

REVISTA DO TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DO PARÁ

TRE
PARÁ

v.5, n.2, jul/dez, 2013

Justiça Eleitoral vai ao encontro do cidadão

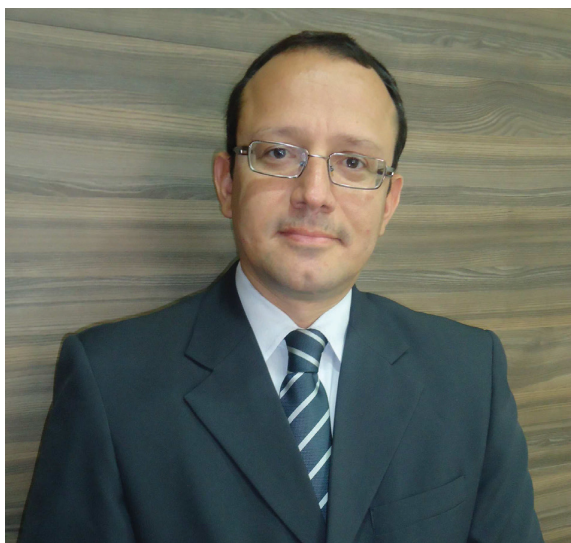


Responsabilidade Social e Cidadania:

TRE-PA adquire duas unidades móveis de atendimento itinerante adaptadas para pessoas com deficiência.

MANDADO DE SEGURANÇA EM DIREITO PROCESSUAL ELEITORAL: COMPETÊNCIA E CABIMENTO

Dr. José Henrique Mouta Araújo – Professor, Procurador do Estado do Pará e Advogado



JOSÉ HENRIQUE MOUTA ARAÚJO, pós-doutor (Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa), doutor e mestre (Universidade Federal do Pará), Professor Titular da Universidade da Amazônia, do Centro Universitário do Estado do Pará e da Faculdade Metropolitana de Manaus, procurador do estado do Pará e advogado. www.henriquemouta.com.br.

RESUMO

O texto pretende enfrentar as várias situações jurídicas em que é impetrado o mandado de segurança na área do processo eleitoral, analisando seu cabimento contra atos administrativos, eleitorais e judiciais, bem como o órgão competente para apreciação e julgamento.

PAVAVRAS-CHAVE

Mandado de segurança – direito eleitoral – competência – cautelar – ato administrativo – ato judicial.

SUMÁRIO

I- Introdução; II- O mandado de segurança contra ato administrativo na Justiça Eleitoral: cabimento, competência e diferenças em relação à medida cautelar; III- Mandado de segurança contra ato judicial eleitoral: cabimento e competência; IV. Referências.

I. INTRODUÇÃO

Tema dos mais importantes e interessantes de direito processual refere-se à utilização do mandado de segurança visando discutir atos oriundos do Poder Judiciário (administrativos ou propriamente jurisdicionais).

É fato que a impugnação de decisão judicial deve ser feita, em regra, por meio de recursos. Contudo, em muitos casos os apelos não possuem efeito suspensivo ou mesmo são incabíveis, o que faz com que ocorra a análise do cabimento do MS contra pronunciamentos judiciais.

Da mesma forma, existem inúmeras decisões de natureza administrativa prolatadas pelo Poder Judiciário e que acabam provocando a impetração do MS para seu controle. Neste caso, será provocado o Judiciário, em sua função típica, para analisar e controlar atos do mesmo Poder, em sua função atípica.

Tanto a legislação como a interpretação dos tribunais nacionais se preocuparam com o tema. Há, neste sentido, a necessidade de se (re) interpretar o art. 5º, da Lei 12.016/09, e os próprios Enunciados 267 e 268 da Súmula da Jurisprudência Dominante do STF, que trazem restrições à utilização do *mandamus* como instrumento de controle de ato judicial e administrativo¹⁻².

¹ A Lei anterior do mandado de segurança (nº 1.555/51) vedava, também no art. 5º, o MS quando a decisão era passível de recurso ou correição. Contudo, a prática forense caminhou em sentido contrário, tendo em vista que existem situações passíveis de recursos, mas não dotados de efeito suspensivo, passando a permitir o *writ* nestas hipóteses. Em seguida, o próprio Enunciado 267 da Súmula da Jurisprudência Dominante do STF e a Lei 12.016/09 passaram a consagrar o cabimento do remédio constitucional nos casos de decisões passíveis de recursos que não são dotados de efeito suspensivo.

² Quando impetrado contra ato passível de recurso sem efeito suspensivo, o mandado de segurança atua como medida em que a parte afirma ter direito líquido e certo visado afastar eventual irregularidade da decisão judicial e, liminarmente, requer a suspensão dos efeitos da mesma. Vale citar as lições de Teresa Arruda Alvim Pinto, quando enfrenta o móvel do MS nestes casos: “na realidade, tecnicamente, não se quer propriamente que se ‘dê efeito suspensivo’ ao recurso, mas que se suspenda a medida judicial *ilegal*, que terá causado dano a *direito líquido* e certo da parte, pois que é esta a única forma de protegê-lo. É isto o que, ainda que indiretamente e por vias transversas, a parte pleiteia, nestas hipóteses”. *Introdução ao estudo do mandado de segurança quando impetrado contra ato de juiz*. In ARRUDA ALVIM e PINTO, Teresa Arruda Alvim. Repertório de Jurisprudência e doutrina sobre Mandado de Segurança contra ato judicial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p. 15.

O assunto não é novo e vem, há algum tempo, provocando grande divergência interpretativa. Neste cenário introdutório, é possível aduzir que seu cabimento está voltado basicamente ao atendimento de duas situações jurídicas: decisão irrecorrível (ou com recurso sem efeito suspensivo) e a demonstração de vícios teratológicos no julgado³.

No âmbito da justiça eleitoral o assunto é ainda mais interessante, em decorrência das variações ligadas à competência para apreciação e as situações jurídicas em que pode ser discutido seu cabimento.

Neste ensaio, portanto, serão analisadas as especificidades acerca do cabimento do remédio heroico na Justiça Especializada Eleitoral, visando impugnar ato administrativo e jurisdicional, inclusive discutindo questão da competência para apreciação, a autoridade coatora e sua utilização como sucedâneo recursal.

Vamos aos argumentos.

II. O MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO ADMINISTRATIVO NA JUSTIÇA ELEITORAL: CABIMENTO E COMPETÊNCIA

Inicialmente, cumpre analisar as situações jurídicas em que o mandado de segurança é impetrado visando discutir ato administrativo praticado no âmbito da Justiça Eleitoral.

Não se pode esquecer que, apesar de se tratar de órgão do Poder Judiciário cuja função principal é a prática de ato jurisdicional, também pratica ato administrativo e, neste caso, estará sujeito ao controle judicial. As questões a serem enfrentadas são: a) o que pode ser controlado pelo Poder Judiciário em sua função típica, em relação ao ato administrativo praticado no âmbito do Judiciário Eleitoral? b) qual o órgão competente para apreciação do mandado de segurança quando pretender impugnar ato administrativo genérico (*de natureza não eleitoral*), praticado por servidor público (ou comissões) do Judiciário (ex. licitação, processo administrativo disciplinar, etc.) e quando se tratar de ato administrativo praticado pelo Colegiado do Tribunal Regional ou Tribunal Superior Eleitoral?

³ Não é objetivo deste ensaio enfrentar o tema *mandado de segurança contra ato judicial*, mas analisar seu cabimento no âmbito da Jurisdição Eleitoral. Contudo, visando aprofundamento do assunto, indica-se a leitura das seguintes obras: 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; WAMBER, Teresa Arruda Alvim (coords). *Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança*. São Paulo: RT, 2002; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *O mandado de segurança contra ato judicial*. Revista de Processo n. 107, São Paulo: RT, jul/set/2002; MELO, Gustavo de Medeiros. *Mandado de segurança contra ato judicial no regime da lei nº 12.016/2009*. In O novo mandado de segurança. Estudos sobre a Lei 12.016/2009. ALVIM, Eduardo Arruda; RAMOS, Glauco Gume-rato; MELO, Gustavo de Medeiros e ARAÚJO, José Henrique Mouta (coords). Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010.

A premissa é uma só: a competência para a apreciação do *mandamus* irá variar de acordo com a autoridade coatora no âmbito da Justiça Eleitoral. Esta competência, aliás, é funcional e, portanto, absoluta e improrrogável, como já definiu o STJ:

“Processual civil. Mandado de segurança. Competência absoluta. Autoridade impetrada. A competência para julgamento de mandado de segurança é definida de acordo com a categoria e a sede funcional da autoridade impetrada, tratando-se, nestes termos, de competência absoluta e, como tal, improrrogável. Recurso conhecido e provido” (REsp 257556 / PR – Rel. Min Felix Fischer – 5ª T – J. em 11/09/2001, DJ de 08/10/2001 p. 239)

Logo, é de extrema importância saber qual será o órgão competente para apreciar o mandado de segurança impetrado visando discutir, em regra, a legalidade⁴ do ato administrativo praticado no âmbito da Justiça Eleitoral.

Vejamos duas situações: a) ato praticado por comissão administrativa (ex. licitação, processo administrativo disciplinar) ou servidor público no âmbito do Tribunal Regional Eleitoral ou Tribunal Superior Eleitoral; b) ato praticado pelo próprio colegiado ou de seu Presidente.

Visando enfrentar o problema, que já gerou alguns conflitos de competência apreciados pelo Superior Tribunal de Justiça, é necessário verificar se a autoridade coatora, para fins de mandado de segurança, possui ou não prerrogativa de foro (art. 121 da CF/88 c/c 21, VI, da Lei Complementar 35/1979 – LOMAN). Outra questão a ser analisada é se o Tribunal Eleitoral tem competência para apreciar mandado de segurança quando impugna ato administrativo praticado por uma autoridade a ele vinculado.

De acordo com o entendimento prevalecente, a competência fixada pelo art. 121, da CF/88, diz respeito, em regra, a matéria eleitoral, apenas se estendendo à administrativa quando a autoridade coatora for o próprio colegiado.

Por exclusão, quando o *mandamus* for impetrado visando discutir ato administrativo praticado por autoridade coatora diversa, mesmo que exercendo função

⁴ No TSE há o seguinte precedente: “Mandado de segurança. Ato. Presidente. Tribunal Regional Eleitoral. Homologação. Resultado. Concurso público. Edital. Prova. Conteúdo não contemplado. Possibilidade. Critérios. Prova discursiva. Previsão. Alegação. Violação. Princípios constitucionais. Não-configuração. 1. O edital do concurso estabelece limites à administração pública, que pode deixar de contemplar na prova pontos temáticos nele previstos. 2. Em matéria de concurso público, a apreciação pelo Poder Judiciário limita-se ao exame da legalidade das normas do edital e dos atos praticados pela comissão organizadora, sendo que o exame das questões de provas, suas respostas e formulações, competem tão-somente à banca examinadora. Recurso em mandado de segurança não provido.” (Ac. nº 431, de 7.3.2006, rel. Min. Caputo Bastos.)

pública no âmbito da Justiça Eleitoral, a competência é da Justiça Federal de 1º grau⁵.

Sobre o tema, vale citar, no âmbito do STJ, o CC 112.372 que, ao ratificar o posicionamento adotado no CC 23.976, assim decidiu:

“Conflito Negativo de Competência. Mandado de Segurança impetrado contra ato de comissão de licitação de Tribunal Regional Eleitoral. Competência da Justiça Federal. Precedente. 1. A competência dos Tribunais Regionais Eleitorais não vai além da matéria eleitoral. Excepcionalmente, julgam seus próprios atos, de seus presidentes, ou de câmara, turma ou seção, inclusive os de natureza administrativa, quando atacados por mandado de segurança. 2. No caso, não se trata de mandado de segurança impetrado contra ato do Tribunal ou de seu presidente, mas contra ato de comissão de licitação, na figura do pregoeiro, autoridade eminentemente administrativa, que não tem prerrogativa de foro. 3. A Primeira Seção, no julgamento do CC 23.976/MG, Relator o Ministro Ari Pargendler, decidiu que a competência para julgar mandado de segurança impetrado contra ato de comissão de licitação de TRE é da Justiça Federal de primeira instância. 4. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo Federal da 22ª Vara da Seção Judiciária de Minas Gerais, o suscitado”. (Processo: CC 112372 MG 2010/0096767-1 – Rel. Min. Castro Meira. J. em 22/09/2010 – 1ª Seção – J. em 22/09/2010, DJe 05/10/2010).

Como consequência, em caso de ato administrativo praticado pelo Presidente, o *mandamus* deve ser impetrado no próprio Tribunal Regional, sendo cabível, em caso de denegação da segurança, recurso ordinário para o Tribunal Superior Eleitoral (art. 276, II, *b*, do Código Eleitoral) ou mesmo especial eleitoral, desde que a situação concreta se enquadre numa das hipóteses do art. 276, I, *a* e *b*, do Código Eleitoral.

Portanto, é fácil concluir que a competência irá variar dependendo de quem é a autoridade coatora, sen-

do impetrado no próprio Regional quando impugna ato administrativo praticado pelo próprio Colegiado ou seu Presidente e, por exclusão, na Justiça Federal de 1º grau, quando a autoridade não gozar de prerrogativa de foro⁶. Contra a decisão colegiada local, é cabível recurso ordinário ou especial eleitoral ao Tribunal Superior Eleitoral, dependendo da situação jurídica concreta⁷.

Ainda sobre o assunto, vale citar precedente do Tribunal Superior Eleitoral:

“Matéria administrativa. Recurso em mandado de segurança. Embargos de declaração. Acolhimento parcial. Consolidou-se, nos tribunais superiores e no STF, o entendimento segundo o qual é de suas competências conhecer recurso em mandado de segurança contra decisão proferida por órgão Colegiado de Tribunal. O TSE é competente para julgar recurso em matéria administrativa contra decisão proferida por Tribunal Regional em sede de mandado de segurança. Precedentes.” (Ac. nº 99, de 1º.2.2005, rel. Min. Gilmar Mendes).

Outrossim, a competência, quando se tratar de *mandamus* eleitoral impetrado contra ato praticado pelo Presidente da República, apesar da previsão constante no art. 22, I, *e*, do Código Eleitoral⁸, é do Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 102, I, *d*, da CF/88. Da mesma forma, quando a autoridade coatora for Ministro de Estado, a competência é do Superior Tribunal de Justiça (art. 105, I, *b* da CF/88).

Já o art. 29, I, *e*, do Código Eleitoral atribui competência para os respectivos Tribunais Regionais para julgamento do MS contra ato de autoridade que responda perante o TJ por crime de responsabilidade. Portanto, além da competência em relação aos seus próprios atos (art. 21, VI, da LOMAN), ainda se afigura presente a sua atuação na hipótese do art. 29, I, *e* do Código.

⁶ No tema, ver, no TSE, os acórdãos 2483/98 e 3175/04, que consagram a competência do Tribunal Regional Eleitoral para apreciar a segurança contra seus próprios atos.

⁷ “Recurso em mandado de segurança. Decisão concessiva. Recurso não conhecido. Da decisão concessiva de segurança não cabe recurso ordinário (art. 276, II, *b*, do CE).” (TSE- Ac. nº 274, de 18.5.2004, rel. Min. Peçanha Martins.).

⁸ Este dispositivo do Código Eleitoral, que tratava especificamente da competência do Tribunal Superior Eleitoral para o *mandamus*, teve a execução suspensa pela Resolução do Senado Federal n. 132, de 1984. Neste sentido: “Competência – Mandado de Segurança. Na dicção do Supremo, a Resolução nº 132/1984 do Senado Federal implicou o afastamento da execução do preceito da alínea e do inciso I do artigo 22 do Código Eleitoral quando envolvido ato do Presidente da República em matéria eleitoral – Mandado de Segurança nº 20.409/DF, Pleno, Relator Ministro Djaci Falcão, DJ de 8-6-1984, e Recurso Extraordinário nº 163.727/RJ, Pleno, Relator Ministro Ilmar Galvão, DJ de 20-4-2001. [...]” (Ac. de 30.11.2010 no MS nº 362842, rel. Min. Marco Aurélio.).

⁵ O TSE já decidiu: “Recurso em mandado de segurança. Mandado de segurança contra ato de presidente da comissão permanente de licitação e do diretor-geral, ambos do Tribunal Regional Eleitoral do Paraná. Processo licitatório. Competência declinada da Justiça Federal para a Corte Regional Paranaense. Ato do Diretor-Geral de Tribunal Regional, ainda que praticado por delegação do Presidente da Corte, não atrai a competência da Justiça Eleitoral para apreciar mandado de segurança impetrado contra ele (Enunciado 510 da Súmula do Supremo Tribunal Federal). Impossibilidade de alterar, de ofício, a autoridade coatora para firmar a competência. Declarada a incompetência da Justiça Eleitoral para o julgamento do Mandado de Segurança que deverá ser feito pela Justiça Federal.” (Ac. de 6.12.2007 no RMS nº 520, rel. Min. Gerardo Grossi.)

Por outro lado, se o caso concreto disser respeito a MS em matéria eleitoral, cuja autoridade não se enquadrar no art. 29, I, e, do CE, a competência funcional é do Juiz eleitoral (art. 35, III, do Código Eleitoral).

O raciocínio sofre variações quando se tratar de mandado de segurança impugnando ato jurisdicional praticado no âmbito da Justiça Eleitoral, como se passa a demonstrar.

III. MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO JUDICIAL ELEITORAL: CABIMENTO, COMPETÊNCIA E DIFERENÇAS EM RELAÇÃO À MEDIDA CAUTELAR

A questão do mandado de segurança na área eleitoral ganha maior destaque quando se analisa sua impetração visando impugnar decisão judicial.

Como já mencionado, não será analisado, nesta etapa, o cabimento abstrato do mandado de segurança contra decisão judicial (art. 5º, II e III, da Lei 12.016/09)⁹, mas apenas os casos em que é utilizado como sucedâneo recursal na área eleitoral.

É necessário, para bem desenvolver o tema, partir de uma premissa: a regra é que os recursos, no âmbito do processo eleitoral, não possuem efeito suspensivo¹⁰, e existem decisões irrecorríveis, tendo em vista que este sistema processual especial tenta impedir a indefinição e a protelação do resultado das eleições. Assim, o mandado de segurança e a própria ação cautelar são utilizados como medidas de apoio aos recursos.

Três questões devem ser enfrentadas: a) quando é cabível mandado de segurança visando impugnar decisão judicial eleitoral teratológica e violadora de direito líquido e certo? b) qual é o órgão competente para sua apreciação? c) qual a diferença entre o *mandamus* e a ação cautelar eleitoral?

Estas indagações são enfrentadas seguidas vezes pelos Tribunais Regionais e pelo próprio Tribunal Superior Eleitoral, gerando precedentes aplicados em situações jurídicas sucessivas.

Destarte, no âmbito do Tribunal Superior Eleitoral, por exemplo, existem vários precedentes indicando que, somente em situação excepcionalíssima (conten-

do vícios teratológicos) não sujeita a recurso, é admitida a impetração do writ em face de decisão judicial, como se passa a demonstrar:

“Mandado de segurança. Ação de perda de cargo eletivo. Desfiliação partidária. Vereador. Pedido. Retomada. Fase. Instrução. Oitiva de testemunha. Residência. Impossibilidade. Ausência. Direito líquido e certo. Liminar indeferida. Segurança denegada. 1. Salvo circunstâncias excepcionaisíssimas, traduzidas na teratologia do provimento jurisdicional, é inviável impugnação por mandado de segurança dos atos de conteúdo decisório oriundos de tribunais regionais eleitorais. 2. O Tribunal de origem, ao indeferir a oitiva de uma das testemunhas no local de sua residência, situada na capital, observou a norma inserta no artigo 7º da Resolução-TSE nº 22.610/2007 e a jurisprudência desta Corte. 3. Segurança denegada.” (Ac. de 15.5.2012 no MS nº 7261, rel. Min. Gilson Dipp.)

“Agravos regimentais. Mandado de segurança. Decisão judicial. Hipóteses excepcionais. Não demonstradas. 1. A impetração de mandado de segurança contra ato judicial somente é admitida em hipóteses excepcionais, como decisões de natureza teratológica, de manifesta ilegalidade ou abuso de poder, capazes de produzir danos irreparáveis ou de difícil reparação ao Impetrante. 2. *In casu*, o acórdão contra o qual se volta a impetração está devidamente fundamentado na Res.-TSE nº 22.142/2006 e na jurisprudência desta Corte, traduzindo-se o *mandamus* em mero inconformismo quanto ao que decidido. Direito líquido e certo não demonstrado. 3. Ademais, o presente writ se volta contra decisão judicial recorível, o que, mais uma vez, afasta o cabimento da medida, a teor do Enunciado nº 267 do STF. 4. Agravo regimental desprovido.” (Ac. de 29.11.2011 no Agr-MS nº 169597, rel. Min. Marcelo Ribeiro.)

“[...] 1. A doutrina e a jurisprudência estão centradas no entendimento de que ‘não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição’ (Súmula nº 267/STF). 2. O mandado de segurança exige que o seu curso só seja permitido em situação de atentado ao direito líquido e certo do impetrante, demonstrado, de modo inequívoco, na petição inicial. 3. Não há nos autos prova pré-constituída capaz de albergar o suposto direito líquido e certo objeto da presente demanda. Ao contrário disso, pretendem desconsiderar que a decisão ora atacada foi proferida por Juiz Eleitoral e encontra-se combatida por recurso próprio,

⁹ Quanto aos pressupostos de admissibilidade do mandado de segurança contra ato jurisdicional, ver FACCI, Lúcio Picanço. *Mandado de segurança contra atos jurisdicionais*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004, pp. 125 e seguintes. No direito penal: TUCCI, Rogério Lauria. *Do mandado de segurança contra ato jurisdicional penal*. São Paulo: Saraiva, 1978. Hugo de Brito Machado Segundo analisa o Enunciado 267 da Súmula da Jurisprudência Dominante do STF e a necessidade de temperamentos à sua aplicabilidade em casos específicos, no ensaio *A relevância do caso concreto para a determinação do conteúdo da norma (inclusive jurisprudencial): uma hipótese de cabimento de mandado de segurança contra ato jurisdicional*. Revista Dialética de Direito Processual n. 60. São Paulo: Dialética, março de 2008, pp. 63-74.

¹⁰ Algumas exceções: art. 15 da Lei Complementar 64/1990, arts. 216 e 362 do Código Eleitoral. Sobre o tema, ver PELEJA Jr, Antônio Veloso e BATISTA, Fabrício Napoleão Teixeira. *Direito eleitoral: aspectos processuais – ações e recursos*. 2ª edição, Curitiba: Juruá, 2012, pp. 467-472.

ainda pendente de julgamento. [...]” (Ac. de 14.2.2008 no RMS nº 535, rel. Min. José Delgado.)

[...] 1. O mandado de segurança contra ato judicial somente é admitido em hipótese excepcional, em que esteja evidenciada situação teratológica e possibilidade de dano irreparável ou de difícil reparação. 2. Não se verifica a alegada teratologia da decisão de juízo eleitoral que, em sede de impugnação de mandato eletivo, indefere pedido de produção de prova testemunhal formulado a destempo, quando o direito de a parte se manifestar já havia sido alcançado pela preclusão. [...]” (Ac. de 18.12.2007 no ARESPE nº 28.343, rel. Min. Caputo Bastos.)

De maneira geral, nestes casos, o mandado de segurança visa garantir e salvaguardar o direito líquido e certo atingido por força da decisão judicial supostamente teratológica, não sujeita a controle judicial por meio de recurso¹¹.

De outro prisma, a medida cautelar é geralmente utilizada com objetivo específico de emprestar efeito suspensivo a recurso eleitoral, desde que demonstrados seus requisitos específicos previstos no Código de Processo Civil, como se demonstra no seguinte julgado:

“Agravamento regimental. Ação cautelar. Recurso especial eleitoral. Efeito suspensivo. Concessão. Possibilidade. Fumus boni juris. Periculum in mora. Súmulas nºs 7/STJ e 279/STF. Não contrariedade. Não provimento. 1. A análise da plausibilidade das alegações do recurso especial, a partir da moldura fática do acórdão recorrido, para fins de concessão de efeito suspensivo, não contraria os enunciados das Súmulas nº 7/STJ e 279/STF. No caso, ficou assentado na decisão agravada que, a partir da leitura do v. acórdão regional, poder-se-ia verificar, em princípio, a possibilidade de êxito do recurso, pelo fato de, da moldura fática do v. acórdão recorrido, extrair-se que a participação do candidato beneficiário ou sua anuência na suposta prática violadora do art. 41-A da Lei 9.504/97 não foi bem delineada, demandando análise de sua compatibilidade com a jurisprudência desta c. Corte. Por outro lado, em análise preliminar, não pode ser desconsiderado o fato de que a controvérsia foi decidida com voto de desempate do e. Desembargador Presidente. 2. Em regra, os recursos eleitorais são recebidos tão somente no efeito devolutivo. Admite-se o recebimento do recurso no duplo efeito apenas

excepcionalmente, desde que pleiteado mediante ação cautelar na qual fique evidenciada a presença de fumus boni juris e periculum in mora. Precedentes: AgR-AI nº 10.157/SC, DJE de 20.2.2009; AgR-AC nº 3.000/MT, DJE de 15.12.2008, ambos de minha relatoria. Na hipótese dos autos, a plausibilidade das alegações consubstancia-se nas dúvidas existentes sobre a robustez da prova dos autos delineada na moldura fática do v. acórdão regional. Já o perigo da demora consistiria na possibilidade de realização de novas eleições em curto espaço de tempo. 3. Agravo regimental não provido”. (AgR-AC - Agravo Regimental em Ação Cautelar nº 3346 - Sena Madureira/AC Acórdão de 12/11/2009 Relator(a) Min. Felix Fischer - DJE - Diário da Justiça Eletrônico, Data 01/02/2010, Página 427).

Uma pergunta deve ser ratificada: quando o intérprete deve saber se o caso é de utilização de mandado de segurança ou de medida cautelar no âmbito do processo judicial eleitoral? O MS não pode substituir o recurso cabível a ser interposto em face de determinada decisão judicial¹². Logo, pode ser impetrado, em tese, contra decisão irrecurável¹³ e/ou teratológica, desde que não tenha transitado em julgado¹⁴ (Enunciados 267 e 268 da Súmula da Jurisprudência Dominante do STF)¹⁵. Estas restrições de-

¹² “Mandado de segurança. Não cabimento. Não cabe mandado de segurança contra decisão judicial passível de recurso (Súmula 267-STF). Mandado de segurança não conhecido.” (TSE - Ac. de 8.9.2011 no MS nº 48256, rel. Min. Arnaldo Versiani; no mesmo sentido o Ac. de 3.2.2011 no AgR-MS nº 253289, rel. Min. Cármen Lúcia.)

¹³ “[...] Cabimento do mandado de segurança por inexistir recurso específico com efeito suspensivo previsto no direito processual eleitoral. Agravo de instrumento reservado à denegação de recurso especial. Recurso provido para que o Tribunal Regional Eleitoral do Rio de Janeiro conheça do mandado de segurança.” (TSE - Ac. de 3.11.2010 no RMS nº 794844, rel. Min. Cármen Lúcia.)

¹⁴ A rigor, há diferença terminológica entre as expressões *trânsito em julgado* e *coisa julgada material*. Como apontei em obra anterior: “quando se utiliza a expressão *trânsito em julgado* afirma-se o incabimento de recurso. Contudo, mister ressaltar que a coisa julgada (material) poderá ou não ocorrer em decorrência do trânsito em julgado. Na verdade, o trânsito em julgado refere-se ao aspecto temporal – incabimento de recurso – ao passo que a coisa julgada material refere-se à imutabilidade da decisão. Em alguns casos, o trânsito em julgado poderá gerar apenas *preclusão*, v.g., quando não é cabível ou não interposto recurso em face de decisão interlocutória processual, ou mesmo coisa julgada, quando a decisão tem conteúdo meritório”. ARAÚJO, José Henrique Mouta. *Coisa julgada progressiva & resolução parcial do mérito*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 384. No mesmo sentido, afirma Eduardo Talamini que “se, por um lado, não há coisa julgada sem que tenha havido o trânsito em julgado, por outro, nem sempre o trânsito em julgado traz consigo a coisa julgada material. Quando muito, pode-se vincular o trânsito em julgado à coisa julgada formal, de que se fala mais adiante. Mas, ainda assim, não há identidade entre os dois conceitos. O primeiro concerne ao aspecto cronológico do esgotamento dos meios internos de revisão da sentença; o segundo diz respeito à autoridade que se estabelece, impeditiva da reabertura do processo. Estão em relação de causa e efeito”. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 32

¹⁵ “Mandado de segurança. Decisão regional. Indeferimento do pedi-

¹¹ Outro julgado do Tribunal Superior Eleitoral sobre o tema: “[...] Cabimento do mandado de segurança por inexistir recurso específico com efeito suspensivo previsto no direito processual eleitoral. Agravo de instrumento reservado à denegação de recurso especial. Recurso provido para que o Tribunal Regional Eleitoral do Rio de Janeiro conheça do mandado de segurança.” (Ac. de 3.11.2010 no RMS nº 794844, rel. Min. Cármen Lúcia.)

correm do fato de que o writ não deve ser utilizado como substitutivo do recurso cabível e da ação rescisória¹⁶.

Neste sentido, o writ visa salvaguardar direito líquido e certo supostamente violado por decisão judicial em situação excepcional. Será analisado, no caso concreto, o direito ao correto andamento processual e ao atendimento aos princípios constitucionais do processo.

Por outro lado, não se confunde com a ação cautelar, que possui objetivo específico de emprestar efeito suspensivo judicial ao recurso eleitoral. Vejamos alguns precedentes do Tribunal Superior Eleitoral sobre o tema:

Mandado de segurança. Substituição. Recurso próprio. Descabimento. Inadequação da via. Extinção. Sem resolução de mérito. Liminar concedida. Revogada. 1. O mandado de segurança não é meio processual adequado para discussão de questões incidentes em processo cujo julgamento ainda não foi concluído nas instâncias ordinárias. Eventual inconformismo quanto ao que vier a ser decidido deve ser examinado na seara recursal própria. 2. Nos termos da Súmula nº 267/STF, descabe utilizar o mandamus como substitutivo do recurso cabível. 3. Mandado de Segurança extinto, sem resolução de mérito (art. 267, VI, do CPC). Liminar revogada. (MS - Mandado de Segurança nº 35232 - Natal/RN Acórdão de 02/08/2012 Relator(a) Min. Fátima Nancy Andriighi Relator(a) designado(a) Min. José Antônio Dias Toffoli DJE - Diário de justiça eletrônico, Data 11/09/2012, Página 5-6

"[...] Cabimento do mandado de segurança por inexistir recurso específico com efeito suspensivo previsto no direito processual eleitoral. Agravo de instrumento reservado à denegação de recurso especial. Recurso provido para que o Tribunal Regional Eleitoral do Rio de Janeiro conheça do mandado de segurança." (Ac. de 3.11.2010 no RMS nº 794844, rel. Min. Cármen Lúcia.)

do de registro. 1. Se o pedido do registro foi indeferido pelo Tribunal Regional Eleitoral, em virtude de condenação criminal por órgão colegiado, cabia ao candidato ter recorrido tempestivamente dessa decisão, de modo a discutir a inelegibilidade, o que não foi possível, em face da perda de prazo para recurso. 2. Em face dessa circunstância, não se afigura possível o uso do mandado de segurança para fins de desconstituir o acórdão regional transitado em julgado, não se vislumbrando teratologia dessa decisão que indeferiu o pedido de registro. [...] (TSE- Ac. de 6.10.2010 no AgR-MS nº 227564, rel. Min. Arnaldo Versiani.)

¹⁶ "[...] 1. Se o recurso interposto no processo de registro não foi conhecido, sucedendo o trânsito em julgado, não pode a Corte de origem, em sede de mandado de segurança, dar prevalência a uma posterior decisão em processo específico de filiação, de modo a deferir o registro do impetrante. 2. Caso admitido o entendimento do Tribunal Regional Eleitoral, quanto à possibilidade de reexame da decisão transitada em julgado no processo de registro, o mandamus consubstanciaria numa indevida ação rescisória que, aliás, nem é cabível para discutir condição de elegibilidade. [...] (TSE- Ac. de 18.12.2008 no AgR-REspe nº 35.107, rel. Min. Arnaldo Versiani.)

"Mandado de segurança. Decisão regional. Indeferimento do pedido de registro. 1. Se o pedido do registro foi indeferido pelo Tribunal Regional Eleitoral, em virtude de condenação criminal por órgão colegiado, cabia ao candidato ter recorrido tempestivamente dessa decisão, de modo a discutir a inelegibilidade, o que não foi possível, em face da perda de prazo para recurso. 2. Em face dessa circunstância, não se afigura possível o uso do mandado de segurança para fins de desconstituir o acórdão regional transitado em julgado, não se vislumbrando teratologia dessa decisão que indeferiu o pedido de registro. [...] (Ac. de 6.10.2010 no AgR-MS nº 227564, rel. Min. Arnaldo Versiani.)

Contudo, é dever registrar que existem alguns precedentes que garantem a possibilidade de impetração do mandamus nos casos de recursos sem efeito suspensivo¹⁷.

Na verdade, em direito processual, há uma instabilidade interpretativa em relação aos limites entre mandado de segurança e medida cautelar quando o objetivo é o direito à obtenção de efeito suspensivo ao recurso que foi manejado. Como exemplo, é possível destacar o processo do trabalho, onde, em decorrência da restrição ao cabimento de agravo contra as decisões interlocutórias de 1º grau, se permite e utilização do mandado de segurança ou da medida cautelar, visando discutir decisão concessiva de tutela de urgência, dependendo do momento processual da ordem judicial¹⁸.

Interessante também é observar, como mencionado linhas atrás, que a competência para a cautelar irá

¹⁷ Aliás, o efeito suspensivo judicial pode ser obtido no próprio recurso (ex. 527, III e 558 do CPC), por meio de medida cautelar (especialmente nos casos de recurso especial e extraordinário – observando-se, quanto a competência, as diretrizes estabelecidas nos Enunciados 634 e 635 da Súmula da Jurisprudência Dominante do STF) ou através do mandado de segurança. Interessante é a comparação entre a cautelar e o mandado de segurança, feita ainda com fundamento na anterior lei do MS, pela professora Teresa Arruda Alvim Pinto: "o que ambos têm em comum é a celeridade do rito e a possibilidade de que haja concessão da medida liminar. Entretanto, nas cautelares, contenta-se o magistrado com *fumus boni iuris*, enquanto que, no Mandado de Segurança, o direito há de ser líquido e certo – provável, cabal e documentalmente, de plano. A cognição, pois, neste remédio, não é superficial, mas *adstrita à prova documental*, e este supõe sempre a *ilegalidade* do ato atacado, ferindo direito subjetivo, líquido e certo da parte, o que não ocorre com as medidas cautelares". *Introdução ao estudo do mandado de segurança quando impetrado contra ato de juiz*. In ARRUDA ALVIM e PINTO, Teresa Arruda Alvim. Repertório de Jurisprudência e doutrina sobre Mandado de Segurança contra ato judicial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p. 13-14.

¹⁸ O Enunciado 414 da Súmula da Jurisprudência Dominante do TST é assim redigido: "Mandado de segurança. Antecipação de tutela (ou liminar) concedida antes ou na sentença. (conversão das Orientações Jurisprudenciais nºs 50, 51, 58, 86 e 139 da SDI-II - Res. 137/2005 – DJ 22.08.2005). I - A antecipação da tutela concedida na sentença não comporta impugnação pela via do mandado de segurança, por ser impugnável mediante recurso ordinário. A ação cautelar é o meio próprio para se obter efeito

variar de acordo com o momento em que a medida é apresentada e a localização do recurso eleitoral que se pretende emprestar efeito suspensivo. Neste tema, aliás, é necessário ratificar os citados Enunciados 634 e 635 da Súmula da Jurisprudência Dominante do STF.

Em resumo, se o recurso especial eleitoral ainda estiver pendente de admissibilidade no Tribunal Eleitoral local, é deste a competência para a cautelar, sendo apresentada no Tribunal Superior se o recurso já estiver sido admitido e remetido àquela Instância. O mesmo raciocínio pode ser feito em relação ao recurso extraordinário pendente de admissibilidade no Tribunal Superior Eleitoral.

De outro prisma, é dever enfrentar qual o órgão competente para a apreciação e julgamento do mandado de segurança impetrado contra decisão judicial em matéria eleitoral. Nunca é demais repisar que a competência é de natureza funcional e, portanto, absoluta e improrrogável.

Existem situações em que a competência para conhecimento e julgamento será do Tribunal Superior, do Tribunal Regional ou do próprio Juiz Eleitoral. Neste sentido, a Lei Complementar nº 35/79 (LOMAN), no artigo 21, VI, consagra a competência originária dos Tribunais (*incluindo o Tribunal Superior Eleitoral e os respectivos Tribunais Regionais Eleitorais*) para processamento e julgamento dos mandados de segurança contra seus próprios atos¹⁹, sejam administrativos²⁰ ou judiciais (*como no caso do impetrante tentar emprestar efeito suspensivo a recurso²¹ ou impugnar decisão irreversível*).

Como se pode observar, existem variáveis que devem ser observadas para que o intérprete possa concluir pelo

cabimento ou não do mandado de segurança na área eleitoral, bem como qual o órgão judicial competente.

IV. REFERÊNCIAS

ARAÚJO, José Henrique Mouta. *Coisa julgada progressiva & resolução parcial do mérito*. Curitiba : Juruá, 2007.

ARRUDA ALVIM e PINTO, Teresa Arruda Alvim. *Reperatório de Jurisprudência e doutrina sobre Mandado de Segurança contra ato judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989

FACCI, Lúcio Picanço. *Mandado de segurança contra atos jurisdicionais*. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 2004.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *A relevância do caso concreto para a determinação do conteúdo da norma (inclusive jurisprudencial): uma hipótese de cabimento de mandado de segurança contra ato jurisdicional*. Revista Dialética de Direito Processual n. 60. São Paulo :Dialética, março de 2008

MELO, Gustavo de Medeiros. *Mandado de segurança contra ato judicial no regime da lei nº 12.016/2009*. In O novo mandado de segurança. Estudos sobre a Lei 12.016/2009. ALVIM, Eduardo Arruda; RAMOS, Glauco Gumerato; MELO, Gustavo de Medeiros e ARAÚJO, José Henrique Mouta (coords). Belo Horizonte : Editora Fórum, 2010

PELEJA Jr, Antônio Veloso e BATISTA, Fabrício Napoleão Teixeira. *Direito eleitoral: aspectos processuais – ações e recursos*. 2ª edição, Curitiba: Juruá, 2012

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; WAMBER, Teresa Arruda Alvim (coords). *Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança*. São Paulo : RT, 2002.

TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2005.

TUCCI, Rogério Lauria. *Do mandado de segurança contra ato jurisdicional penal*. São Paulo : Saraiva, 1978

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *O mandado de segurança contra ato judicial*. Revista de Processo n. 107, São Paulo : RT, jul/set/2002.

suspensivo a recurso. (ex-OJ nº 51 - inserida em 20.09.2000). II - No caso da tutela antecipada (ou liminar) ser concedida antes da sentença, cabe a impetração do mandado de segurança, em face da inexistência de recurso próprio. (ex-OJs nos 50 e 58 - ambas inseridas em 20.09.2000). III - A superveniência da sentença, nos autos originários, faz perder o objeto do mandado de segurança que impugnava a concessão da tutela antecipada (ou liminar). (ex-OJs no 86 - inserida em 13.03.2002 e nº 139 - DJ 04.05.2004).

¹⁹ "Competência - Mandado de segurança - Ato de Juiz Auxiliar. Em se tratando de ato de Juiz Auxiliar de Tribunal Regional Eleitoral, a este cabe processar e julgar o mandado de segurança." (TSE-Ac. de 3.11.2010 no Agr-MS nº 326992, rel. Min. Marco Aurélio.)

²⁰ "[...]. 1. Contra ato administrativo de TRE cabe mandado de segurança dirigido ao próprio Tribunal cujo ato administrativo se impugna. Interpretação sistemática da Constituição Federal (arts. 102, I, d e 105, I, a). A esse respeito, o STJ e o STF editaram o enunciado das Súmulas nºs 41 e 624. 2. "[...] O tema deve ser jurisdicionalizado por meio de mandado de segurança a ser impetrado perante o TRE/PA, sendo da competência do TSE analisar a matéria, se for o caso, apenas em sede recursal". 3. Mandado de segurança não conhecido. Remessa dos autos ao TRE/PA para apreciação e julgamento." (TSE - Ac. de 3.4.2008 no MS nº 3.601, rel. Min. José Delgado.)

²¹ "Agravo regimental. Mandado de segurança. Recurso especial eleitoral inexistente. Embargos de declaração opostos perante Tribunal Regional. Pedido de efeito suspensivo. Incompetência do TSE. Não provimento. 1. Não compete ao Tribunal Superior Eleitoral processar e julgar mandado de segurança para dar efeito suspensivo a embargos de declaração opostos perante Tribunal Regional, ainda pendentes de julgamento. Preceden-

tes. 2. Não cabe ao e. TSE julgar, originariamente, mandado de segurança interposto contra ato de Tribunal Regional (Súmulas nº 624 STF e 41 do STJ). 3. As decisões proferidas em sede de AIME têm efeito imediato, razão pela qual não há teratologia no acórdão regional de modo a se contornar o impedimento de intervenção do TSE em processo sub judice na 2ª instância. 4. Agravo regimental não provido." (TSE- Ac. de 2.6.2011 no Agr-MS nº 60202, rel. Min. Aldir Passarinho Junior.)