

O MANDADO DE SEGURANÇA E O RECURSO DE TERCEIRO PREJUDICADO

MIGUEL SEABRA FAGUNDES

1. Dois — e apenas dois — são os pressupostos constitucionais de cabimento do mandado de segurança: *a*) existência de um direito líquido e certo, que não o de liberdade de ir e vir; *b*) ameaça ou lesão, a esse direito, por ato ilegítimo (ilegalidade ou abuso de poder) de qualquer agente do poder público (Emenda n.º 1, art. 153, § 21).

2. - Duas circunstâncias, porém, levaram a legislação específica, imediatamente posterior à instituição dessa via sumaríssima — Lei n.º 191, de 16 de janeiro de 1936 — a impor reservas processuais à sua utilização. Tendo em vista a simplicidade processual do mandado de segurança, imperativo da sua assemelhação originária ao *habeas-corpus* (Constituição Federal de 1934, artigo 113, inciso 33, seg. parte), para o qual aparece como sucedâneo, após alguns anos da contenção deste, pela reforma constitucional de 1926, no âmbito estrito da proteção da liberdade de ir e vir, assentou essa lei que ele seria cabível somente em se tratando de direitos subjetivos passíveis de prova documental; e, considerando o entrosamento do *writ* na sistemática das vias processuais, excluiu-lhe a oportunidade em se tratando de direitos para cuja defesa existisse outro remédio pronto e eficaz. Assim é que, no art. 7.º, § 1.º, previu a instrução do pedido apenas com prova documental, e, no art. 4.º, vedou a impetração quando se cogitasse de atos contra os quais fosse cabível “recurso administrativo, com efeito suspensivo, independentemente de caução, fiança ou depósito”.

3. Essas posições do legislador, que o Código de Processo Civil (artigos 320, inciso II, e 321), e a Lei n.º 1.533, de 31 de dezembro de 1951 (arts. 5.º, inciso I, e 6.º) repetiriam, a jurisprudência as ratificaria, ao correr dos anos, afirmando a sua compatibilidade com o texto constitucional instituidor.

4. Embora não instituída em lei vedação do uso do *writ* quanto a atos judiciais, a jurisprudência se mostrou vacilante no admiti-lo contra eles, porém se inclinou, por fim, a aceitar-lhe o cabimento, desde que o ato judicial, lesivo de direito, não encontrasse corretivo pelas vias normais do processo. O que, de resto, era uma orientação vitalizadora, em termos razoáveis, do remédio criado pelo direito constitucional positivo para a proteção de

direitos subjetivos, qualificados antes pela excelência da pretensão (liquidez e certeza) do que pela qualidade do agente público argüido de denegação arbitrária.

5. Refletindo o critério assente na jurisprudência, a Lei n.º 1.533, de 31 de dezembro de 1951, dispõe:

“Art. 5.º Não se dará mandado de segurança quando se tratar:

.....
 II — de despacho ou decisão judicial, quando haja recurso previsto nas leis processuais ou possa ser modificado por via de correição;”

6. Com base nesse texto se tem pretendido que o direito a recurso, assegurado pelo art. 815, do Código de Processo Civil, torna incabível a impetração de mandado de segurança por aquele que, sem ser parte numa ação, teve direito seu afetado pela sentença definitiva nela prolatada.

7. A nós se nos afigura que o direito de recorrer que nesse artigo se reconhece ao terceiro prejudicado, não exclui a sua opção pelo mandado de segurança como via de ataque da sentença.

8. Dentro do critério exegético, que leva a preservar, tanto quanto possível, as dimensões constitucionais traçadas ao cabimento do mandado de segurança, mesmo considerando-o em face do sistema geral das vias processuais, parece-nos que o recurso de terceiro prejudicado não se insere entre os excludentes do uso dessa ação especialíssima.

A expressão da Lei n.º 1.533 — “recurso previsto nas leis processuais” — deve ter-se como relacionada com os recursos assegurados às partes. Porque estas, se deles abrissem mão, para utilizar o mandado de segurança, estariam tumultuando, por sofreguidão ou comodidade, a marcha normal das vias processuais de que voluntariamente se valeram (autores), ou dentro de cujos trâmites aceitaram litigar (réus).

No que concerne a quem não foi parte na ação, e apenas vai sofrer os efeitos reflexos da sentença, na qualidade de terceiro, a situação é outra. O recurso do art. 815 não lhe é imposto como via única e necessária para o valimento da sua pretensão contra o julgado. Estranho à lide, ele tem nesse recurso apenas um caminho, dentre outros, que pode utilizar para resguardar-se das repercussões da sentença proferida na ação em que não foi parte. O recurso para ele é facultativo. “Essa faculdade de recorrer — ensina ODILON DE ANDRADE em comentário ao citado art. 815 — independe da existência de outros meios judiciais com que o terceiro possa defender os seus direitos. Se estes forem de qualquer modo prejudicados na *res inter alios gesta*, está em suas mãos optar entre o caminho mais breve e econômico do recurso, ou o mais demorado e mais oneroso de uma demanda posterior. O recurso de terceiro é puramente facultativo”. (*Comentários ao Código de Processo Civil*, 1.ª edição, Forense, vol. IX, págs. 144-5). Se o recurso

oferecido pelo Código para defesa de direito de pessoa estranha à relação processual, é de uso facultativo, a critério do próprio interessado (ao invés do que sucede com os recursos deferidos às partes, que se não usados levam à preclusão e à coisa julgada), não se pode incluí-lo entre os *recursos previstos nas leis processuais*, que uma vez existentes tornam descabida a impetração de segurança. Emprestar-lhe este efeito será privar o terceiro, totalmente descomprometido com a ação ajuizada, de optar, entre vários meios de defesa do seu direito, por aquele que lhe pareça o mais condizente com o seu interesse. Será impor-lhe o uso de remédio processual que, a seu juízo, pode não se afigurar o melhor para a defesa do seu direito, seja pela inferioridade, quanto à prova e ao debate, em que se situe frente ao autor e ao réu na ação, seja por lentidão no desate da controvérsia, seja, enfim, por motivos outros vinculados ao seu interesse em espécie. Não sendo o terceiro compelido a usar o recurso do art. 815, mas tendo nele, tão somente, uma via, além doutras, para atacar a sentença que o prejudica, não há como excluir o seu apelo ao mandado de segurança, com base no inciso II, do art. 5.º, da Lei n.º 1.533. Não é possível dizer, em relação a ele, que haja recurso previsto na lei processual, pois o que nela se prevê pode ser insuficiente, a seu juízo, para a defesa da sua pretensão invalidatória. Somente quem é parte é que não pode, uma vez eleita (autor) ou aceita (réu) determinada via processual, variar para uma outra, com preterição dos recursos a cuja aceitação, como roteiro para os trâmites finais da lide, se obrigou virtualmente.

9. Porque assim de distinguir, não nos parece aplicável, nesse caso, a Súmula n.º 267, da “Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal”, (“Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição”), que, de resto, traduz, quase literalmente, o texto do art. 5.º, inciso II, da Lei n.º 1.533. O critério que ali assentou o Pretório Supremo há de ter tido em vista o comum dos casos, isto é, o de recurso atribuído às próprias partes, e, portanto, sem alternativa do apelo a outras vias processuais. Não o caso singular do estranho à lide, que não sendo obrigado, processualmente, a usar o recurso do art. 815, do Código Processual, pode ver no mandado de segurança (como nos embargos de terceiro) meio mais eficiente para a defesa do seu direito em face da sentença.