem verificados os requisitos próprios do processo cautelar, isto é, a aparência de bom direito e o perigo de dano decorrente da demora do procedimento recursal”.

O STF destacou em sua Súmula 268 que o ato judicial transitado em julgado não é passível de mandado de segurança. Embora a doutrina mais recente (Antonio César Bochenek, 2002, p. 85; Carlos Alberto Salles, 2002, p. 139) tenha destacado que a ação mandamental é cabível caso o direito se mostre líquido e certo (uma vez que a ação rescisória pode-se apresentar ineficaz ou inadequada para evitar a ocorrência de uma lesão irreparável ou de difícil reparação); não podemos concordar com a admissibilidade da ação mandamental para tal situação, haja vista que tal instrumento apresentaria-se fora de contexto. Ora, se o direito é líquido e certo o mandado de segurança deveria ter sido impetrado antes da formação da coisa julgada, de jeito que tendo esta se formado, não mais cabe o mandado, e sim, e apenas, a ação rescisória.

Tanto no caso da Súmula 267 quanto no da Súmula 268, quando terceiro prejudicado interpuser ação mandamental, esta será admitida, haja vista que “o mandado de segurança se presta a evitar a ilegal extensão de efeitos da sentença sobre quem não foi parte da lide” (Carlos Alberto de Salles, 2002, p. 142).

José Carlos Baptista Puoli (2002, p. 435-436) traz o entendimento de que os atos praticados pelo Ministério Público em inquéritos civis podem vir a ser objeto de uma ação mandamental, haja vista que “os inquéritos civis são sim elementos de forte pressão, e que esse efeito colateral do procedimento pode sim concreta e especificamente causar graves ferimentos a direito líquido e certo, casos nos quais o mandado de segurança é meio processual adequado para prevenir ou corrigir eventuais exercícios abusivos do poder”.

Luiz Orione Neto (2002, p. 539) traz alguns outros entendimentos, que citamos:

1. “não cabe mandado de segurança contra ato judicial consubstanciado em decisão interlocutória de conteúdo positivo passível de recurso de agravo de instrumento com efeito suspensivo”.
2. “não cabe mandado de segurança contra ato judicial visando a atribuição de efeito suspensivo a recurso de agravo de instrumento”.
3. “não cabe mandado de segurança como sucedâneo de recurso dotado de efeito suspensivo ou de efeito ativo, se dele a parte não se valeu *in opportuno tempore* por qualquer razão”.
4. “não cabe mandado de segurança contra ato judicial consubstanciado em decisão interlocutória de conteúdo negativo passível de recurso de agravo de instrumento com efeito ativo”.
5. “não cabe a impetração de novo mandado de segurança – contra decisão interlocutória denegatória de anterior *mandamus*. Nessa hipótese, cabe recurso de agravo de instrumento com efeito ativo”.
6. “não cabe mandado de segurança contra acórdão de Câmara Cível de Tribunal Estadual, de Tribunal Regional Federal ou de Tribunal Superior”.
7. “não cabe mandado de segurança para o Tribunal Pleno contra acórdão de órgão fracionário do próprio Tribunal, na pendência de recurso extraordinário, recurso especial e/ou recurso ordinário”.

### **c) Atos executivos**

“De imediato, ao se falar em ato coator tem-se em mente o ato administrativo. Aliás, a princípio a acepção era ainda mais estreita: pensava-se no ato administrativo praticado, ativa ou omissivamente, pelo agente do Poder Executivo” (Sérgio Ferraz, 1996, p. 83). Para demonstrar que houve uma evolução nesse campo, ou seja, que se passou a admitir a ação mandamental contra atos do Poder Público em geral, isto é, incluindo os poderes Legislativo e Judiciário, é que por último trazemos os atos executivos como objeto de impetração do *mandamus*.

De plano deve-se destacar que se o Estado praticar ato como pessoa jurídica de direito privado, o ato não será de autoridade, porque não possui as prerrogativas de Poder Público, e, assim, não poderá ser atacado por mandado de segurança, e sim pelos remédios comuns previstos pelas leis processuais.

A Lei 1.533/51 traz em seu artigo 5º, I, que não cabe ação de mandado de segurança quando do ato de autoridade pública couber recurso administrativo com efeito suspensivo independente de caução. O preceito legal “não pode, entretanto, conduzir ao afastamento da impetração toda vez que o impetrante desistir da esfera administrativa por liberalidade sua ou quando a esfera administrativa, por imposições legais, tornar-se onerosa” (Cassio Scarpinella Bueno, 2002, p. 45).

Também não cabe ação mandamental contra ato disciplinar, salvo quando este for praticado por autoridade incompetente ou com inobservância de formalidade essencial (Lei 1.533/51, artigo 5º, III). “Essas duas situações peculiares, identificadas pelo próprio dispositivo, são reveladoras do cabimento do mandado de segurança toda vez que, à guisa da prática de ato discricionário [...], cometer-se uma ilegalidade, assim a incompetência da autoridade ou a inobservância de formalidade essencial” (Cassio Scarpinella Bueno, 2002, p. 50).

## Referências

BOCHENEK, Antonio César. A autoridade coatora e o ato coator no mandado de segurança individual. *In*: BUENO, Cassio Scarpinella; ALVIM, Eduardo Arruda; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança**: 51 anos depois. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Mandado de segurança**: comentários às Leis n. 1.533/51, 4.348/64 e 5.021/66 e outros estudos sobre mandado de segurança. 1ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

DALLARI, Adilson de Abreu. Desvio de poder na anulação de ato administrativo. *In*: BUENO, Cassio Scarpinella; ALVIM, Eduardo Arruda; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança**: 51 anos depois. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 19ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2006; 18ª ed., 2004.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes. **Manual do Mandado de Segurança**. 4ª ed. Renovar: Rio de Janeiro, 2003.

FERRAZ, Sérgio. **Mandado de segurança (individual e coletivo)**: aspectos polêmicos. 3ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 1996.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Mandado de segurança**. 2ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 1997.

FLAKS, Milton. **Mandado de segurança**: pressupostos da impetração. 1ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1980.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito administrativo**. 1ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, habeas data**. São Paulo: Editora Malheiros, 1997 (18ª ed.), 1989 (1ª ed.).

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito administrativo**. 18ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2005.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005.

ORIONE NETO, Luiz. Panorama atual do mandado de segurança contra ato judicial. *In*: BUENO, Cassio Scarpinella; ALVIM, Eduardo Arruda; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança: 51 anos depois**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

PACHECO, José da Silva. **O mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas**. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998; 4ª ed., 2002.

PUOLI, José Carlos Baptista. O mandado de segurança e os atos praticados pelo Ministério Público em inquéritos civis. *In*: BUENO, Cassio Scarpinella; ALVIM, Eduardo Arruda; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança: 51 anos depois**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

SALLES, Carlos Alberto de. Mandado de segurança contra atos judiciais: as Súmulas 267 e 268 do STF revisitadas. *In*: BUENO, Cassio Scarpinella; ALVIM, Eduardo Arruda; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança: 51 anos depois**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

SIDOU, J. M. Othon. **Habeas corpus, mandado de segurança, ação popular** – as garantias ativas dos direitos coletivos. 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1992.

SODRÉ, Eduardo. Mandado de segurança. *In*: DIDIER JR, Fredie (org.). **Ações constitucionais**. 1ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2006.

TEMER, Michel. **Elementos de Direito constitucional**. 13ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 1997.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **Mandado de Segurança: apontamentos**. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br>. Acesso em: 26 jan. 2007.

RIBEIRO, Kepler Gomes. **Direito líquido e certo no mandado de segurança. Natureza jurídica e efeitos da sentença que reconhece sua inexistência**. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3318>. Acesso em: 26 jan. 2007.

---

<sup>i</sup> O autor Eduardo Sodré (2006, p. 106) explica a insustentabilidade da posição doutrinária anterior, considerando que a assimilação do direito certo e incontestável como direito simples, sem grandes controvérsias, não pode “ser utilizado como critério para exercício de uma garantia constitucional fundamental.”

<sup>ii</sup> Súmula 625 – “Controvérsia sobre matéria de direito não impede concessão de mandado de segurança.”

<sup>iii</sup> Ver AMS 89.04.18601-3/PR; TRF 4ª região; publicado no DJ em 7/2/90

<sup>iv</sup> RTJ 133/1314

<sup>v</sup> A doutrina tem falado em mandado de segurança preventivo. José da Silva Pacheco (1998, p. 184) escreve que “a norma jurídica material, geral e abstrata, depende de ato administrativo ulterior para considerar-se em execução”. Eduardo Sodré (2006, p. 109), utilizando-se desta lição argúi a possibilidade de impetrar de modo preventivo a ação mandamental: ora, “estando a administração pública adstrita ao princípio da legalidade, poderá ser impetrada a ação mandamental preventivamente, baseada no fundado receio de que a autoridade administrativa, após a consubstanciação do fato gerador, venha a dar cumprimento ao quanto abstratamente previsto na norma”. Antonio César Bochenek (2002, p. 78) aponta inclusive que “em se

---

tratando de mandado de segurança em matéria tributária, é cabível a sua impetração antes do lançamento”, ou seja, “estabelece-se uma presunção da incidência da norma tributária ameaçando o direito subjetivo do contribuinte que pode se socorrer do mandado de segurança a fim de não ver aplicada uma norma tida por inconstitucional”.