

EMBARGOS INFRINGENTES EM MANDADO DE SEGURANÇA

CELSO AGRÍCOLA BARBI

Professor Catedrático de Direito Processual Civil
da Faculdade de Direito da UFMG

SUMÁRIO: 1 — Sistema do Código de 1939. 2 — Sistema da lei 1.533. 3 — Os embargos infringentes no Código de Processo Civil de 1973. 4 — Introdução da apelação em mandado de segurança e ressurgimento do problema. 5 — Argumentos contrários aos embargos e sua análise. 6 — Outros argumentos favoráveis à admissibilidade dos embargos infringentes. 7 — Embargos infringentes no reexame obrigatório da sentença concessiva do mandado.

1 — SISTEMA DO CÓDIGO DE 1939

O Código de Processo Civil de 1939, nos artigos 319 a 331, regulou inteiramente o procedimento do mandado de segurança, revogando a lei 191, de 16-1-1936, que, até então, cuidava do assunto.

O art. 833 do aludido Código admitia o recurso de embargos de nulidade e infringentes do julgado, nos Tribunais, contra acórdãos não unânimes, proferidos em grau de apelação, em ação rescisória e em mandado de segurança.

Assim, os aludidos embargos podiam ser utilizados contra julgamentos não unânimes dos Tribunais em mandados de segurança, quer quanto aos julgados originariamente por aqueles órgãos, quer quanto aos decididos por eles em grau de recurso.

2 — SISTEMA DA LEI 1.533

Com a publicação da lei 1.533, de 31-12-1951, que, no art. 20, revogou expressamente os dispositivos do Código de 1939 sobre mandado de segurança, abriu-se larga controvérsia sobre se sobreviveram, ou não, aqueles embargos contra acórdão não unânime em julgamento do mandado.

PONTES DE MIRANDA,¹ SEBASTIÃO DE SOUZA² e ALCIDES MENDONÇA LIMA,³ manifestaram-se pela sobrevivência. Os dois primeiros entendiam que, tanto nos mandados decididos originariamente nos Tribunais, como nos julgados por eles em grau de recurso, haveria embargos. OTHON SIDOU sustentava que só sobreviviam os embargos nos mandados julgados originariamente pelos Tribunais.⁴

ALFREDO BUZAID,⁵ J. FREDERICO MARQUES,⁶ SEABRA FAGUNDES⁷ e outros manifestaram-se em sentido contrário, isto é, contra a sobrevivência do recurso no mandado de segurança.

A jurisprudência firmou-se no sentido de considerar revogados os textos legais que permitiam aquele recurso.⁸

Escrevendo sobre o assunto na ocasião, manifestamos nossa opinião no sentido dessa revogação. Procuramos mostrar que a

1. **Comentários ao Código de Processo Civil de 1939** — vol. XI — pág. 252 — 2ª Edição.

2. **Dos Processos Especiais** — pág. 53 — Rio, 1957.

3. **Sistema de normas gerais dos recursos cíveis** — pág. 78 — Pelotas, 1963.

4. **Do mandado de segurança** — págs. 223/224 — 2ª Edição — Rio, 1960.

5. Nota a PEDRO BAPTISTA MARTINS — **Recursos e processos de competência originária dos Tribunais** — págs. 447/448 — Rio, 1957.

6. **Instituições de Direito Processual Civil** — vol. IV — págs. 274-275 — Rio, 1959 — 1960.

7. A nova lei do mandado de segurança — in **Rev. Forense** — vol. 144 — pág. 38.

8. Veja-se a vasta jurisprudência coligida por Alfredo Buzaid em **Notas à obra de Pedro Baptista Martins** referida na Nota 5 supra — pág. 447.

lei 1.533 regulou tudo quanto era específico do mandado de segurança. Somente as normas do Cód. de Proc. Civil aplicáveis a todos as espécies de feitos judiciais e compatíveis com o mandado de segurança é que continuariam a lhe ser aplicadas. O art. 833 do Código de 1939 havia regulado os casos de embargos, admitindo-os contra acórdãos não unânimes proferidos em grau de apelação, em ação rescisória e em mandado de segurança.

Mostramos que a primeira classe tinha em vista o tipo de recurso julgado, isto é, a apelação, excluídos, portanto, os agravos; na segunda categoria, contemplou os julgados relativos a um caso muito especial, o da ação rescisória, que é feito de competência originária de tribunais, ação e não recurso. Na terceira espécie, destacou o mandado de segurança, pela sua natureza, sem fazer distinção entre os julgamentos originários e os efetuados em grau de recurso. Assim, era a natureza da forma processual da ação, e não o tipo de recurso julgado, que determinaria a existência, ou não, dos embargos.

Acrescentamos ainda que, por ser disposição tão particularizada, tão especial, com expressa referência ao mandado de segurança, deveria ser considerada revogada pela lei 1.533, que veio regular inteiramente a matéria, e chegara a expressamente revogar «os dispositivos do Código de Processo Civil sobre o assunto...», como se vê em seu art. 20.

Entendemos, então, que se os embargos fossem recurso admissível contra decisões em qualquer causa, desde que subordinado apenas à não unanimidade, concordaríamos em que a regra geral do Código de 1939 continuaria aplicável ao mandado de segurança; da mesma forma entenderíamos, se o recurso contra a sentença que julgasse o mandado fosse o de apelação, porque aí estaríamos frente a uma regra geral que só poderia ser revogada expressamente.⁹

9. Conforme CELSO AGRÍCOLA BARBI — *Do mandado de segurança* — págs. 168-169 — Nº 247 — 2ª Edição — Rio, 1966.

3 — OS EMBARGOS INFRINGENTES DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973

O Código de Processo Civil de 1973 simplificou o nome do recurso para «embargos infringentes» e, no art. 530, fixou o seu cabimento nos mesmos termos do art. 833 do Código anterior, dispondo que «cabem embargos infringentes quando não for unânime o julgado proferido em apelação e em ação rescisória».

Aparentemente, não houve modificação no sistema desse recurso, mas, na realidade, houve, e substancial. É que, no direito revogado, o agravo de petição, contra cujo julgamento não se admitiam embargos infringentes, era largamente empregado. Nos procedimentos regidos pelo Código, ele era cabível contra decisões terminativas, isto é, as que punham termo ao processo sem decisão do mérito — art. 846. E, em vários procedimentos regidos por leis especiais, ele era o único recurso cabível contra a sentença final, houvesse ou não julgamento do mérito, como se dava nos processos de mandado de segurança, de acidente do trabalho, de executivo fiscal etc..

Assim, no sistema revogado, a sentença que julgava o mérito das causas reguladas pelo Código era apelável; e se, no julgamento da apelação, a decisão fosse por maioria de votos, havia lugar para os embargos. Enquanto isto, a sentença que julgava o mérito da ação de mandado de segurança, de acidente no trabalho etc., era passível de agravo de petição; e, no julgamento deste, ainda que a decisão fosse por maioria de votos, não seria ela embargável.

No Cód. de Proc. Civil de 1973, desapareceu o agravo de petição, cabendo apelação da sentença que puser termo ao processo, com ou sem julgamento do mérito, como se vê no art. 513 e na remissão por ele feita aos artigos 267 e 269.

4 — INTRODUÇÃO DA APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA E RESSURGIMENTO DO PROBLEMA

A lei 6.014, de 27-12-973, em seu art. 3º, deu nova redação ao art. 12 da lei 1.533, o qual agora dispõe que «da sentença, negando ou concedendo o mandado, cabe apelação».

Ora, como os embargos infringentes, nos termos do art. 530 do Código de Processo Civil de 1973, são cabíveis contra decisão não unânime proferida em apelação, ressurgiu o problema de saber se esses embargos são cabíveis quando a apelação, julgada por maioria de votos, for em processo de mandado de segurança.

Alguns despachos de relatores de apelações, recentemente publicados nos órgãos de publicidade do Poder Judiciário, têm indeferido liminarmente petições de embargos nesses casos. Como exemplos, podem ser citados despachos dos Ministros Paulo Távara e Décio Miranda, do Tribunal Federal de Recursos, publicados no «Diário da Justiça» de 3-7-75, págs. 4.780 e 4.781.

5 — ARGUMENTOS CONTRARIOS AOS EMBARGOS E SUA ANÁLISE

Os argumentos expendidos nesses despachos podem ser assim resumidos: a lei 6.014 não visa a criar em mandado de segurança recurso até então não existente nele; o procedimento do mandado é totalmente regulado por lei especial, só se lhes aplicando as normas do Código quando a própria lei o determinar, como fez, v.g., a propósito do litisconsórcio, no seu art. 19; a interposição dos embargos tem efeito suspensivo, o que não se coaduna com a executoriedade imediata que caracteriza a sentença concessiva do mandado de segurança.

Não nos convencemos da procedência desses argumentos ou de serem eles suficientes, ou os únicos, para a solução do problema.

Quanto ao da finalidade da lei 6.014, nada indica que ela, ao considerar a apelação como recurso cabível da sentença que decidir mandado de segurança, pretenda excluir outras consequências da inovação. Os embargos infringentes não são recurso com características incompatíveis com o procedimento do mandado de segurança; tanto assim que eles já foram admitidos antes da lei nº 1.533, por disposição expressa do art. 833 do Cód. Proc. Civil de 1939. Sua supressão na lei 1.533 justificava-se

como meio de abreviar o processo, em favor do impetrante, porque este, em caso de derrota no agravo de petição, ou no julgamento originário no Tribunal, tinha à mão o recurso ordinário para o Supremo Tribunal Federal, que o julgava quanto às questões de fato e de direito, nos termos do art. 101, II, alínea «a», da Constituição Federal de 1946.

Pelo contrário, parece mais adequado entender que o sistema do Código atual, como geral que é, deve aplicar-se aos procedimentos regidos em leis especiais, salvo naquilo em que essas leis dispuserem em contrário, ou em que as normas do Código não se coadunarem com as peculiaridades do procedimento regido naquelas leis.

O segundo argumento, que é freqüentemente invocado para excluir a aplicação de normas do Código ao mandado de segurança, não é também decisivo. Como já dissemos acima, o Código contém regras que, normalmente, devem ser aplicadas a todos os procedimentos. Só por exceção expressa nas leis que regem esses procedimentos especiais, ou por peculiaridades da natureza deles, é que aquelas regras não se aplicam a eles. É de lembrança recente a jurisprudência dos nossos Tribunais, inclusive do Supremo, que, após a supressão do recurso ordinário constitucional, passou a admitir o uso do recurso de revista nos mandados de segurança, apesar de a legislação específica deste não se referir àquele recurso. O argumento para essa admissão foi o caráter geral da revista e sua compatibilidade com o mandado de segurança.

Quanto ao terceiro argumento, é preciso distinguir quatro hipóteses, para melhor análise: a) a sentença concedeu o mandado, mas foi reformada em apelação; b) a sentença concedeu o mandado e foi confirmada em apelação; c) a sentença negou o mandado e foi confirmada em apelação; d) a sentença negou o mandado, mas este foi concedido na apelação.

Na hipótese «a», os embargos não vão afetar a execução já feita, ou em curso, porque eles suspendem os efeitos da apelação e não os da sentença apelada. Esta tinha executoriedade própria, que não se alterou pela interposição e julgamento da apelação e nem pela oposição dos embargos. Nesse sentido é pacífica a

doutrina nacional, com relação aos efeitos dos embargos, e tem ela perfeita aplicação ao mandado de segurança.¹⁰

Na hipótese «b», os embargos não vão afetar a execução da sentença, pelos mesmos princípios expostos acima, a propósito do item «a».

Na hipótese «c», como não houve concessão do mandado em nenhuma oportunidade, não há decisão favorável a ser executada.

A hipótese «d» é a que oferece maior complexidade. Se se entender, de acordo com o ponto de vista daqueles ilustres Ministros, que não são admissíveis os embargos, o acórdão da apelação, que concedeu «ex novo» o mandado, seria imediatamente exeqüível. Diz o Ministro Décio Miranda que, se se admitirem os embargos, eles suspenderiam a executoriedade imediata, que é da natureza do mandado de segurança.

Parece-nos, todavia, que não há o dilema posto pelo despacho em exame. O princípio geral do nosso direito processual é, realmente, que as sentenças não podem ser executadas quando houver recurso pendente contra elas.

Mas, no que tange ao mandado de segurança, o princípio que sempre prevaleceu é o afirmado pelo despacho, isto é, a executoriedade imediata é da natureza da sentença concessiva; vale dizer, a sentença desse tipo é exeqüível, apesar da interposição de recursos. Assim está consagrado no art. 10, alínea «a», e art. 11, da lei 191, de 16-1-1939; no art. 325, itens I e II do Cód. Proc. Civil de 1939; no art. 12 e seu parágrafo único, da lei nº 1.533, de 31-12-1951, na sua redação original, assim como na atual, dada pela lei 6.014, de 27-12-1973.

Vê-se, portanto, que, na construção legislativa do instituto, desde a primeira lei, sempre se considerou peculiaridade importantíssima do mandado de segurança a imediata exeqüibilidade

10. E. D. MONIZ ARAGÃO — **Embargos infringentes** — págs. 123 e 124 — 2ª Edição. J. C. BARBOSA MOREIRA — **Comentários ao Código de Processo Civil** — vol. V — pág. 409 — Rio, 1974. M. SEABRA FAGUNDES — **Dos Recursos Ordinários em matéria civil** — págs. 399 e 400 — Nº 409 — Rio, 1946.

da sentença concessiva; isto, aliás, está reconhecido no despacho em exame.

Dentro dessa orientação pacífica do direito nacional, é correto entender que se o mandado de segurança, negado pelo juiz singular, for concedido pelo Tribunal, em grau de apelação e por maioria de votos, essa decisão será exeqüível desde logo, mesmo se opostos, ou oponíveis, embargos infringentes ao acórdão concessivo.

6 — OUTROS ARGUMENTOS FAVORÁVEIS A ADMISSIBILIDADE DOS EMBARGOS INFRINGENTES

Outros argumentos podem ainda ser apresentados em favor dessa interpretação. Na doutrina e na jurisprudência relativas ao mandado de segurança, nota-se permanente preocupação em não criar restrições indevidas ao seu uso, porque isto implicaria em dificultar a defesa do cidadão contra ilegalidade do Poder Público.

Exemplo disto encontra-se na jurisprudência anterior à supressão do recurso ordinário constitucional contra denegação de mandado de segurança pelos tribunais locais ou federais. Essa jurisprudência não admitia o recurso de revista no mandado de segurança, especialmente com o argumento de que o impetrante tinha ao seu dispor o aludido recurso ordinário ao Supremo Tribunal Federal, que julgava o caso em sua plenitude.

No entanto, quando o Ato Institucional nº 6, de 1-2-969, suprimiu aquele recurso ordinário, ficou restringida a defesa do cidadão, porque o agravo de petição, mesmo se julgado por maioria de votos apenas, não ensejava o recurso de revista no mandado. Por isto, a jurisprudência modificou-se rapidamente, para passar a admitir o recurso de revista naquelas causas, como meio de propiciar ao impetrante uma oportunidade de reexame da questão, ainda que limitadamente, na instância local. Essa jurisprudência formou-se em todos os tribunais, inclusive no Supremo, prevalecendo até a supressão do recurso de revista no Código de 1973.

Na fixação dessa nova jurisprudência, pesou no ânimo dos juízes a circunstância de que, em caso de denegação do mandado no julgamento do agravo de petição, ainda que por maioria de votos, o impetrante só tinha a porta estreita do recurso extraordinário.

Essa situação agora se repetiria, se aceita a tese daqueles despachos: negado o mandado de segurança, por maioria de votos, só tem o impetrante o recurso extraordinário; nem mesmo o de revista existe mais, suprimido que foi no novo Código.

E o recurso extraordinário torna-se, dia a dia, de uso mais restrito; o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, feito em 1970, já o limitou grandemente; segundo o seu art. 308, item III, não se admitia esse recurso no mandado de segurança, quando não tivesse havido julgamento do mérito, salvo no caso de ofensa à Constituição Federal ou manifesta discrepância da jurisprudência predominante naquela Corte; e, no item IV daquele artigo, figurou outra restrição, baseada no valor da causa.

A Emenda Regimental nº 3, aprovada em 12-6-975, dificultou ainda mais o uso do recurso extraordinário porque, no caso de mandado de segurança em que não tenha havido julgamento do mérito, só admite o acesso àquela Corte Suprema em caso de ofensa à Constituição Federal ou de relevância da questão federal. Essa restrição existirá, mesmo se tiver havido julgamento do mérito, conforme a questão jurídica que foi objeto da causa, ou conforme o seu valor, como se deduz dos itens IV, alínea «d», e VIII do mesmo artigo 308, com a nova redação dada pela referida Emenda.

Todas essas restrições levam a concluir que o uso dos embargos infringentes contra o acórdão que, em apelação, por maioria de votos, julgar mandado de segurança, é de toda conveniência para eficaz defesa do cidadão, e encontra apoio na lei e nos princípios que regem a espécie.

E, como dissemos mais acima, se, na apelação, foi concedido o mandado negado pela sentença apelada, os embargos não suspenderão a execução do acórdão embargado.

7 — EMBARGOS INFRINGENTES NO REEXAME OBRIGATÓRIO DA SENTENÇA CONCESSIVA DO MANDADO

Admitido o uso dos embargos infringentes contra decisão não unânime em apelação em mandado de segurança, seja pelo impetrante, seja pelo réu, surge outro problema de grande importância.

É que, enquanto o reexame obrigatório da sentença proferida contra a União, o Estado e o Município tinha forma de «recurso ex officio», as conseqüências deste eram as mesmas atribuídas ao recurso voluntário. Assim, em ação ordinária regida pelo Código de Processo Civil de 1939, vencida a Fazenda Pública, o juiz interpunha a apelação «ex officio». Se julgada esta por maioria de votos, era pacífico o cabimento de embargos infringentes pelo vencido, quer fosse a Fazenda, quer fosse a outra parte.

O Código de 1973, no art. 475, mudou o nome do «recurso ex officio» para exame «em duplo grau de jurisdição, mas omitiu regras para regular o seu procedimento e suas conseqüências, no que se refere à possibilidade de recursos posteriores. Daí a dúvida sobre a possibilidade do uso de embargos infringentes, quando a decisão do tribunal, no reexame da sentença contrária à Fazenda Pública, for por maioria de votos.

É claro que se a Fazenda, vencida, apelou, o julgamento será tipicamente de apelação e, portanto, sujeito às conseqüências desta, vale dizer, se a decisão do tribunal for por maioria de votos, o vencido pode usar dos embargos infringentes, seja ele a própria Fazenda, seja a parte contrária.

Do mesmo modo, se a Fazenda for vencedora em 1ª instância e o vencido apelar, a decisão do tribunal sobre a apelação, se for por maioria de votos, comportará embargos do vencido.

A dúvida reside no caso de a Fazenda ter sido vencida em 1ª instância e não haver apelação, de modo que os autos só foram ao tribunal por força do art. 475 do Código; e, no reexame da sentença, a decisão for por maioria de votos.

A modificação da nomenclatura do recurso «ex officio», feita pelo Código de 1973, deve-se à posição doutrinária do autor do seu anteprojeto, Prof. Alfredo Buzaid. Em monografia publicada em 1951, com o nome «Da apelação ex officio», sustentou ele, com brilho, que aquela apelação não é recurso, partindo da doutrina geralmente aceita, segundo a qual só a parte pode recorrer; o juiz, não sendo parte, não pode, portanto, recorrer.

Todavia, se se aprofundar o estudo da essência dos recursos, verificar-se-á que sua característica principal está em se destinarem eles ao reexame de uma decisão; no fundo, o recurso é espécie do gênero reexame de decisão. Este pode depender de pedido da parte ou de determinação legal. No primeiro caso, toma o nome de recurso; no segundo o nome é reexame obrigatório de decisão.

Como, em regra, as questões discutidas em juízo referem-se a interesses dos particulares, o processo, tradicionalmente, deixa à iniciativa destes propor a ação e também pedir novo exame da causa, quando o julgamento lhes for contrário.

No entanto, em casos que o legislador considerar de grande importância para o Estado, poderá determinar, como é tradicional em nosso direito, o reexame obrigatório da sentença por um tribunal superior. Assim o fazia a legislação anterior e da mesma forma o faz a atual. A diferença está apenas na nomenclatura: o direito anterior chamava ao instituto «recurso ex officio», enquanto o Código novo o denomina de exame em «duplo grau de jurisdição».

Como a lei revogada dava recursos posteriores àquele reexame da sentença pelo tribunal, deveria o novo Código ter tido a cautela de determinar que o julgamento pelo tribunal tivesse a

mesma forma e os mesmos efeitos do recurso cabível contra a sentença e que não fora interposto. Não o tendo feito, nem havendo prescrito quaisquer normas procedimentais para o reexame, gerou o legislador de 1973 a dificuldade que ora se vê no mandado de segurança e em outras causas em que haja aquele reexame.

A nosso ver, a única solução satisfatória é considerar que o reexame da sentença pelo tribunal, seja ele provocado por iniciativa da parte vencida (recurso), seja por determinação legal (art. 475 do Código), tem a mesma característica e deve obedecer ao mesmo procedimento e com as mesmas conseqüências.

Esse procedimento e essas conseqüências são os mesmos atribuídos pela lei aos recursos, em relação aos quais há regras completas.

Mesmo porque, se se quiser interpretar literalmente a lei, e de forma restritiva, chegar-se-á à inaceitável conclusão que, nas causas da União, não pode haver o reexame obrigatório da sentença. Isto porque o artigo 122, item II, da Constituição Federal, ao fixar a competência recursal do Tribunal Federal de Recursos, dispõe caber a ele: «julgar, **em grau de recurso**, as causas decididas pelos juízes federais». (grifo nosso).

Ora, é sabido que a competência fixada aos Tribunais na Constituição Federal não pode ser alterada em lei ordinária. Logo, se prevalecer uma interpretação restritiva do Código, aquele Tribunal não poderá fazer o reexame obrigatório nas causas em que a União for vencida, porque sua competência é somente para julgar **em grau de recurso**. Se o reexame não for considerado recurso, não será de competência daquele Tribunal; nem há outro previsto com competência para o mencionado reexame.

Essa interpretação, no entanto, não é adequada, porque, ao incluir o legislador constituinte aquela expressão no texto constitucional, o conceito de recurso então vigente no direito brasileiro abrangia tanto o voluntário, como o «ex officio».

De tudo isto decorre a conclusão que, no reexame obrigatório de sentença pelos tribunais, previsto no art. 475 do Código de Processo Civil, deve prevalecer o princípio de que ele se fará com o procedimento prescrito para o recurso voluntário cabível contra a sentença, e com as mesmas conseqüências que haveria no julgamento daquele recurso.¹¹

Logo, no julgamento de reexame obrigatório de sentença concessiva de mandado de segurança, será seguido o procedimento prescrito para a apelação; e a decisão nesta, se o for por maioria de votos, comportará embargos infringentes pela parte vencida, seja ela autor ou réu.

11. WELLINGTON M. PIMENTEL entende que o reexame obrigatório da sentença deve ter o mesmo procedimento da apelação — in **Comentários ao Código de Processo Civil** — vol. III — pág. 597. Observe-se, todavia, que o Tribunal Federal de Recursos, na Resolução nº 4, de 4-6-74, publicada no Diário da Justiça de 5-6-74, que fixou normas regimentais decorrentes do novo Cód. Proc. Civil, dispôs, no parágrafo único do art. 6º, que não haverá revisor na apelação em mandado de segurança e na remessa «ex officio».