ATO JUDICIAL — MANDADO DE SEGURANÇA — DANO IRREPARÁVEL

— *Mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso sem efeito suspensivo: desde que ocorrentes os pressupostos constitucionais do mandado de segurança (Constituição Federal, art. 153, § 21) e desde que tenha sido interposto, a tempo e modo, o recurso próprio sem efeito suspensivo (porque, além do* mandamus *não ser sucedâneo de recursos processuais, a decisão irrecorrida é apanhada pela preclusão), se do ato judicial resultar a possibilidade de dano irreparável, ou de difícil reparação, admite-se o mandado de segurança para que sejam tolhidas, de pronto, as conseqüências lesivas da decisão impugnada. É que o* periculum in mora *da prestação jurisdicional faz nascer* causa petendi *de outro direito*

da ação, assim do direito ao mandado de segurança, distinto da ação em curso.

Inocorrência, no caso, da possibilidade de dano irreparável ou de difícil reparação.

Recurso Especial conhecido como Recurso Ordinário em Mandado de Segurança (Constituição Federal, art. 105, II, "b"; RI/STJ, art. 67, § 1º, V, e art. 247) e improvido.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Recurso Especial nº 1.507
Recorrente: Municipalidade de São Paulo
Recorrido: Juízo de Direito da 2ª Vara da Fazenda Municipal
Relator: Sr. Ministro CARLOS M. VELLOSO

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos, em que são partes as acima indicadas.

Decide a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, preliminarmente, conhecer do recurso como recurso ordinário em mandado de segurança e a ele negar provimento, nos termos do relatório e notas taquigráficas anexas, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 4 de dezembro de 1989. — *Carlos M. Velloso*, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Carlos M. Velloso: Trata-se de mandado de segurança impetrado pela Municipalidade de São Paulo contra ato do MM Juiz de Direito da 2ª Vara da Fazenda municipal, "que nos autos do processo de execução nº 78/85, promovido por Naby Julião Farah, determinou a reinclusão do autor no Regime de Dedicação Profissional Exclusiva — RDPE". Alega a impetrante que o referido ato violou "a coisa julgada exeqüenda" e pretende, com o *mandamus*, emprestar efeito suspensivo a agravo de instrumento interposto contra tal decisão.

A Sétima Câmara do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por unanimidade, julgou a impetrante carecedora da ação.

O acórdão de fls. 139-40 sustenta que só seria admitido o emprego da ação de segurança se o recurso adequado não pudesse evitar um dano de difícil ou incerta reparação. No caso, entretanto, "exatamente por conta do 'caráter contraprestacional' de que se revestirá o dispêndio, que para a impetrante advirá da reinclusão do funcionário público no Regime de Dedicação Profissional Exclusiva, é que não tem como configurar-se qualquer gravame ao erário. Ao pagamento, em verdade, terá correspondido trabalho; e trabalho, pelo qual a Administração sempre teria de pagar".

Inconformada, a Municipalidade de São Paulo interpõe recurso extraordinário, com fundamento no art. 119, III, *a*, da Constituição de 1967, argüindo a relevância da questão federal (fls. 142-52).

Alega a recorrente, em síntese, que:

a) o acórdão exeqüendo havia declarado que o autor estava indevidamente enquadrado no RDPE, pois a jornada de 40 horas semanais é incompatível com a atividade exercida pelo recorrido, que o sujeita à exposição de Raios X e outras substâncias radioativas. Determinou, assim, que o autor fosse beneficiado com as vantagens da Lei nº 7.957/73 (adicional de 35%, 20 horas...) e com as de seu antigo regime, enquanto não fosse corretamente enquadrado;

b) o juiz de primeiro grau, ao determinar que o funcionário permanecesse sob o

RDPE, para que não perdesse nenhuma das duas vantagens obtidas, decidiu de maneira contrária ao referido acórdão, modificando decisão de superior instância e ferindo coisa julgada;

c) o aresto do qual se recorre deve ser reformado, pois "o pagamento do adicional devido pela reinclusão do autor no regime ilegal, conforme ordenado, implicaria a impossibilidade de ressarcimento da municipalidade". Considerando que o cumprimento de tal decisão também causaria danos irreversíveis à saúde do próprio recorrido, é imprescindível o provimento do mandado de segurança, para que essa fique suspensa até o julgamento do agravo de instrumento.

À fl. 161, o 3º Vice-Presidente do Tribunal paulista, considerando a instalação do Superior Tribunal de Justiça, determinou a intimação do recorrente para a apresentação de petição de recurso especial, referente à matéria legal nos exatos limites em que foi deduzida no recurso extraordinário.

A municipalidade, às fls. 163-72, interpõe recurso especial, reproduzindo a argumentação já apresentada.

Após a manifestação do recorrido, subiram os autos a esta Egrégia Corte.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos M. Velloso (Relator): A decisão recorrida foi proferida em única instância e é denegatória da segurança. O recurso cabível, pois, é o ordinário (CF, art. 105, II, *b*), mais precisamente o recurso ordinário em mandado de segurança (RI/STJ, art. 247), o RMS (RI/STJ, art. 67, XXIX, § 1º, V).

Converto o recurso, pois, em recurso ordinário em mandado de segurança (RMS).

Abrindo o debate, esclareça-se que, em tema de mandado de segurança contra ato judicial de que não caiba recurso com efeito suspensivo, o que deve ser assentado é o seguinte: desde que ocorrentes os pressupostos constitucionais do mandado de segurança (CF, 1988, art. 5º, LXIX) e desde que tenha sido interposto, a tempo e modo, o recurso próprio (porque, além do *mandamus* não ser sucedâneo de recursos processuais, os atos e termos processuais, não recorridos, são apanhados, de regra, pela preclusão), se do ato judicial resultar a possibilidade de dano irreparável, ou, ainda, no caso de evidente ilegalidade do ato, admite-se o mandado de segurança, para que sejam tolhidas, de pronto, as conseqüências lesivas da decisão impugnada. É que o *periculum in mora* da prestação jurisdicional faz nascer *causa petendi* de outro direito de ação, assim do direito ao mandado de segurança, distinto da ação em curso.

Esta é a tese que venho sustentando, conforme se vê, *inter plures*, dos votos que proferi nos MMSS n.os 109.369-DF, 115.701-SP, 110.598-MG e 129.690-PR. Neste último — MS nº 129.690-PR — ficou o acórdão assim ementado:

"Mandado de segurança. Ato judicial. Cabimento do mandado de segurança. Lei nº 1.533/51, art. 5º, II.

I — Mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso sem efeito suspensivo: desde que ocorrentes os pressupostos constitucionais do mandado de segurança (CF, art. 153, § 21) e desde que tenha sido interposto, a tempo e modo, o recurso próprio sem efeito suspensivo (porque, além do *mandamus* não ser sucedâneo de recursos processuais, a decisão irrecorrida é apanhada pela preclusão), se do ato judicial resultar a possibilidade de dano irreparável, ou de difícil reparação, admite-se o mandado de segurança, para que sejam tolhidas, de pronto, as conseqüências lesivas da decisão impugnada. É que o *periculum in mora* da prestação jurisdicional faz nascer *causa petendi* de outro direito de ação, assim do direito ao mandado de segurança, distinto da ação em curso.

II — Inocorrência, no caso, da possibilidade de dano irreparável ou de difícil reparação.

III — Mandado de segurança não conhecido" (*DJ* 19.9.88).

Para boa compreensão do meu pensamento, faço anexar cópia do voto que proferi por ocasião do julgamento do citado MS nº 129.690-PR, ao qual me reporto.

No caso, o acórdão recorrido demonstrou, com boas razões, a inocorrência do requisito da possibilidade de dano irreparável ou de difícil reparação.

Do exposto, nego provimento ao recurso.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos M. Velloso (Relator): O Dr. Juiz Federal, nos autos da ação cautelar inominada promovida por Clínica Médica de Apoio Ltda. contra o Banco Central do Brasil, o Banco Real de Investimentos S.A. e o Banco Sudameris Brasil S.A., deferiu a liminar "para suspender qualquer cobrança dos empréstimos concedidos pelos bancos requeridos à autora, referentes ao financiamento de capital de giro, após o Plano Cruzado (Decreto-lei nº 2.283/86), até que seja concedido o refinanciamento de que a Resolução Bacen nº 1.308/87, regulamentada pela Circular nº 1.168, dentro dos limites e condições estipulados nessas normas, conservando a liminar a sua eficácia nos termos do art. 807 do CPC".

Daí o presente mandado de segurança, para que se dê efeito suspensivo ao agravo interposto contra a referida decisão.

A segurança não é de ser conhecida.

A uma, porque não é possível mandado de segurança para que seja dado efeito suspensivo a um recurso que a lei expressamente não concede referido efeito, assim mandado de segurança contra a lei.

Em tema de mandado de segurança contra ato judicial de que não caiba recurso com efeito suspensivo, o que deve ser assentado é o seguinte: desde que ocorrentes os pressupostos constitucionais do mandado de segurança (CF, art. 153, § 21) e desde que tenha sido interposto, a tempo e modo, o recurso próprio (porque, além do *mandamus* não ser sucedâneo de recursos processuais, os atos e termos processuais, não recorridos, são apanhados, de regra, pela preclusão), se do ato judicial resultar a possibilidade de dano irreparável, ou, ainda, no caso de evidente ilegalidade do ato, admite-se o mandado de segurança, para que sejam tolhidas, de pronto, as conseqüências lesivas da decisão impugnada. É que o *periculum in mora* da prestação jurisdicional faz nascer *causa petendi* de outro direito de ação, assim do direito ao mandado de segurança, distinto da ação em curso.

Esta é a tese que venho sustentando, conforme se vê, *inter plures*, dos votos que proferi nos MS n.os 109.369-DF e 110.598-MG.

Neste último, MS 110.598-MG, disse eu:

"Senhor Presidente, gostaria de dizer duas palavras.

O mandado de segurança, todos sabemos, é uma ação que tem pressupostos constitucionais. Esses pressupostos estão inscritos no art. 153, § 21 da Constituição, vale dizer, direito líquido e certo não ampardo por *habeas corpus* e ato de autoridade ilegal ou abusivo de poder.

Ocorrentes esses pressupostos, adquire o sujeito direito subjetivo à ação de mandado de segurança.

Tratando-se de ato judicial, no sentido formal e material, passível de recurso ou correição, a Lei nº 1.533, de 1951, estabelece que não cabe mandado de segurança (art. 5º, II). A jurisprudência, porém, atenuou a restrição legal, os olhos fitos na Constituição. Se a decisão judicial é passível de recurso com efeito suspensivo, não há falar em mandado de segurança. A uma, porque, se interposto o recurso com efeito suspensivo, o ato deixaria de ser operante e exeqüível, não haveria lesão. A duas, porque, se o recurso deixar de ser interposto, a matéria preclui. Resta-nos, então, a decisão judicial passível de recursos sem efeito suspensivo. Aí, seria cabível o mandado de segurança, assentou a jurisprudência, desde que ocorrentes dois requisitos: o primeiro, a interposição do agravo, ou do recurso sem efeito suspensivo. E por que seria necessária essa interposição? Porque, não interposto o recurso, a matéria preclui; em segundo, se da decisão resulta

a possibilidade de dano irreparável, ou de difícil reparação.

Ocorrentes, então, esses pressupostos constitucionais e os requisitos que a jurisprudência assentou no que tange ao mandado de segurança contra ato judicial, bem disse o Sr. Ministro Armando Rollemberg, surge para o sujeito o direito de impetrar o mandado de segurança, de ter resguardado, de pronto, o direito líquido e certo seu violado por ato ilegal, ou abusivo de poder da autoridade judicial. Não vejo possibilidade de o mandado de segurança ser deferido para se conceder efeito suspensivo a um recurso que, por lei, não tem esse efeito. Ora, dar efeito suspensivo a um recurso que a lei processual expressamente diz não possuir tal efeito é fazer construção legislativa e não construção jurisprudencial.

Reconheço que já votei no sentido de que a segurança poderia ser concedida, ocorrentes os pressupostos constitucionais e jurisprudenciais do mandado de segurança contra ato judicial, para se dar efeito suspensivo ao agravo. Meditei, depois, sobre o tema e concluí que essa não é a solução melhor, sob o ponto de vista científico. No voto que proferi, no plenário desta Casa, por ocasião do julgamento do MS nº 109.369-DF, disse eu:

"A tese que perfilho, em tese de mandado de segurança contra ato judicial, está na linha do sustentado pelo Sr. Ministro Bueno de Souza. Se a lei concede, expressamente, efeito apenas devolutivo ao agravo, não vejo como seria possível deferir mandado de segurança contra a lei, a fim de emprestar-se efeito suspensivo a esse recurso.

Equaciono a questão da seguinte forma: tenho o mandado de segurança como uma ação constitucional, um remédio de Direito Constitucional, com pressupostos constitucionais, que são os seguintes: a) direito líquido e certo não amparado por *habeas corpus*; b) ato de autoridade ilegal ou abusivo de poder (CF, art. 153, § 21). Tratando-se de segurança contra ato judicial de que não caiba recurso com efeito suspensivo, se do ato resultar a possibilidade de dano irreparável, desde que ocorrentes os pressupostos constitucionais acima mencionados e desde que o recurso próprio tenha sido interposto a tempo e modo (porque o *mandamus* não é sucedâneo de recursos próprios e os atos e termos processuais não recorridos são apanhados pela preclusão), examino a segurança em toda a sua plenitude, vale dizer, examino o próprio ato. É que, repito, ocorrentes os pressupostos constitucionais da segurança, o *periculum in mora* da prestação jurisdicional, vale dizer, a demora da decisão a ser proferida no recurso sem efeito suspensivo faz nascer *causa petendi* de outro direito de ação, assim do direito ao mandado de segurança, distinto da ação em curso, conforme prelecionava, nesta Casa, o eminente Ministro Paulo Távora. Em casos assim, portanto, repito, a segurança deve ser examinada em toda a sua plenitude, examinando-se o próprio ato impugnado, a fim de que seja restabelecido o direito líquido e certo violado.

Esta é a tese que sustento, tendo presente, primeiro que tudo, que o mandado de segurança é garantia constitucional, que deve ser visualizada sem preconceitos. Considero, *data venia,* simplesmente preconceituosa a afirmativa no sentido de que se deve deixar o conhecimento do recurso interposto para o órgão incumbido de julgá-lo e, por isso, a segurança deve ser concedida apenas para emprestar-se efeito suspensivo ao agravo. Isto, repito, é mero preconceito. E o que é pior: leva-se a decidir contra a lei, vale dizer, a emprestar-se efeito suspensivo a um recurso que a lei, expressamente, exclui esse efeito. E, no caso, *data venia*, emprestando se efeito suspensivo ao agravo, está-se justamente esvaziando o julgamento do agravo, conforme já falamos."

Destarte, desde que ocorrentes os pressupostos constitucionais e jurisprudenciais do mandado de segurança — direito líquido e certo não amparado por *habeas corpus;* ato ilegal ou abusivo de poder; interposição, a tempo e modo, do recurso cabível; possibilidade de dano irreparável ou de difícil reparação — o deferimento do *writ* deverá ocorrer, em toda a sua inteireza.

No caso, verifico que o mandado de segurança foi pedido unicamente para que seja dado efeito suspensivo ao agravo. Por este motivo, não conheço do *writ*, na linha do voto do Sr. Ministro Armando Rollemberg, com a vênia do Sr. Ministro Relator."

Também aqui, requerido o mandado de segurança apenas e tão-somente para que seja dado efeito suspensivo ao agravo (agravo que a lei, expressamente, estabelece que não tem tal efeito), não conheço do *writ*.

A segurança não é de ser conhecida, a duas, porque, conforme falamos, somente é cabível mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso sem efeito suspensivo se, de tal decisão judicial, resultar a possibilidade de dano irreparável, exigindo-se, mais, que o recurso sem efeito suspensivo haja sido interposto, a tempo e modo, porque, além do *mandamus* não ser sucedâneo de recursos processuais, os atos e termos processuais, não recorridos, são apanhados, de regra, pela preclusão.

No caso, o impetrante interpôs, a tempo e modo, o recurso de agravo, que não tem efeito suspensivo.

Não ocorre, na hipótese, entretanto, o segundo pressuposto do cabimento do *writ*, vale dizer, da decisão impugnada não resulta a possibilidade de dano irreparável, ou de difícil reparação.

Com efeito.

Esclarece, com propriedade, o ilustre Procurador José Ribamar de Castro Viana, no parecer que ofereceu pela Subprocuradoria Geral da República, à fl. 187:

"7. No caso em exame tem-se que a liminar, que sustou, provisoriamente, a cobrança dos empréstimos e a ausência de efeito suspensivo ao agravo de instrumento contra ela interposto, não causaram nem causarão *dano irreparável* algum: provido o agravo de instrumento e cassada a liminar, poderá o débito ser livremente executado, com os acréscimos decorrentes do retardamento do pagamento.

8. Se *dano irreparável* pode decorrer da simples *suspensão provisória da execução*, não nos vislumbramos nem o autor do mandado de segurança o demonstrou ou o provou" (fl. 182).

(...)

Na verdade, caso provido o agravo interposto e cassada a cautelar, o débito poderá ser executado, com os acréscimos decorrentes da lei. Não há, pois, no caso, possibilidade de dano irreparável ou de difícil reparação.

De todo o exposto, não conheço do *writ*.

EXTRATO DA ATA

REsp. nº 1.507-SP (89121049) — Rel. Ministro Carlos M. Velloso. Recte.: Municipalidade de São Paulo. Recdo.: Juízo de Direito da 2ª Vara da Fazenda municipal. Litisconsorte: Naby Julião Farah. Advs.: Drs. Antônio Carlos Campos Junqueira e Benjamin Eugênio M. Bevilacqua.

Decisão: a Turma, por unanimidade, preliminarmente, conheceu do recurso como recurso ordinário em mandado de segurança e a ele negou provimento. Segunda Turma, 4.12.89.

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Miguel Ferrante, Américo Luz, Ilmar Galvão e Vicente Cernicchiaro. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro Carlos M. Velloso.