



DIÓGENES E CARVALHO
ADVOCACIA MILITAR

CELULARES DO DR. DIÓGENES GOMES: 71 – 99625-8597 e 61-99800-5309

 71 – 99625-8597

WWW.ADVOCACIAMILITAR.NET.BR

E-MAIL: DOUTORDIOGENES@GMAIL.COM

MANUAL PRÁTICO DO MILITAR – 3ª EDIÇÃO – 2017

DR. DIÓGENES GOMES VIEIRA

CAPÍTULO 9 – MANDADO DE SEGURANÇA: UTILIZAÇÃO PELOS MILITARES

9.3. PROIBIÇÕES EXPRESSAS DE CONCESSÃO DO MANDADO DE SEGURANÇA

O art. 5º da Lei 12.016/09 dispõe sobre as situações em que não se concederá o mandado de segurança:

***Art. 5º.** Não se concederá mandado de segurança quando se tratar:*

***I** - de ato do qual caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, independentemente de caução;*

***II** - de decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo;*

***III** - de decisão judicial transitada em julgado.*

***Parágrafo único.** (VETADO)*

Há, ainda, proibições quanto ao deferimento de liminar no mandado de segurança nos casos taxativos dispostos no § 2º do art. 7º da Lei 12.016/09, então vejamos:

***§ 2º.** Não será concedida medida liminar que tenha por objeto a compensação de créditos tributários, a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior, a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza.*

Este parágrafo não será objeto de estudo neste livro, todavia, caso o leitor queira se aprofundar no tema em relação à nomeação em concurso público de candidato *sub judice*, sugiro a aquisição do meu livro **Concursos Públicos Militares – Tutelas de Urgência – Teoria e Prática**¹, onde teço

¹. VIEIRA, Diógenes Gomes. **Concursos Públicos Militares – Tutelas de Urgência – Teoria e Prática**. Curitiba: Juruá, 2013.



comentários sobre o meu entendimento no sentido de que a nomeação após a conclusão do curso de formação por candidato *sub judice* não se enquadra neste dispositivo e nem nas proibições previstas na Lei 9.494/97.

O inciso I assim dispõe:

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

I - de ato do qual caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, independentemente de caução;

(...)

Por *recurso administrativo com efeito suspensivo* entenda-se o recurso que impede a produção dos efeitos decorrentes do ato considerado ilegal, não gerando, conseqüentemente, danos ao suposto direito do interessado.

Da leitura do inciso I, surge, imediatamente, o seguinte questionamento: é obrigatória a prévia interposição de *recurso administrativo com efeito suspensivo* para que seja possível a concessão da segurança?

Antes de responder a esta indagação, faz-se necessário transcrever o inciso XXXV do art. 5º da CF/88:

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

Da interpretação conjunta deste inciso constitucional com o inciso I do art. 5º da Lei 12.016/09, observa-se que este inciso I não é condição de procedibilidade para a impetração da segurança. Assim, o detentor de direito líquido e certo não² está obrigado a esgotar a esfera administrativa, independentemente de o recurso administrativo possuir efeito suspensivo, para, somente após, impetrar o mandado de segurança.

². 1. Já está consolidado na jurisprudência que "O ordenamento jurídico pátrio não exige o prévio esgotamento da via administrativa como pressuposto da tutela jurisdicional" (AC 1999.33.00.016917-3/BA, Rel. Desembargador Federal Fagundes de Deus, Quinta Turma, DJ de 17/03/2003). 2. (...)." (TRF1 - AC nº 200034000482870 – 1ª Turma - Rel. Des. Federal Carlos Olavo - e-DJF1 de 21.01.2010)



CELULARES DO DR. DIÓGENES GOMES: 71 – 99625-8597 e 61-99800-5309

 71 – 99625-8597

WWW.ADVOCACIAMILITAR.NET.BR

E-MAIL: DOUTORDIOGENES@GMAIL.COM

O § 3º do art. 51³ da Lei 6.880/80 (Estatuto dos Militares das Forças Armadas⁴) prevê que o militar somente poderá utilizar a via judicial após esgotada a esfera administrativa, todavia, esta norma não⁵ foi recepcionada pela CF/88, pois afronta o inciso XXXV do art. 5º.

Na verdade, o texto do inciso I foi mal escrito⁶, pois, numa primeira leitura, pode-se entender que, se houver previsão de *recurso administrativo com efeito suspensivo* contra ato supostamente ilegal, seria incabível a segurança, exigindo,

³. **Art. 51.** *O militar que se julgar prejudicado ou ofendido por qualquer ato administrativo ou disciplinar de superior hierárquico poderá recorrer ou interpor pedido de reconsideração, queixa ou representação, segundo regulamentação específica de cada Força Armada.*

§ 1º. *O direito de recorrer na esfera administrativa prescreverá:*

a) em 15 (quinze) dias corridos, a contar do recebimento da comunicação oficial, quanto a ato que decorra de inclusão em quota compulsória ou de composição de Quadro de Acesso; e
b) em 120 (cento e vinte) dias, nos demais casos.

§ 2º. *O pedido de reconsideração, a queixa e a representação não podem ser feitos coletivamente.*

§ 3º. *O militar só poderá recorrer ao Judiciário após esgotados todos os recursos administrativos e deverá participar esta iniciativa, antecipadamente, à autoridade à qual estiver subordinado.*

⁴. Para maior aprofundamento sobre os direitos e obrigações dos militares das Forças Armadas, sugiro a aquisição do meu livro **Comentários ao Estatuto dos Militares – Lei nº 6.880/80 Interpretada – Parte Especial**, publicado pela Juruá Editora em 2013.

⁵. **SERVIDOR MILITAR. PUNIÇÃO DISCIPLINAR. EXAURIMENTO DA VIA ADMINISTRATIVA NÃO RECEPCIONADA PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. APELAÇÃO IMPROVIDA.** 1 - O autor, militar da Força Aérea Brasileira, foi punido disciplinarmente em duas ocasiões, pelos seguintes motivos: a primeira punição, consistente em prisão por 10 dias, ocorreu porque teria proposto ação judicial para que cessasse desconto de taxa que considerou ser indevida, antes de exaurir a via administrativa; a segunda punição, consistente em prisão por 4 dias, ocorreu porque teria se ausentado do PARMARF, sem autorização de seu superior hierárquico, quando cumpria a primeira punição. 2 - **Com o advento da Constituição Federal de 1988 o prévio esgotamento da via administrativa para a propositura de demanda em face da Administração Pública restou expurgado do ordenamento jurídico pátrio em razão da norma constante do art.5º, inciso XXXV, da Magna Carta.** 3 - Nula, nessas condições, a primeira punição imposta ao autor, afigurando-se igualmente nula, por conseguinte, a segunda punição, vez que decorrente daquela outra. 4 - Apelação improvida. (TRF3 – AC nº 00015124120014036118 - Rel. Juiz Convocado Paulo Conrado - e-DJF3 de 01.02.2011)

⁶. O legislador pecou ao manter a redação original da revogada Lei 1.533/51, em que seu inciso I do art. 5º previa o seguinte:

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

I - de ato de que caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, independente de caução.



DIÓGENES E CARVALHO
ADVOCACIA MILITAR

CELULARES DO DR. DIÓGENES GOMES: 71 – 99625-8597 e 61-99800-5309

 71 – 99625-8597

WWW.ADVOCACIAMILITAR.NET.BR

E-MAIL: DOUTORDIOGENES@GMAIL.COM

consequentemente, o esgotamento da esfera administrativa.

O STF - Guardião da CF/88 - pronunciou-se, em decisão de 05.06.2012, que o inciso I do art. 5º deve ser interpretado no sentido de que não será concedida a segurança quando houver pendência de julgamento de *recurso administrativo com efeito suspensivo*, então vejamos:

MANDADO DE SEGURANÇA. CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. CONTROLE DE LEGALIDADE DE ATO PRATICADO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO DE RONDÔNIA. CONCURSO PÚBLICO. EXAME PSICOTÉCNICO. PREVISÃO EM LEI. CRITÉRIOS OBJETIVOS. ORDEM DENEGADA. I – O art. 5º, I, da Lei 12.016/2009 não configura uma condição de procedibilidade, mas tão somente uma causa impeditiva de que se utilize simultaneamente o recurso administrativo com efeito suspensivo e o mandamus. II – A questão da legalidade do exame psicotécnico nos concursos públicos reveste-se de relevância jurídica e ultrapassa os interesses subjetivos da causa. III – A exigência de exame psicotécnico, como requisito ou condição necessária ao acesso a determinados cargos públicos, somente é possível, nos termos da Constituição Federal, se houver lei em sentido material que expressamente o autorize, além de previsão no edital do certame. IV – É necessário um grau mínimo de objetividade e de publicidade dos critérios que nortearão a avaliação psicotécnica. A ausência desses requisitos torna o ato ilegítimo, por não possibilitar o acesso à tutela jurisdicional para a verificação de lesão de direito individual pelo uso desses critérios V - Segurança denegada. (STF - MS nº 30822 - Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI - Segunda Turma - julgado em 05.06.2012 - DJe de 26-06-2012)



CELULARES DO DR. DIÓGENES GOMES: 71 – 99625-8597 e 61-99800-5309

 71 – 99625-8597

WWW.ADVOCACIAMILITAR.NET.BR

E-MAIL: DOUTORDIOGENES@GMAIL.COM

Assim, tem-se que o objetivo da norma contida no inciso I⁷ do art. 5^o é proibir a concessão da segurança quando estiver em trâmite recurso administrativo dotado de efeito suspensivo⁸. Esta regra é decorrente do fato de que, em estando em trâmite recurso administrativo com efeito suspensivo, não existirá, a princípio, lesão ou ameaça a direito líquido e certo, logo, não há interesse de agir para a impetração da segurança, pois o ato supostamente ilegal poderá ser reformado na própria esfera administrativa.

Reescrevendo o inciso I com objetivo meramente didático, poder-se-ia assim fazê-lo: *de ato do qual foi interposto recurso administrativo com efeito suspensivo, independentemente de caução.*

O STF, porém, faz uma ressalva à regra do inciso I:

SÚMULA n^o 429⁹

⁷ Sobre a parte final deste inciso (*independente de caução*), o STJ possui a Súmula n^o 373, assim prevendo: “É ilegítima a exigência de depósito prévio para admissibilidade de recurso administrativo.”.

⁸ **Súmula n^o 429 do STF:** *a existência de recurso administrativo com efeito suspensivo não impede o uso do mandado de segurança contra omissão da autoridade.*

⁹ **APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. IMPOSSIBILIDADE DE CANCELAMENTO DA INSCRIÇÃO DE PROFISSIONAL REGISTRADO EM CONSELHO DE FISCALIZAÇÃO DE PROFISSÃO (NO CASO, CRECI/MS) SEM QUE ANTES DA IMPOSIÇÃO DA PENALIDADE TENHA SIDO ASSEGURADO AO INTERESSADO O DIREITO DE DEFESA. DESCABIMENTO DE PROCESSO ADMINISTRATIVO INQUISITORIAL. IRRELEVÂNCIA - ATÉ PARA FINS DE CONHECIMENTO DO "WRIT" - DA POSSIBILIDADE DE USO DE RECURSO COM EFEITO SUSPENSIVO, MESMO PORQUE ESSA INFORMAÇÃO FOI OMITIDA DO INTERESSADO QUANDO DA NOTIFICAÇÃO DA DECISÃO. SENTENÇA MANTIDA.** 1. Afasta-se a tese de inadequação da via eleita pela existência de recurso administrativo munido de efeito suspensivo (art. 5^o, I, da Lei 12.016). Isso porque o *mandamus* tem por fundamento o fato de que não foi possibilitado ao impetrante tomar ciência e se defender das irregularidades apontadas no processo administrativo do qual era sujeito antes da edição do ato de cancelamento. **Trata-se de vício omissivo da autarquia, o que atrai entendimento do STF no sentido de que a existência de recurso administrativo com efeito suspensivo não impede a impetração contra ato omissivo da Administração (Súmula 429 do STF).** Ademais, não obstante a autoridade impetrada afirmar que o recurso detém efeito suspensivo, essa informação não constou na notificação remetida ao impetrante noticiando-lhe a punição. Preliminar rejeitada. 2. É dever da Administração garantir aos indivíduos cujo interesse venha a ser afetado pelo desfecho de processo administrativo a possibilidade de defesa antes da edição do ato que venha a prejudicar os interesses dele; essa obrigação - de índole



CELULARES DO DR. DIÓGENES GOMES: 71 – 99625-8597 e 61-99800-5309

 71 – 99625-8597

WWW.ADVOCACIAMILITAR.NET.BR

E-MAIL: DOUTORDIOGENES@GMAIL.COM

*A existência de recurso administrativo com efeito suspensivo não impede o uso do mandado de segurança contra **omissão** da autoridade.*

Os incisos II¹⁰ e III¹¹ do art. 5º assim dispõem:

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

(...)

II - de decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo;

III - de decisão judicial transitada em julgado.

De Plácido e Silva¹² dá a seguinte conceituação sobre efeito suspensivo:

EFEITO SUSPENSIVO. Assim se diz de todo ato ou de toda causa que venha produzir a suspensão do que se estava fazendo ou se pretendia fazer. Geralmente, é a expressão usada para indicar um dos

constitucional - é tão mais candente quando se está em cenário de processo administrativo que pode resultar na proibição do exercício de trabalho que é o ganha-pão do administrado. Sentença que anulou o cancelamento da inscrição que resta mantida. (TRF3 - AMS nº 00014524320154036000 - DESEMBARGADOR FEDERAL JOHONSOM DI SALVO - SEXTA TURMA - e-DJF3 de 12.07.2016)

^{10.} **CONSTITUCIONAL. PROCESSO CIVIL. AGRAVO EM MANDADO DE SEGURANÇA. NÃO CABIMENTO. DECISÃO DA QUAL CABE AGRAVO DE INSTRUMENTO. SÚMULA 267/STF.** 1. (...). 2. A inovação trazida no inciso II, do artigo 5º, da Lei 12.016/2009, não socorre a agravante, pois, para o agravo de instrumento existe previsão legal de concessão de efeito suspensivo (artigo 527, III, CPC). 3. Deve ser preservada a natureza e a função do mandado de segurança, remédio heróico, previsto na Constituição Federal, e criado para situações excepcionais. 4. Não se pode admitir que a parte interessada, ao seu alvitre, escolha o instrumento que lhe seja mais conveniente: recurso ou mandado de segurança. 5. As alterações introduzidas na sistemática dos recursos de agravo de instrumento e da apelação, por meio das Leis 9.139/1995 e 10.352/2001, acabaram por proporcionar às partes remédio jurídico tão ou mais célere quanto a via do mandado de segurança. 6. Somente será cabível o mandado de segurança quando se tratar de decisão teratológica, de ato flagrantemente eivado de ilegalidade ou abuso de poder. 7. Agravo não provido. (TRF3 - MS nº 00057779620084036100 - 2ª Seção - Rel. Des. Federal Márcio Moraes - e-DJF3 de 16.06.2011)

^{11.} 1. O mandado de segurança não é sucedâneo de ação rescisória, daí porque não é cabível para desconstituir ato judicial transitado em julgado. Essa vedação foi expressamente consignada no art. 5º, III, da Lei 12.016/09 e na Súmula 268/STF. 2. (...). (STJ - AgRg no RMS nº 36.510/SP - Rel. Ministro CASTRO MEIRA - SEGUNDA TURMA - julgado em 15.05.2012 - DJe de 24.05.2012)

^{12.} SILVA, De Plácido. **Vocabulário Jurídico.** 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 295.



CELULARES DO DR. DIÓGENES GOMES: 71 – 99625-8597 e 61-99800-5309

 71 – 99625-8597

WWW.ADVOCACIAMILITAR.NET.BR

E-MAIL: DOUTORDIOGENES@GMAIL.COM

efeitos da apelação, quando todo processo da ação se paralisa, não se dando começo à execução, até que se decida o recurso interposto, pela instância superior, a quem se devolveu o conhecimento da causa. Em regra, em matéria processual, os recursos somente têm efeito suspensivo, quando expressamente determinado por lei.

Assim, de acordo com o inciso II do art. 5º, é possível a impetração e obtenção da segurança¹³ para proteger direito líquido e certo quando o recurso judicial cabível não possibilitar a concessão de efeito suspensivo.

A título de exemplo, tem-se que contra decisão interlocutória, que indefere tutela de urgência antecipatória para o fim de o militar ser movimentado por interesse de saúde da família, é possível a interposição do recurso denominado agravo de instrumento¹⁴.

Nos termos do inciso I do art. 1.019¹⁵ do NCPC, é possível a concessão de antecipação de tutela recursal (efeito suspensivo ativo) no agravo de instrumento,

¹³. 1. De acordo com o artigo 5º, inciso II, da Lei nº 12.016/2009 não se concederá mandado de segurança quando se tratar de decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo. 2. O Supremo Tribunal Federal também firmou entendimento no sentido de que não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição (Súmula nº 267). (...). 4. Somente é cabível mandado de segurança contra atos judiciais quando restar comprovada a ineficácia do recurso para a proteção do direito líquido e certo do impetrante, desde que manifesta a ilegalidade do ato ou abuso, devendo a impetração ficar adstrita aos casos excepcionais, sob pena de um alargamento indevido da utilização da via estreita do *writ*. 5. Agravo regimental improvido. (TRF3 - MS 00306730520104030000 – 1ª Seção – Rel. Des. Federal Vesna Kolmar - e-DJF3 de 23.12.2010)

¹⁴. O estudo deste recurso cível está disposto no meu livro **Concursos Públicos Militares – Tutelas de Urgência – Teoria e Prática**.

¹⁵. **Art. 1.019.** *Recebido o agravo de instrumento no tribunal e distribuído imediatamente, se não for o caso de aplicação do art. 932, incisos III e IV, o relator, no prazo de 5 (cinco) dias:*

I - poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, comunicando ao juiz sua decisão;

II - ordenará a intimação do agravado pessoalmente, por carta com aviso de recebimento, quando não tiver procurador constituído, ou pelo Diário da Justiça ou por carta com aviso de recebimento dirigida ao seu advogado, para que responda no prazo de 15 (quinze) dias, facultando-lhe juntar a documentação que entender necessária ao julgamento do recurso;

III - determinará a intimação do Ministério Público, preferencialmente por meio eletrônico, quando for o caso de sua intervenção, para que se manifeste no prazo de 15 (quinze) dias.



DIÓGENES E CARVALHO
ADVOCACIA MILITAR

CELULARES DO DR. DIÓGENES GOMES: 71 – 99625-8597 e 61-99800-5309

 71 – 99625-8597

WWW.ADVOCACIAMILITAR.NET.BR

E-MAIL: DOUTORDIOGENES@GMAIL.COM

logo, inadequada, neste caso hipotético, a impetração de mandado de segurança.

Vejam os a seguinte Súmula¹⁶ do STF:

SÚMULA n.º 267

Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição.

Esta Súmula, a partir da Lei 12.016/09, passou a ser aplicada juntamente com inciso II do art. 5º, conforme se pode observar com a leitura da seguinte e recente decisão do STJ:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO DE MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATOS JUDICIAIS QUE IMPEDEM A RETIRADA DE AUTOS DA SECRETARIA DO JUÍZO. ATOS JUDICIAIS SUJEITOS A

¹⁶. **AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DESCABIMENTO DO USO DO WRIT COMO SUCEDÂNEO RECURSAL. AUSÊNCIA DE INTERPOSIÇÃO DO RECURSO CABÍVEL CONTRA O ATO IMPUGNADO. SÚMULA 267/STF. RECURSO DESPROVIDO.** 1. Consoante o art. 522 do CPC/1973 (vigente à época dos fatos), existe previsão legal de recurso próprio contra o ato judicial impugnado pelo writ originário, o qual os recorrentes deixaram de interpor, situação que contraria o entendimento cristalizado na Súmula 267 do STF, aplicável analogicamente ao caso. 2. **O mandado de segurança contra ato judicial é admitido somente em casos excepcionalíssimos, como nas hipóteses de flagrante ilegalidade, de ato abusivo ou em situações teratológicas, cabendo à parte demonstrar a plausibilidade do direito e o perigo de demora, o que não ocorreu no caso em apreço.** 3. Agravo interno desprovido. (STJ - AgInt nos EDcl no RMS nº 51.703/SP - Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE - TERCEIRA TURMA - julgado em 15.08.2017 - DJe de 25.08.2017)

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ATO JUDICIAL. SÚMULA 267 DO STF. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE, TERATOLOGIA OU CARÁTER ABUSIVO NA DECISÃO COMBATIDA. SÚMULA 267/STF. 1. É incabível o mandado de segurança quando impetrado contra decisão judicial sujeita a recurso específico ou transitada em julgado, mormente porque tal remédio constitucional não representa panaceia para toda e qualquer situação, nem é sucedâneo do recurso específico ou da ação rescisória. Inteligência da Súmula 267/STF. 2. O mandado de segurança somente pode ser impetrado contra ato judicial, quando cristalizado o caráter abusivo, a ilegalidade ou a teratologia na decisão combatida, situação que não ocorreu nos autos. 3. Agravo interno não provido. (STJ - AgInt no RMS nº 51.888/RS - Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO - QUARTA TURMA - julgado em 23.05.2017 – DJe de 26.05.2017)



DIÓGENES E CARVALHO
ADVOCACIA MILITAR

CELULARES DO DR. DIÓGENES GOMES: 71 – 99625-8597 e 61-99800-5309

 71 – 99625-8597

WWW.ADVOCACIAMILITAR.NET.BR

E-MAIL: DOUTORDIOGENES@GMAIL.COM

RECURSO. APLICAÇÃO DA SÚMULA 267/STF E DO ART. 5º, II, DA LEI N. 12.016/2009. 1. Consoante decidiu a Primeira Turma desta Corte, ao julgar o RMS 33.042/SP (Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJe de 10.10.2011), **as decisões judiciais sujeitas a recurso não são, em regra, controláveis por via de mandado de segurança.** Admitir a impetração em tais situações significaria transformá-la em verdadeiro recurso com prazo ampliado de 120 dias. Daí a antiga Súmula 267 do Supremo Tribunal Federal: "Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição". Conforme consignado no referido julgamento da Primeira Turma, o art. 5º, II, da Lei 12.016/2009, interpretado a contrario sensu, dá a entender que pode se dar mandado de segurança contra decisão judicial sujeita a recurso sem efeito suspensivo. Todavia, subsistem, no regime da Lei 12.016/2009, os óbices que sustentam a orientação das Súmulas 267 e 268 do STF, no sentido de que, mesmo na hipótese de decisão judicial sujeita a recurso sem efeito suspensivo, o mandado de segurança (a) não pode ser simplesmente transformado em alternativa recursal (= substitutivo do recurso próprio) e (b) não é cabível contra decisão judicial revestida de preclusão ou com trânsito em julgado. Isso significa que, mesmo quando impetrado contra decisão judicial sujeita a recurso sem efeito suspensivo, o mandado de segurança não dispensa a parte impetrante de interpor o recurso próprio, no prazo legal. 2. Nos presentes autos, por se tratar de mandado de segurança que impugna atos judiciais que impedem a retirada de autos da secretaria do juízo, tem-se hipótese de atos judiciais atacáveis via recurso adequado - agravo de instrumento -, o que afasta a possibilidade de utilização do mandado de segurança (art.



CELULARES DO DR. DIÓGENES GOMES: 71 – 99625-8597 e 61-99800-5309

 71 – 99625-8597

WWW.ADVOCACIAMILITAR.NET.BR

E-MAIL: DOUTORDIOGENES@GMAIL.COM

5º, II, da Lei 12.016/2009 e Súmula 267/STF). Nesse sentido: RMS 18.692/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 14.11.2005; AgRg no RMS 21.701/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ de 28.7.2007; RMS 23.211/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe de 25.11.2008. 3. Recurso ordinário não provido. (STJ - ROMS nº 201202076937 - MAURO CAMPBELL MARQUES - SEGUNDA TURMA - DJE de 28.02.2013)

O inciso III¹⁷ é a normatização da antiga Súmula nº 268¹⁸ do STF, que desde 1963 proibia o uso do mandado de segurança para questionar *decisão judicial transitada em julgado*¹⁹.

A decisão transitada em julgado pode ser desfeita por meio de ação rescisória²⁰ nas situações previstas no rol taxativo do art. 966²¹ do NCPC.

17 PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. ATO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. AUTORIDADE INCOMPETENTE. FORMALIDADE ESSENCIAL. INOBSERVÂNCIA. CONTRARIEDADE AO ART. 5.º, INCISO III, DA LEI N.º 1.533/51. 1. Não cabe o argumento de violação ao art. 5.º, inciso III, da Lei n.º 1.533/51, pois restou evidenciado na decisão proferida pelo Tribunal de origem **que o ato administrativo que concluiu pela exclusão do militar não preservou as formalidades essenciais e foi emanado de autoridade incompetente.** 2. Agravo regimental desprovido. (STJ - AgRg no REsp nº 924.818/AL, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 07/10/2008, DJe 03/11/2008)

¹⁸. *Não cabe mandado de segurança contra decisão judicial com trânsito em julgado.*

¹⁹. O trânsito em julgado ocorre após o transcurso do prazo para a interposição dos recursos cabíveis ou quando não houver mais recursos previstos no ordenamento jurídico.

²⁰. **Art. 975.** *O direito à rescisão se extingue em 2 (dois) anos contados do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo.*

§ 1º *Prorroga-se até o primeiro dia útil imediatamente subsequente o prazo a que se refere o caput, quando expirar durante férias forenses, recesso, feriados ou em dia em que não houver expediente forense.*

§ 2º *Se fundada a ação no inciso VII do art. 966, o termo inicial do prazo será a data de descoberta da prova nova, observado o prazo máximo de 5 (cinco) anos, contado do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo.*

§ 3º *Nas hipóteses de simulação ou de colusão das partes, o prazo começa a contar, para o terceiro prejudicado e para o Ministério Público, que não interveio no processo, a partir do momento em que têm ciência da simulação ou da colusão.*

²¹. **Art. 966.** *A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:*

I - se verificar que foi proferida por força de prevaricação, concussão ou corrupção do juiz;

II - for proferida por juiz impedido ou por juízo absolutamente incompetente;



DIÓGENES E CARVALHO
ADVOCACIA MILITAR

CELULARES DO DR. DIÓGENES GOMES: 71 – 99625-8597 e 61-99800-5309

 71 – 99625-8597

WWW.ADVOCACIAMILITAR.NET.BR

E-MAIL: DOUTORDIOGENES@GMAIL.COM

Na esfera administrativa disciplinar militar, a nível de Forças Armadas, por exemplo, o pedido de reconsideração e o recurso administrativo, em regra²², não possuem efeito suspensivo.

Assim, o prazo de 120 (cento e vinte) dias para impetração do mandado de segurança não se interrompe com o pedido de reconsideração ou interposição de recurso, conforme entendimento do STJ:

III - resultar de dolo ou coação da parte vencedora em detrimento da parte vencida ou, ainda, de simulação ou colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei;

IV - ofender a coisa julgada;

V - violar manifestamente norma jurídica;

VI - for fundada em prova cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou venha a ser demonstrada na própria ação rescisória;

VII - obtiver o autor, posteriormente ao trânsito em julgado, prova nova cuja existência ignorava ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável;

VIII - for fundada em erro de fato verificável do exame dos autos.

§ 1º Há erro de fato quando a decisão rescindenda admitir fato inexistente ou quando considerar inexistente fato efetivamente ocorrido, sendo indispensável, em ambos os casos, que o fato não represente ponto controvertido sobre o qual o juiz deveria ter se pronunciado.

§ 2º Nas hipóteses previstas nos incisos do caput, será rescindível a decisão transitada em julgado que, embora não seja de mérito, impeça:

I - nova propositura da demanda; ou

II - admissibilidade do recurso correspondente.

§ 3º A ação rescisória pode ter por objeto apenas 1 (um) capítulo da decisão.

§ 4º Os atos de disposição de direitos, praticados pelas partes ou por outros participantes do processo e homologados pelo juízo, bem como os atos homologatórios praticados no curso da execução, estão sujeitos à anulação, nos termos da lei.

§ 5º Cabe ação rescisória, com fundamento no inciso V do caput deste artigo, contra decisão baseada em enunciado de súmula ou acórdão proferido em julgamento de casos repetitivos que não tenha considerado a existência de distinção entre a questão discutida no processo e o padrão decisório que lhe deu fundamento.

§ 6º Quando a ação rescisória fundar-se na hipótese do § 5º deste artigo, caberá ao autor, sob pena de inépcia, demonstrar, fundamentadamente, tratar-se de situação particularizada por hipótese fática distinta ou de questão jurídica não examinada, a impor outra solução jurídica. (Incluído pela Lei nº 13.256, de 2016) (Vigência)

²². Há decisões judiciais entendendo que o recurso administrativo em caso de punições disciplinares possui efeito suspensivo, aplicando-se a exceção prevista no parágrafo único do art. 61 da Lei 9.784/99. Sobre efeito suspensivo sugiro a leitura do tópico 1.3 deste livro. Há dicas neste tópico sobre como obter o efeito suspensivo ao recurso administrativo disciplinar



DIÓGENES E CARVALHO
ADVOCACIA MILITAR

CELULARES DO DR. DIÓGENES GOMES: 71 – 99625-8597 e 61-99800-5309

 71 – 99625-8597

WWW.ADVOCACIAMILITAR.NET.BR

E-MAIL: DOUTORDIOGENES@GMAIL.COM

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. MILITAR. ANULAÇÃO DA PROMOÇÃO. EFEITOS CONCRETOS. DECADÊNCIA DO DIREITO À IMPETRAÇÃO. TERMO INICIAL. CIÊNCIA DO ATO LESIVO. OCORRÊNCIA. 1. Trata-se, na origem, de Mandado de Segurança, impetrado em 10.12.2009, por Silvio José Gama da Silva, que afirma ilegal ato administrativo que anulou sua promoção para o cargo de 3º Sargento do Corpo de Bombeiros Militar, em razão da conclusão do Curso de Formação de Sargentos (2002), e que manteve sua promoção na mesma graduação pelo critério, entretanto, de tempo de serviço. 2. O prazo para impetração do Mandado de Segurança tem início na data em que o impetrante toma ciência do fato impugnado, nos termos do art. 23 da Lei 12.016/2009. 3. No caso dos autos, o ato que anulou sua promoção para o cargo de 3º Sargento do Corpo de Bombeiros Militar ocorreu em 17.5.2007, sendo este o prazo inicial para impetrar o mandamus. 4. **O pedido de reconsideração ou recurso administrativo destituído de efeito suspensivo não tem o condão de suspender ou interromper o curso do prazo decadencial,** conforme a Súmula 430 do Supremo Tribunal Federal: "Pedido de reconsideração na via administrativa não interrompe o prazo para o mandado de segurança". 5. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que descabe falar em relação de trato sucessivo em hipóteses como a dos autos (anulação do ato de promoção), em que se ataca ato comissivo de efeitos concretos. 6. Agravo Regimental não provido. (STJ - AgRg no AREsp nº 232.048/RJ - Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN - SEGUNDA TURMA - julgado em 28.05.2013 - DJe de 31.05.2013)



DIÓGENES E CARVALHO
ADVOCACIA MILITAR

CELULARES DO DR. DIÓGENES GOMES: 71 – 99625-8597 e 61-99800-5309

 71 – 99625-8597

WWW.ADVOCACIAMILITAR.NET.BR

E-MAIL: DOUTORDIOGENES@GMAIL.COM

O mandado de segurança²³ poderá ser utilizado para anulação de punição disciplinar, porém deve ser consignado que caso se objetive impedir ou cessar uma punição disciplinar ilegal, deverá ser utilizado o *habeas corpus*²⁴.

Vejam os uma interessante decisão²⁵ do STJ que anulou punição imposta a militar da Polícia Militar devido à violação ao direito ao contraditório e à ampla defesa (formalidades essenciais ao processo disciplinar):

²³. **CONSTITUCIONAL. DETENÇÃO EM FACE DE TRANSGRESSÃO DISCIPLINAR. INDEFERIMENTO DA INICIAL. ADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. PREVISÃO DE EXAME DA LEGALIDADE DO ATO VIA *HABEAS CORPUS*. VIA MANDAMENTAL ADEQUADA PARA ANULAR ATO ADMINISTRATIVO COMPLEXO.** 1. A restrição contida no artigo 142, § 2º da Constituição Federal (Não caberá *habeas corpus* em relação a punições disciplinares militares) se refere tão somente ao mérito da punição disciplinar, não afastando a possibilidade do exame da legalidade do ato atacado. 2. O impetrante sofreu pena de detenção em razão de transgressão disciplinar. Requer a anulação do ato que resultou na pena de detenção por 06 (seis) dias. **A anulação do referido ato não se limita ao aspecto ambulatorial, mas engloba as demais consequências de ordem funcional, razão pela qual é adequada a via do mandado de segurança.** 3. Não estando a causa madura, impõe-se a anulação da sentença para o regular processamento da ação mandamental, colhendo-se as informações da autoridade apontada coatora. (TRF1 - AMS nº 200241000042494 – 2ª Turma Suplementar – Rel. Juíza Federal Rosimayre Gonçalves de Carvalho - e-DJF1 de 01.02.2012)

²⁴. **MANDADO DE SEGURANÇA. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. MILITAR. APLICAÇÃO DE PENA DISCIPLINAR.** Não pode o mandado de segurança ser utilizado para tratar de matéria veiculada por Habeas Corpus. Agravo regimental improvido. (TRF5 – AGA nº 60071-01/PE – 4ª Turma - Rel. Des. Marcelo Navarro – julgado em 25.01.2005 - DJ de 23.03.2005)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL. MILITAR. PUNIÇÃO DISCIPLINAR. 'HABEAS CORPUS' E MANDADO DE SEGURANÇA. CABIMENTO. 1. **Incabimento de mandado de segurança, utilizado no objetivo de obter efeito de 'habeas corpus', para impedir punição disciplinar** (grifo meu). 2. Inocorrência de contradição ou de omissão. 3. Embargos de declaração a que se nega provimento. (TRF4 – EAGRMS nº 9204233460/RS – 1ª Turma - Rel. Des. Federal Ellen Gracie - julgado em 11.03.1993 - DJ de 05.05.1993)

MANDADO DE SEGURANÇA. SUSPENSÃO DA APLICAÇÃO DE PUNIÇÃO DISCIPLINAR MILITAR. PRISÃO DISCIPLINAR. 1. Mandado de segurança impetrado por servidor militar federal visando a suspensão da aplicação da pena de prisão disciplinar. 2. **É o 'habeas corpus', e não o mandado de segurança, o meio próprio para a garantia da liberdade de locomoção.** Se vedado o 'habeas corpus' perante a justiça militar (artigo-142, parágrafo-02, da constituição federal), não pode o mandado de segurança impetrado perante a justiça federal servir-lhe de sucedâneo, pois que isso importaria em afrontar a proibição constitucional. (TRF4 – AGMS nº 9204233460/RS – 1ª Turma - Rel. Des. Federal Ellen Gracie – julgado em 17.09.1992 - DJ de 04.11.1992)



DIÓGENES E CARVALHO
ADVOCACIA MILITAR

CELULARES DO DR. DIÓGENES GOMES: 71 – 99625-8597 e 61-99800-5309

 71 – 99625-8597

WWW.ADVOCACIAMILITAR.NET.BR

E-MAIL: DOUTORDIOGENES@GMAIL.COM

CONSTITUCIONAL - ADMINISTRATIVO - MILITAR - ATIVIDADE CIENTÍFICA - LIBERDADE DE EXPRESSÃO INDEPENDENTE DE CENSURA OU LICENÇA - GARANTIA CONSTITUCIONAL - LEI DE HIERARQUIA INFERIOR - INAFASTABILIDADE - PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR - TRANSGRESSÃO MILITAR - INEXISTÊNCIA - FALTA DE JUSTA CAUSA - PUNIÇÃO ANULADA - RECURSO PROVIDO. I - A Constituição Federal, à luz do princípio da supremacia constitucional, encontra-se no vértice do ordenamento jurídico, e é a Lei Suprema de um País, na qual todas as normas infraconstitucionais buscam o seu fundamento de validade. II - Da garantia de liberdade de expressão de atividade científica, independente de censura ou licença, constitucionalmente assegurada a todos os brasileiros (art. 5º, IX), não podem ser excluídos os militares em razão de normas aplicáveis especificamente aos membros da Corporação Militar. Regra hierarquicamente inferior não pode restringir onde a Lei Maior não o fez, sob pena de inconstitucionalidade. III - **Descaracterizada a transgressão disciplinar pela inexistência de violação ao Estatuto e Regulamento Disciplinar da Polícia Militar de Santa Catarina, desaparece a justa causa que embasou o processo disciplinar, anulando-se em consequência a punição administrativa aplicada.** III - Recurso conhecido e provido. (STJ - RMS nº 11.587/SC - Rel. Ministro GILSON DIPP - QUINTA TURMA - julgado em 16.09.2004 – DJ de 03.11.2004)

²⁵. Este writ foi utilizado para conceder a liberdade de um militar preso disciplinarmente, todavia, não é o instrumento adequado, mas sim o *habeas corpus*. Ademais, sem dúvidas, os pressupostos necessários à concessão do *habeas corpus* são muito menos rigorosos do que no mandado de segurança.



DIÓGENES E CARVALHO
ADVOCACIA MILITAR

CELULARES DO DR. DIÓGENES GOMES: 71 – 99625-8597 e 61-99800-5309

 71 – 99625-8597

WWW.ADVOCACIAMILITAR.NET.BR

E-MAIL: DOUTORDIOGENES@GMAIL.COM

Ressalte-se que o Poder Judiciário está impedido, assim como no *habeas corpus*, de adentrar no mérito²⁶ do ato disciplinar questionado na via do mandado de segurança.

²⁶. ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. MILITAR DA FORÇA AÉREA BRASILEIRA. TRANSGRESSÃO DISCIPLINAR. DECRETO Nº 76.322/75. REGULAMENTO DISCIPLINAR DA AERONÁUTICA (RDAER). PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO. AUSÊNCIA DE EFEITO SUSPENSIVO. OBSERVÂNCIA DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. RECURSO IMPROVIDO. 1. Não há que se falar em ilegitimidade ativa recursal em razão de ter constado nome de terceiro estranho ao processo nas razões de apelação, uma vez que se trata de mero erro material, haja vista ter constado o correto nome do impetrante na petição de interposição do recurso, bem como serem as razões recursais pertinentes ao presente caso. 2. No mérito, cabe destacar que as Forças Armadas possuem como base institucional a hierarquia e a disciplina, nos termos do artigo 142, da Constituição Federal. Portanto, os militares submetem-se a regime jurídico próprio, distinto dos servidores públicos civis, nos termos do artigo 3º, da Lei nº 6.880/80. 3. Entre as prerrogativas da Administração encontra-se o poder disciplinar que confere ao Poder Público a prerrogativa de apurar faltas, aplicando sanções administrativas aos seus agentes decorrentes de infrações por eles praticadas. 4. Embora as instituições militares sejam organizadas com base na hierarquia e na disciplina, tais princípios não implicam no descumprimento de direitos e garantias fundamentais assegurados aos brasileiros e estrangeiros residentes no País, uma vez que a Constituição Federal não diferencia os cidadãos militares dos civis neste aspecto. 5. Em processos disciplinares militares devem ser obedecidos os princípios constitucionais relativos ao devido processo legal, que tem como corolários a observância da ampla defesa e do contraditório. 6. Considerando que deve haver caracterização da infração e escolha da sanção mediante a apreciação de oportunidade e conveniência da Força, tal exercício do poder disciplinar é discricionário, sendo vedado ao Poder Judiciário exercer controle acerca do mérito administrativo, em razão do princípio da separação e independência dos poderes. 7. **Em sede de mandado de segurança, cabe ao Poder Judiciário apreciar tão somente a regularidade do procedimento disciplinar no que concerne ao respeito dos princípios do contraditório e da ampla defesa, não podendo analisar o mérito do ato administrativo que resultou na imposição de penalidade ao impetrante.** 8. In casu, o apelante, cabo da Força Aérea Brasileira, em razão de seu cargo desempenhado no IV Comando Aéreo Regional, foi punido com 30 (trinta) dias de prisão fazendo serviço, em razão de ter incidido nas condutas tipificadas no artigo 10, itens 16, 21, 22, 23, 49, 50, 100, do Regulamento Disciplinar da Aeronáutica -RDAER, bem como no artigo 28, I, II, IV, VII, VIII, XIV, XIX, do Estatuto dos Militares, conforme Boletim Ostensivo nº 126 de 29.06.2012 (fl. 17). 9. Compulsando os autos, verifica-se que foi concedido prazo para apresentação de alegações de defesa pelo impetrante, tendo o recorrente a realizado, bem



DIÓGENES E CARVALHO
ADVOCACIA MILITAR

CELULARES DO DR. DIÓGENES GOMES: 71 – 99625-8597 e 61-99800-5309

 **71 – 99625-8597**

WWW.ADVOCACIAMILITAR.NET.BR

[E-MAIL: DOUTORDIOGENES@GMAIL.COM](mailto:DOUTORDIOGENES@GMAIL.COM)

Conclui-se, assim, que antes de se decidir pela impetração do mandado de segurança, deve-se, também, verificar se não estão presentes os impedimentos previstos neste art. 5º da Lei 12.016/09.

como exerceu seu direito de pedir reconsideração do ato, nos termos dos artigos 58 a 61, do Regulamento Disciplinar da Aeronáutica - RDAER. 10. O pedido de reconsideração não tem o condão de por si só suspender o cumprimento da sanção imposta ao militar, já que não possui efeito suspensivo, razão pela qual não houve ilegalidade do cumprimento da punição disciplinar ter se iniciado antes do término do prazo de reconsideração, pois, em face dos princípios constitucionais da hierarquia e da disciplina, há necessidade de aplicação imediata da punição disciplinar, uma vez que visam restabelecer a pronta ordem administrativa militar. 11. O processo administrativo disciplinar em momento nenhum violou preceitos legais ou constitucionais, com o exercício regular do contraditório e da ampla defesa. 12. Apelação improvida. (TRF3 - AMS nº 00118642920124036100 - 5ª Turma – Rel. Des. Federal Antônio Cedenho - e-DJF3 de 26.07.2013)