

**FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA
CURSO DE MESTRADO EM DIREITO**

RICARDO MELHORATO GRILO

**UMA ANÁLISE DO MANDADO DE SEGURANÇA INDIVIDUAL
REPRESSIVO SOB O PRISMA DO PRINCÍPIO DA
EFETIVIDADE PROCESSUAL**

**VITÓRIA
2008**

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

RICARDO MELHORATO GRILO

**UMA ANÁLISE DO MANDADO DE SEGURANÇA INDIVIDUAL
REPRESSIVO SOB O PRISMA DO PRINCÍPIO DA
EFETIVIDADE PROCESSUAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória, como requisito para obtenção do grau de Mestre em Direito.
Orientador: Profº Dr. José Roberto dos Santos Bedaque

VITÓRIA
2008

RICARDO MELHORATO GRILO

**UMA ANÁLISE DO MANDADO DE SEGURANÇA INDIVIDUAL
REPRESSIVO SOB O PRISMA DO PRINCÍPIO DA EFETIVIDADE
PROCESSUAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória, como requisito para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Aprovada em ____ de _____ de 200__.

COMISSÃO EXAMINADORA

Profº Dr. José Roberto dos Santos Bedaque
Faculdade de Direito de Vitória
Orientador

Profº Dr.
Faculdade de Direito de Vitória

Profº Dr.

AGRADECIMENTOS

Dedico esta dissertação aos meus pais (Maria Inês e João Zamir), ao meu irmão Leonardo, ao meu avô Francisco Grilo (*in memoriam*) e à Tetê (minha namorada), que souberam entender a minha ausência durante a solitária tarefa de escrever este trabalho.

Externo meu sincero agradecimento, também, à Desembargadora Catharina Maria Novaes Barcellos (sem a qual o sonho de cursar um mestrado ainda estaria distante), ao Desembargador Manoel Alves Rabelo (pelos inesquecíveis votos de confiança), aos Professores José Roberto dos Santos Bedaque (meu orientador), Cassio Scarpinella Bueno, Willian Couto Gonçalves, Geovany Cardoso Jevaux, Carlos Henrique Bezerra Leite e aos amigos Airton Alonso e Alice Sardinha.

“Não devemos parar de explorar e o fim de toda nossa exploração será chegar ao ponto de partida e conhecer o lugar pela primeira vez.”

T. S. Eliot

RESUMO

Valendo-se de um método dedutivo, visando à confirmação das hipóteses inicialmente levantadas, o presente estudo versa sobre a aplicação do princípio da efetividade ao mandado de segurança, como forma de redução da complexidade formal deste. Para todos os efeitos, adotou-se a premissa de que a efetividade processual não deve ser encarada apenas como ideologia ou postura metodológica, mas sim como um princípio, porque, na prática, ninguém é obrigado a seguir uma ideologia ou adotar determinada postura metodológica. Por essa razão, foi defendido o caráter normativo da efetividade, que pelo seu perfil valorativo assume o papel de princípio constitucional, passível de ser sopesado pelo Magistrado no momento da solução a ser dada para a questão jurídica apreciada. Este princípio, por sua vez, possuiria 08 (oito) subprincípios, que são a fungibilidade, a instrumentalidade, a cooperação, a adaptabilidade do procedimento, o aproveitamento ou conservação dos atos processuais, o inquisitivo e o da economia processual. Sob tal ângulo, partiu-se da hipótese básica de que o princípio da efetividade pode ter um papel fundamental para relativizar o binômio direito/processo, proporcionando resultados ainda mais efetivos para o *mandamus*. O trabalho abordou, no primeiro capítulo, a transição paradigmática e a emergência de novos paradigmas para o estudo do direito; no segundo, tratou-se do princípio da efetividade e dos seus subprincípios; no terceiro capítulo, foi analisada a aplicação do princípio da efetividade e de seus subprincípios no âmbito do mandado de segurança individual repressivo. Ao final, concluiu-se que o princípio da efetividade processual é aplicável às situações selecionadas.

Palavras-chave: Mandado de segurança. Princípio. Efetividade processual.

ABSTRACT

Trough a deductive method, to confirm the initially raised hypothesis, the present study describes the application of the effectiveness principle to the writ of mandamus as a way to reduce its formal complexity. For all effects, it is considered that process effectiveness should not be faced as only an ideology or methodological posture, but as a principle itself, because, in practice, no one is forced to follow any ideology or to adopt determined methodological posture. Because of that, the normative feature of effectiveness has been defended, which, due to its valuable profile, assumes the role of constitutional principle, that can be pondered by the Magistrate when the solution of a juridical matter is developed .This principle, on its turn, presents 8 (eight) subprinciples, which are: fungibility, instrumentality, cooperation, adaptability of procedure, conservation or making good use of process acts, inquisitive and process economy. Under such point of view, the basic hypothesis is that the principle of effectiveness may have an essential rule to the mitigation of the law/process binomen. This scientific paper contains, in the first chapter, the paradigm shift and the arise of new paradigms to the study of law; in the second chapter, the principle of effectiveness and its subprinciples; in the third chapter, the applicability of effectiveness principle and its subprinciples were evaluated. As a final conclusion, the principle of effectiveness is applicable in selected situations.

KEYWORDS: Writ of mandamus. Principle. Effectiveness.

LISTA DE ABREVIATURAS

Art.	–	Artigo
CF	–	Constituição Federal
CP	–	Código Penal
CPC	–	Código de Processo Civil
CPP	–	Código de Processo Penal
CRFB	–	Constituição da República Federativa do Brasil
DJU	–	Diário de Justiça da União
EC	–	Emenda constitucional
Inc.	–	Inciso
Incs.	–	Incisos
Julg.	–	Julgamento
LMS	–	Lei de Mandado de Segurança (Lei nº 1.533/51)
Min.	–	Ministro
MP	–	Ministério Público
MS	–	Mandado de Segurança
n.	–	Número
OJ	–	Orientação Jurisprudencial
p.	–	Página
Rel.	–	Relator
Res.	–	Resolução
RT	–	Revista dos Tribunais
STF	–	Supremo Tribunal Federal
STJ	–	Superior Tribunal de Justiça
TJDFT	–	Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios
TJES	–	Tribunal de Justiça do Espírito Santo
TJMG	–	Tribunal de Justiça de Minas Gerais
TJSP	–	Tribunal de Justiça de São Paulo
TRF	–	Tribunal Regional Federal
v.g	–	<i>verbi gratia</i> (por exemplo)

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	16
1 A EMERGÊNCIA DE NOVOS PARADIGMAS	40
1.1 O NOVO PARADIGMA FILOSÓFICO: O ADVENTO DO PÓS-POSITIVISMO OU PRINCIPALISMO.....	43
1.2 O NOVO PARADIGMA JURÍDICO NO PLANO CONSTITUCIONAL: O NEOCONSTITUCIONALISMO.....	46
1.3 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO E A BUSCA DE UMA INTERPRETAÇÃO EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO.....	48
1.4 A IDÉIA DE NORMA COMO “RESULTADO” E NÃO COMO “OBJETO” DA INTERPRETAÇÃO.....	50
1.5 DO DEVIDO PROCESSO LEGAL PARA O DEVIDO PROCESSO CONSTITUCIONAL.....	52
1.6 O NOVO PARADIGMA JURÍDICO NO PLANO PROCESSUAL: DO PROCESSUALISMO DA FASE DA AUTONOMIA PARA O INSTRUMENTALISMO.....	54
1.7 DA INFLUÊNCIA DO DIREITO MATERIAL NO PROCESSO.....	56
1.8 UM JUIZ MAIS ATUANTE E O ATIVISMO JUDICIAL.....	58
1.9 A BUSCA DA JUSTIÇA PARA O CASO CONCRETO.....	61
1.10 DA CERTEZA PARA A NÃO-SURPRESA (PREVISIBILIDADE).....	65
1.11 DA “SEGURANÇA PELA SEGURANÇA” PARA A “SEGURANÇA COM EFETIVIDADE”.....	67
1.12 O RECONHECIMENTO DAS LACUNAS ONTOLÓGICAS E AXIOLÓGICAS.....	71
2 A EFETIVIDADE PROCESSUAL	74
2.1 EFETIVIDADE OU EFICÁCIA?.....	74
2.2 ADVERTÊNCIA NECESSÁRIA.....	77

2.3	ACESSO À JUSTIÇA E EFETIVIDADE: PRIMEIRAS LINHAS.....	78
2.4	A EFETIVIDADE PROCESSUAL É UM MÉTODO DE PENSAMENTO, PREMISA METOLÓGICA, POSTURA IDEOLÓGICA OU UM DIREITO FUNDAMENTAL COM <i>STATUS</i> DE PRINCÍPIO?.....	84
2.5	QUAL(IS) O(S) SEU(S) FUNDAMENTO(S) CONSTITUCIONAL(IS)?.....	87
2.6	UMA ANÁLISE DA CONTRIBUIÇÃO DE CANOTILHO: A EFETIVIDADE COMO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL ESPECIAL.....	88
2.7	OS PRINCÍPIOS JURÍDICOS E SUA INFLUÊNCIA NO PLANO DA INTERPRETAÇÃO.....	89
2.8	O PRINCÍPIO DA EFETIVIDADE E SEUS SUBPRINCÍPIOS.....	97
2.8.1	Subprincípio da fungibilidade.....	98
2.8.2	Subprincípio da instrumentalidade.....	101
2.8.3	Subprincípio da cooperação/colaboração.....	102
2.8.4	Subprincípio da adaptabilidade/adequação do procedimento.....	106
2.8.5	Subprincípio do aproveitamento ou conservação dos atos processuais...110	
2.8.6	Subprincípio inquisitivo.....	111
2.8.7	Subprincípio da economia processual.....	114
3	UMA NOVA VISÃO DAS FORMAS PROCESSUAIS: ANÁLISE DA APLICAÇÃO DA EFETIVIDADE E DOS SEUS SUBPRINCÍPIOS NO ÂMBITO DO MANDADO DE SEGURANÇA.....	116
3.1	MANDADO DE SEGURANÇA.....	116
3.1.1	A premissa inarredável para a interpretação do mandado de segurança..	119
3.1.2	Classificação.....	121
3.1.3	Direito líquido e certo.....	122
3.1.4	Ilegalidade ou abuso de poder: mérito do mandado de segurança.....	123
3.1.5	Utilização subsidiária das normas do CPC.....	125
3.1.6	Aspectos que fazem do mandado de segurança um instrumento efetivo para a defesa de direitos fundamentais.....	127

3.2	DA DISTRIBUIÇÃO E DOS PROCEDIMENTOS CARTORÁRIOS.....	129
3.3	COMPETÊNCIA.....	132
3.4	A DISTINÇÃO ENTRE AÇÃO, PROCESSO, PROCEDIMENTO E TUTELA.....	136
3.5	AS CONDIÇÕES DA AÇÃO E O MANDADO DE SEGURANÇA.....	139
3.5.1	Legitimidade <i>ad causam</i>	142
3.5.2	Interesse processual	150
3.5.2.1	Reflexões sobre o “interesse-adequação” (ausência do “direito líquido e certo” e art. 18 da Lei nº 1.533/51).....	151
3.5.2.2	A concessão de liminar satisfativa no mandamus causa o desaparecimento do “interesse-utilidade”?.....	161
3.5.3	Possibilidade jurídica da demanda	163
3.5.4	Direito líquido e certo: condição especial da ação?	164
3.6	RESTRICÇÕES AO CABIMENTO DO MANDADO DE SEGURANÇA: UMA ANÁLISE SOB A LENTE DA EFETIVIDADE.....	169
3.6.1	Recurso administrativo com efeito suspensivo	170
3.6.2	Ato judicial	174
3.6.3	Ato discricionário	182
3.6.4	Ato disciplinar	186
3.6.5	Coisa julgada	189
3.6.6	Atos <i>interna corporis</i>	194
3.6.7	Prestações positivas do Estado	198
3.7	PETIÇÃO INICIAL.....	200
3.7.1	Do cabimento emenda da inicial	202
3.7.1.1	Aspectos gerais.....	202
3.7.1.2	É possível a emenda após a citação/notificação?.....	203
3.7.1.3	A emenda da inicial e o princípio da cooperação.....	205

3.7.1.4	Petição inicial não assinada.....	207
3.7.1.5	Emenda da inicial efetuada de ofício pelo magistrado.....	208
3.7.1.6	É possível determinar a emenda para a juntada de documentos?.....	210
3.7.1.7	Repensando os incs. II e III do art. 295 do CPC.....	212
3.8	LITISCONSÓRCIO.....	213
3.8.1	É cabível a formação ulterior do litisconsórcio ativo facultativo?	214
3.8.2	Proposta para não frustrar o resultado útil do processo nos casos de litisconsórcio necessário	215
3.8.3	O verbete nº 631 do STF sob o prisma da efetividade	218
3.8.4	Litisconsórcio necessário e citação determinada de ofício: descabimento	219
3.9	O PRAZO DE 120 (CENTO E VINTE) DIAS.....	221
3.9.1	Do prazo de 120 (cento e vinte) dias previsto no art. 18 da Lei nº 1.533/51: primeiras considerações	221
3.9.2	Natureza do prazo previsto no artigo 18 da LMS e suas conseqüências jurídicas: em busca de uma solução mais equilibrada e efetiva	223
3.9.3	A emergência de uma nova concepção doutrinária e jurisprudencial sobre o assunto	227
3.9.4	A delicada questão do prazo de 120 dias nos concursos públicos: análise de uma corrente jurisprudencial do STJ	230
3.10	LIMINAR.....	233
3.10.1	Considerações introdutórias	233
3.10.2	Pode o juiz deixar para analisar o requerimento de liminar após as informações?	234
3.10.3	Se o juiz indeferiu a liminar requerida <i>initio litis</i>, poderá concedê-la posteriormente?	236
3.10.4	É cabível a imposição de caução para o deferimento da liminar no mandado de segurança?	237

3.10.5	A invalidade do prazo de vigência da liminar	238
3.10.6	Vedações à concessão de liminares e as exceções contempladas na jurisprudência	239
3.10.7	Concessão de ofício: cabimento	244
3.11	INFORMAÇÕES	247
3.11.1	Natureza jurídica	247
3.11.2	Arguição da incompetência relativa e impugnação ao valor da causa	248
3.11.3	Prazo	249
3.11.4	É possível a “confissão”?	249
3.11.5	Intempestividade ou não-apresentação: revelia?	250
3.11.6	Arguição de preliminares e juntada de documentos: conseqüências	251
3.11.7	Oferecimento de informações e de contestação?	256
3.11.8	Informações não assinadas	257
3.12	A PROVA NO MANDADO DE SEGURANÇA	257
3.12.1	O direito constitucional à prova e o mandado de segurança: uma análise sob o prisma da efetividade	258
3.12.2	“Prova documental pré-constituída”: entendendo a expressão.....	260
3.12.3	O momento de juntada da prova documental	261
3.12.4	Prova documental ou prova documentada?	262
3.12.5	Poderes instrutórios do juiz no mandado de segurança	265
3.12.6	A prova da recusa da autoridade coatora como requisito para a aplicação do Parágrafo único do art. 6º da Lei nº 1.533/51: c ríticas	269
3.12.7	A distribuição do ônus probatório no mandado de segurança	270
3.12.8	O ônus probatório no <i>mandamus</i> nos casos de “fato negativo” e “prova diabólica”: novos horizontes teóricos.....	272
3.12.9	É necessária a autenticação dos documentos juntados?	275
3.12.10	Arguição nas informações de matéria fática dependente de dilação probatória	276

3.13	INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO.....	278
3.13.1	Necessidade de se interpretar o art. 10 da Lei nº 1.533/51 de acordo com a Constituição.....	279
3.13.2	Nulidade pelo descumprimento do art. 10 da Lei 1.533/51: algumas ponderações.....	282
3.13.3	Se o MP for o impetrante é necessária sua intervenção como <i>custos legis</i>?.....	285
3.14	SENTENÇA.....	286
3.14.1	As tutelas disponibilizadas.....	286
3.14.2	A técnicas mandamental/executiva <i>lato sensu</i> e sua importância no plano da efetividade.....	287
3.15	REMESSA NECESSÁRIA (REEXAME NECESSÁRIO).....	290
3.16	RECURSOS.....	294
3.16.1	Aspectos gerais.....	294
3.16.2	Recursos em espécie.....	296
3.17	SUSPENSÃO DE SEGURANÇA.....	303
3.18	O MANDADO DE SEGURANÇA DA COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA.....	306
3.18.1	Procedimento.....	306
3.18.2	O art. 557 do CPC é aplicável ao <i>mandamus</i> de competência originária?.....	312
3.18.3	Incide na instância superior o art. 285-A do CPC?.....	316
3.19	COISA JULGADA.....	319
3.19.1	A coisa julgada no mandado de segurança e a “ação ordinária” superveniente para cobrança de valores pretéritos.....	323
3.19.2	Reflexões sobre o verbete nº 239 do STF	324

3.20	O SISTEMA DE CUMPRIMENTO DAS DECISÕES EM MANDADO DE SEGURANÇA.....	326
3.20.1	Considerações iniciais.....	326
3.20.2	O ato decisório e o seu cumprimento.....	328
3.20.3	Das medidas sub-rogatórias atípicas.....	330
3.20.4	As medidas judiciais interventivas.....	331
3.20.5	A aplicação de medidas coercitivas como instrumento para a obtenção da tutela específica.....	334
3.20.6	A multa (astreintes).....	335
3.20.7	A multa pode ser dirigida diretamente à autoridade coatora?.....	340
3.20.8	Há possibilidade de cumulação da multa do art. 14 com a do art. 461 do CPC?.....	345
3.20.9	O aspecto penal do descumprimento das decisões mandamentais proferidas no <i>writ</i>.....	346
3.20.10	A discussão sobre o cabimento da prisão civil.....	351
3.20.11	Verbetes sumulares nº 269 e 271 do STF: limitações	358
3.21	PROJETO DE LEI Nº 5.067/2001: UMA ANÁLISE SOB O PRISMA DA EFETIVIDADE.....	362
4	CONCLUSÃO.....	367
4.1	CONCLUSÃO GENÉRICA.....	367
4.2	CONCLUSÕES ESPECÍFICAS.....	367
5	REFERÊNCIAS.....	382
6	FONTES LEGISLATIVAS.....	394
7	ANEXOS.....	395

INTRODUÇÃO

Apresentação do tema

O presente estudo se propõe a revisitar uma ação constitucional septuagenária, qual seja, o mandado de segurança.

Ao longo de mais de 70 (setenta) anos, foram inúmeros os estudos que se dedicaram ao tratamento do tema, mas nenhum deles com a proposta ora apresentada, de efetuar uma “releitura” monográfica desta importante garantia fundamental específica (na sua modalidade individual repressiva) sob o prisma do princípio da efetividade.

Aliás, em tempos nos quais estão sendo desfeitas as amarras no positivismo normativista, com a emergência de uma nova ideologia que não desconhece a importância dos *valores* contemplados no nosso ordenamento – que alguns entendem ser o campo de ambiência dos *princípios* – abre-se ensejo para uma nova visão do fenômeno jurídico, denominada de *pós-positivismo*.

Vive-se no plano científico – e o Direito não está alheio a esta realidade – um momento de indiscutível *transição paradigmática*, que decorre de um esgotamento do modelo positivista – com a sua conhecida neutralidade axiológica – e da ascensão de outro(s) paradigma(s), por meio do(s) qual(is) a ciência se reaproxima da filosofia – cujos debates a realimentam, principalmente no plano epistemológico – e também das *reflexões valorativas e éticas*, sem as quais se pode perder de vista o compromisso do estudo científico com o próprio desenvolvimento humano.

Embora tenha sido notável o desenvolvimento das ciências durante a fase positivista, não custa lembrar a série de desatinos ocorridos neste período (entre os quais a

utilização da energia nuclear para fins bélicos), que podem ser creditados em boa parte ao alijamento das pautas éticas do estudo científico.

No âmbito jurídico, insta frisar, isso também pôde ser sentido, tanto no campo constitucional quanto na seara processual.

Na esfera *constitucional*, principalmente por meio do *constitucionalismo débil* (ideologia que requer a Constituição apenas para limitar o poder existente sem específica defesa dos direitos fundamentais), houve utilização reiterada de manobras jurídicas para legitimar regimes de exceção marcados por toda sorte de lesões aos direitos humanos.

Já no seio do *direito processual*, houve uma irrefutável sofisticação da técnica e das categorias jurídicas durante a *etapa da autonomia* ou *fase científica* – de feição marcadamente positivista – mas, a despeito do apuro conceitual desta etapa dos estudos processuais, aquilo que deveria ser apenas a *forma* acabou se sobrepondo ao próprio *conteúdo*, numa inversão inadmissível segundo a qual o *refinamento técnico* foi levado às últimas conseqüências, afastando a própria jurisdição, em muitas situações, do seu *escopo social* de promover o bem comum e de pacificar os litígios mediante a adoção de soluções adequadas e justas. Aqui, insta frisar, o aprimoramento dos institutos processuais estava destinado ao plano *interno* do processo – isto é, o enfoque era notadamente endoprocessual – com pouca ou nenhuma preocupação, portanto, com os aspectos *externos*, ou seja, com os escopos político e social do processo.

Se de um lado novos *direitos* eram contemplados no campo material, de outro, entretanto, as *garantias* previstas para assegurá-los não se mostravam capazes de oferecer uma tutela efetiva ao jurisdicionado, muitas vezes em virtude de obstáculos criados pelo *processualismo* (ou seja, pelo apego ao formalismo estéril) que imperou nesta fase. Entre estas garantias, insta frisar, está o *mandado de segurança*, que se destina a defender direitos violados pelo próprio Estado – considerado em sua acepção mais ampla – ente este que, ao menos em tese, deveria protegê-los.

O mandado de segurança, idealizado para ser um meio célere e eficaz de coibir as arbitrariedades e abusos praticados pelas autoridades no exercício de funções públicas, também acabou sendo atingido pela *neutralidade axiológica* e pelo *fetichismo formalista* da fase da autonomia do processo, fato este que, aos poucos, foi frustrando a sua missão constitucional e o seu próprio perfil de meio rápido para a restauração de direitos violados pelo Estado e seus respectivos agentes.

A favor de tal argumento pesa o fato de que, na praxe forense, ainda é comum encontrar julgados sobre mandado de segurança nos quais se observa que o processo foi extinto sem julgamento de mérito por motivos aparentemente banais (incompetência, inépcia da inicial, “decadência” do direito de impetrar o *mandamus*, “ilegitimidade *ad causam*” da autoridade coatora, ausência de direito líquido e certo etc.), situações estas que, mediante a utilização de técnicas processuais dirigidas à efetividade, poderiam ser facilmente contornadas, não frustrando, portanto, a prolação de uma sentença de mérito.

A fase do *instrumentalismo* (que sucede a da *autonomia*, marcada pelo *processualismo*), buscou colocar as coisas nos seus devidos lugares, lembrando que o direito processual – e mais particularmente o processo, objeto de estudo da disciplina – deve estar comprometido com um aspecto ético e também com o valor justiça, sob pena de baldar as expectativas sociais e de minar a credibilidade do Poder Judiciário.

Nessa quadra histórica – que abarca o último quartel do século XX – não há como deixar de pontuar o pioneirismo da Escola Paulista de Processo, que desbravou um ambiente teórico marcado pelo formalismo excessivo na interpretação e aplicação das normas processuais, literalmente inaugurando uma nova era no estudo do processo civil.

Ainda na fase instrumentalista, alguns autores do Sul do país defendem a existência de um novo *modelo processual*, denominado de *formalismo-valorativo*. Este emergiria como um movimento cultural destinado a concretizar valores constitucionais no tecido

processual em virtude do caráter nitidamente instrumental do processo, trazendo novamente ao plano dos operadores do processo a busca pelo justo.

Quer pela contribuição da Escola Paulista de Processo, quer pelo esforço da Escola Gaúcha, passou-se a perceber que as formalidades processuais, até então levadas às últimas conseqüências – descambando para o apego exagerado à forma, em detrimento do conteúdo, ou seja, da análise da pretensão de direito material – devem ser observadas de uma outra forma na fase instrumentalista, pois agora devem subsistir apenas e enquanto representem garantias do processo. É dizer: deve ser abolida a idéia de se defender “a forma pela forma”, na qual o processo é enxergado como um “fim em si”.

Sem retirar os olhos da etapa sob exame – que encontra na Constituição um ponto de partida seguro para o estudo dos 04 (quatro) elementos fundamentais do processo, quais sejam, *a jurisdição, a ação, o processo e a defesa* – surge a angústia com a falta de efetividade do processo, bem como a guinada metodológica no sentido de se buscar um processo de resultados, aderente à controvérsia de direito material subjacente.

Isso porque, por razões óbvias, de nada vale assegurar um *acesso formal* ao Judiciário (ainda que amplo), se ele não oferece aos operadores e ao próprio jurisdicionado técnicas adequadas para propiciar a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos de direito material. Nesse contexto, é preciso assegurar uma aproximação, tão íntima quanto possível, entre o *dever-ser* normativo e o *ser* da realidade social. Numa expressão mais singela, não se tolera mais a *frustração institucionalizada* de “ganhar e não levar” ou – o que é ainda pior – de sequer se chegar a “ganhar”, haja vista a extinção do processo sem julgamento de mérito motivada pelo formalismo excessivo e estéril.

Com efeito, não basta que a *efetividade processual* (conseqüência natural do acesso à ordem jurídica justa) continue sendo encarada apenas como *ideologia* ou *postura*

metodológica. É preciso mais, porque, na práxis jurídica, ninguém é obrigado a seguir uma ideologia ou adotar determinada postura metodológica.

Por essa razão, defende-se aqui o reconhecimento do caráter *normativo* da *efetividade*, que pelo seu inegável perfil valorativo assume o papel de *princípio constitucional*, que deverá ser sopesado pelo Magistrado no momento da elaboração da *norma de decisão*, isto é, da solução a ser dada para a questão jurídica apreciada.

Para realizar esta árdua investigação, entretanto, é preciso demonstrar que os paradigmas dominantes no século XX não atendem completamente às necessidades da abordagem que ora se pretende, dado o acúmulo de *anomalias* não solucionadas dentro da visão paradigmática ainda prevalente.

Nesse momento de possível *crise*, no qual aflora uma *teoria subversiva* do paradigma vigente, impõe-se ao pesquisador, por dever de coerência com seus objetivos científicos, legitimar suas escolhas e pontos de vista mediante a proposta de novas formas de se conceber o objeto e a própria metodologia de trabalho da ciência jurídica.

Por tal razão, a presente análise será desenvolvida a partir dos seguintes *marcos*: **I) filosófico**: pós-positivista; **II) histórico**: quadro do Estado Democrático de Direito, pós-Constituição de 1988; **III) marco teórico**: um modelo constitucional de processo que inclui como premissas básicas o acesso efetivo à justiça, o reconhecimento da força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional (*lato sensu*) e o desenvolvimento de uma dogmática da interpretação constitucional envolvendo novas categorias, como os princípios, as colisões de direitos fundamentais, a técnica de ponderação de interesses/bens e a argumentação.

Delimitação temática

O tema a ser desenvolvido, que está em plena sintonia com a área de concentração escolhida e também com a linha de pesquisa seguida pelo curso de mestrado da FDV, diz respeito à análise do mandado de segurança sob a perspectiva do princípio da efetividade.

Considerando, entretanto, a amplitude do eixo temático referente ao remédio constitucional acima focado – haja vista as diversas classificações doutrinárias, que também tratam do *mandamus* coletivo e preventivo – optou-se por uma delimitação temática no sentido de que a abordagem científica seja concentrada unicamente sobre o mandado de segurança individual repressivo, que certamente figura entre as ações constitucionais mais utilizadas no cotidiano forense.

Desse modo, acredita-se que a pesquisa ficará valorizada pela unidade expositiva e pela presença do fio condutor das idéias, que se manterá íntegro do começo ao fim.

Problema primário

O *busilis* do presente estudo é o seguinte: analisando-se o mandado de segurança individual repressivo sob o prisma do princípio da efetividade é possível relativizar o binômio direito/processo e proporcionar uma tutela jurisdicional que assegure ao jurisdicionado o gozo pleno da específica utilidade a que faz jus segundo o ordenamento, ou seja, à total proteção ao seu direito substancial?

Hipótese primária

A hipótese (resposta provisória) que orientará o caminho a ser perseguido é a de que o princípio da efetividade pode ter um papel fundamental para relativizar o binômio

direito/processo, proporcionando resultados ainda mais efetivos para o *mandamus*, quer no sentido de torná-lo mais célere, quer no sentido de promover a justa composição da lide (ou “acesso à ordem jurídica justa”, na concepção da Escola Paulista de Direito Processual), um dos escopos políticos basilares do processo.

Problemas secundários

Tendo em vista o cenário acima traçado, propõe-se o exame das seguintes questões específicas sob o ângulo do postulado acima elencado:

- 1) pode-se dizer que o direito brasileiro enfrenta uma crise paradigmática?
- 2) na atualidade é possível falar na emergência de um paradigma pós-positivista, diante da insuficiência do referencial positivista?
- 3) a partir da Carta Magna de 1988 o direito brasileiro foi fertilizado com as idéias de um novo paradigma, que pode ser chamado de neoconstitucionalismo?
- 4) há amparo para se defender um novo referencial no qual a interpretação do direito deve partir (e também se conformar) aos ditames da Constituição?
- 5) a própria idéia de “norma“ como “objeto” da interpretação vem enfrentando uma releitura na atualidade?
- 6) a partir do fenômeno de constitucionalização do processo, a noção de devido processo legal ganhou uma nova dimensão?
- 7) pode-se dizer que, no Brasil, o processo civil se encontra numa nova fase?

- 8) considerando o estágio atual do processo civil brasileiro, é possível notar uma influência do direito material sobre o direito processual?
- 9) no processo civil contemporâneo, a atuação do juiz deve estar pautada pela auto-contenção ou pelo ativismo?
- 10) há uma tendência no processo civil contemporâneo de buscar a melhor solução para o caso concreto?
- 11) a busca da certeza preconizada nos primórdios do Estado Liberal está sendo substituída por uma idéia de não-surpresa (previsibilidade)?
- 12) justifica-se a busca da segurança jurídica como se ela fosse um fim em si, ou é recomendável uma compatibilização de tal valor com a busca de resultados mais efetivos?
- 13) a teoria das lacunas vem recebendo um tratamento que permite a sua utilização para alavancar a efetividade processual?
- 14) é mais adequado falar em “eficácia” ou em “efetividade” processual?
- 15) o princípio da efetividade deve ser analisado e aplicado de forma apriorística?
- 16) a abordagem da temática da *efetividade processual* se restringe apenas aos *resultados* da atividade jurisdicional, ou também há espaço para a análise dos *meios* e técnicas destinados à obtenção dos efeitos desejados?
- 17) a efetividade processual é um método de pensamento, premissa metodológica, postura ideológica ou um direito fundamental com *status* de princípio?
- 18) qual o fundamento constitucional do princípio da efetividade?

- 19) sob o prisma da contribuição de Canotilho, como pode ser classificado o princípio da efetividade?
- 20) os princípios jurídicos exercem alguma influência no plano interpretativo?
- 21) em sede infraconstitucional, há postulados que figuram como *subprincípios* derivados da *efetividade*?
- 22) em que medida o subprincípio da fungibilidade pode ser importante para a efetividade do mandado de segurança?
- 23) em que medida o subprincípio da instrumentalidade pode ser importante para a efetividade?
- 24) em que medida o subprincípio da cooperação pode ser importante para a efetividade?
- 25) em que medida o subprincípio da adaptabilidade/adequação do procedimento pode ser importante para a efetividade?
- 26) em que medida o subprincípio do aproveitamento ou da conservação dos atos processuais pode ser importante para a efetividade?
- 27) em que medida o subprincípio inquisitivo pode ser importante para a efetividade?
- 28) em que medida o subprincípio da economia pode ser importante para a efetividade?
- 29) qual a natureza jurídica do mandado de segurança?
- 30) qual é a premissa inarredável para a interpretação dos dispositivos relativos ao mandado de segurança?

- 31) o “direito líquido e certo” exigido para o manejo do *mandamus* se refere ao *direito* propriamente dito ou aos *atos afirmados* pela parte?
- 32) a ilegalidade e o abuso de poder se enquadram entre os pressupostos de admissibilidade do *mandamus* ou dizem respeito ao mérito dele?
- 33) os dispositivos do CPC têm aplicação subsidiária no bojo do *mandamus*?
- 34) no que diz respeito à distribuição e aos procedimentos cartorários, o que deve ser observado para propiciar a tutela efetiva buscada no *mandamus*?
- 35) como é fixada a competência para apreciar o *mandamus*?
- 36) no bojo do mandado de segurança, é possível a concessão de liminar em casos urgentes por órgão jurisdicional incompetente?
- 37) o que deve ser feito no caso de ajuizamento do *mandamus* perante órgão incompetente porque a autoridade coatora foi indicada de forma errônea?
- 38) sob o prisma da efetividade processual, seria inflexível a regra estampada no § 2º do art. 113 do CPC?
- 39) o que o tribunal deve fazer se, ao apreciar o recurso ou a remessa necessária relativos ao *writ*, verificar a existência de dúvida objetivamente justificável quanto à competência do órgão *a quo*?
- 40) qual a diferença existente entre ação, processo, procedimento e tutela?
- 41) a análise do mandado de segurança dispensa o estudo das condições da ação?

42) no tocante à legitimidade *ad causam*, o que pode ser feito para otimizar a efetividade da tutela prestada no *mandamus*?

43) no tocante ao interesse processual, o que pode ser feito para otimizar a efetividade da tutela prestada no *mandamus*?

44) a concessão de liminar satisfativa acarreta a “perda de objeto” do *mandamus*?

45) sob o prisma do ordenamento jurídico brasileiro, a impossibilidade jurídica da demanda figura como condição da ação ou integra o mérito?

46) o “direito líquido e certo” pode ser enquadrado como condição especial da ação de mandado de segurança?

47) as tradicionais restrições ao cabimento do mandado de segurança devem passar por uma releitura?

48) em se tratando da petição inicial, quais medidas podem colaborar com a efetividade da tutela buscada no mandado de segurança sem ofender o devido processo constitucional?

49) no tocante ao litisconsórcio, quais as alternativas disponíveis para viabilizar a efetividade da tutela buscada no mandado de segurança sem ofender o devido processo constitucional?

50) em se tratando do prazo de 120 (cento e vinte) dias, quais medidas podem colaborar com a efetividade da tutela buscada no mandado de segurança sem ofender o devido processo constitucional?

51) em se tratando da liminar, quais medidas podem colaborar com a efetividade da tutela buscada no mandado de segurança sem ofender o devido processo constitucional?

52) em se tratando das informações, quais medidas podem colaborar com a efetividade da tutela buscada no mandado de segurança sem ofender o devido processo constitucional?

53) em se tratando da prova, quais medidas podem colaborar com a efetividade da tutela buscada no mandado de segurança sem ofender o devido processo constitucional?

54) em se tratando da intervenção do Ministério Público, quais medidas podem colaborar com a efetividade da tutela buscada no mandado de segurança sem ofender o devido processo constitucional?

55) em se tratando da sentença, quais medidas podem colaborar com a efetividade da tutela buscada no mandado de segurança sem ofender o devido processo constitucional?

56) em se tratando da remessa necessária, quais medidas podem colaborar com a efetividade da tutela buscada no mandado de segurança sem ofender o devido processo constitucional?

57) em se tratando dos recursos, quais medidas podem colaborar com a efetividade da tutela buscada no mandado de segurança sem ofender o devido processo constitucional?

58) em se tratando da suspensão de segurança, quais medidas podem colaborar com a efetividade da tutela buscada no mandado de segurança sem ofender o devido processo constitucional?

59) em se tratando do *writ* de competência originária, quais medidas podem colaborar com a efetividade da sua tutela sem ofender o devido processo constitucional?

60) em se tratando da coisa julgada, quais medidas podem colaborar com a efetividade da tutela buscada no mandado de segurança sem ofender o devido processo constitucional?

61) em se tratando do cumprimento das decisões, quais medidas podem colaborar com a efetividade da tutela buscada no mandado de segurança sem ofender o devido processo constitucional?

62) em termos de efetividade processual, quais são os pontos positivos e negativos do PL 5.067/2001?

Hipóteses secundárias

As respostas aos questionamentos acima podem ser obtidas com as seguintes hipóteses, cuja veracidade se pretende demonstrar adiante:

1) o direito brasileiro passa por uma crise paradigmática, pois há sinais de ruptura do referencial positivista e da emergência de um paradigma pós-positivista, que não desconhece a normatividade dos princípios e a utilização da técnica de ponderação para a solução de eventuais colisões entre eles;

2) diante da insuficiência da teorização positivista para fazer frente às novas demandas no plano jurídico, é possível falar na emergência de um paradigma pós-positivista, cujo instrumental técnico oferece alternativas para a solução das questões jurídicas atuais, mormente quando envolvidos princípios jurídicos;

3) com o advento da Constituição Republicana de 1988 o direito brasileiro foi fecundado pelas idéias oriundas do neoconstitucionalismo, que oferece uma nova tônica sobre temas como a normatividade dos princípios, relação mais próxima entre direito e moral, utilização da técnica de ponderação na aplicação do direito, norma com a acepção de *produto* da interpretação (e não mais como simples *objeto* dela), interpretação criativa dos magistrados, ativismo judicial, intervenção da esfera de pré-compreensão no processo decisório, união lingüística entre sujeito e objeto, dentre outras conquistas.

4) a prática de se interpretar e aplicar o direito a *partir da lei* deve dar lugar a um enfoque diametralmente oposto, que evidencie a *necessidade* de o direito ser analisado, interpretado e aplicado *desde a Carta Magna*.

5) a idéia de “norma” como “produto” da atividade interpretativa vem sendo reavaliada pelos defensores da *concepção semântica* de norma, pois para eles ela seria o “resultado” ou “sentido” extraído dos dispositivos legais;

6) a partir do fenômeno de constitucionalização do processo, a noção de devido processo legal ganhou dimensão nova, revestindo-se do *status* mais abrangente de garantia do *devido processo constitucional*;

7) embora boa parte do instrumental técnico do direito processual civil tenha sido elaborado na sua etapa *autonomista*, pode-se dizer que hoje a disciplina atravessa a denominada fase *instrumentalista*, na qual as preocupações com o processo não se restringem ao viés jurídico, abarcando também os aspectos social e político, em busca de resultados práticos no plano do direito material conducentes à desejada pacificação social;

8) a cada dia é mais visível a influência do direito material sobre o processual, até porque este deve dispor de técnicas que permitam, na maior medida possível, a proteção da situação jurídica substancial que venha a ser deduzida no ato postulatório;

9) no bojo do processo civil contemporâneo, no qual fala mais alto o interesse público de se alcançar um resultado satisfatório em termos de composição do litígio, não mais se justifica a figura do juiz inerte e com perfil de mero espectador da batalha judicial, que não está atento às diferenças existentes entre as partes e nem busca a concretização da isonomia substancial;

10) como o legislador, por mais diligente que seja, não pode prever todas as peculiaridades do caso concreto, cumpre ao magistrado o papel de identificar as necessidades de direito material na situação examinada e, a partir daí, ir à procura não só da técnica processual mais adequada para propiciar uma tutela jurisdicional efetiva, mas também da solução que componha a lide da forma mais justa e satisfatória possível.

11) a partir do momento em que o magistrado se libertou dos grilhões impostos pelos primórdios do Estado Liberal e passou a buscar, numa atuação mais livre e criativa, a solução mais justa e adequada para o caso concreto – propiciada pelas cláusulas gerais, princípios e novos horizontes interpretativos – o paradigma de *certeza* foi substituído pelo de *não-surpresa (previsibilidade)*.

12) nos dias correntes não mais se justifica a busca desenfreada da “segurança pela segurança”, razão pela qual tal valor deve ser harmonizado com a obtenção de resultados mais justos e efetivos, isto é, deve haver uma conciliação entre segurança e efetividade.

13) diante da constatação da existência de lacunas ontológicas e axiológicas, é possível utilizar a teoria das lacunas para justificar o “diálogo” entre diplomas legais, mormente quando um deles não conseguiu acompanhar a evolução social e legislativa.

14) enquanto a *eficácia* diz respeito à aptidão ou capacidade (em estado de potência) para a produção dos efeitos pretendidos, a *efetividade*, por sua vez, diz respeito ao

grau de materialização, no mundo empírico, da conduta prevista no ordenamento jurídico.

15) embora a efetividade processual figure como um dos princípios mais comentados na atualidade, ela não apresenta caráter absoluto nem deve ser encarada de forma apriorística, como se ocupasse uma posição hierárquica mais elevada que os demais direitos fundamentais;

16) defende-se que a análise da *efetividade processual* não deve se restringir apenas aos *resultados* da atividade jurisdicional, mas também aos *meios* predispostos para obtê-los, pois dificilmente se poderá alcançar o fim pretendido sem a utilização de um instrumental técnico suficiente e adequado.

17) embora boa parte da doutrina trate a efetividade processual como método de pensamento, premissa metodológica ou mesmo como postura ideológica, defende-se aqui que ela também é um direito fundamental com *status* de princípio, que não pode ser desconsiderado no momento de se interpretar e aplicar o direito.

18) o fundamento constitucional do princípio da efetividade pode ser extraído dos incisos XXXV e LIV do art. 5º da Carta Magna de 1988.

19) sob a lente da contribuição de Canotilho, a efetividade pode ser enquadrada como um princípio constitucional especial, que densifica ou concretiza princípios constitucionais gerais.

20) parte-se da premissa de que os princípios jurídicos exercem influência no plano hermenêutico, pois figuram como espécies normativas que regulam também a interpretação das demais normas jurídicas.

21) em sede infraconstitucional, há alguns postulados que figuram como *subprincípios* derivados da *efetividade*, que são os seguintes: **a)** fungibilidade; **b)** instrumentalidade;

c) cooperação; **d)** adaptabilidade/adequação do procedimento; **e)** aproveitamento ou conservação dos atos processuais; **f)** inquisitivo; **g)** economia processual.

22) o subprincípio da fungibilidade, dentro da sua roupagem mais atualizada, possibilita a admissão de um *writ* no lugar de outro (afastando a carência de ação por falta de interesse-adequação) e até mesmo a recepção de remédios jurídicos de natureza jurídica diversa, independentemente da existência de dúvida objetiva.

23) o subprincípio da *instrumentalidade* colabora com a efetividade, quer por afastar os exageros processualísticos a que o aprimoramento da técnica pode insensivelmente conduzir, quer porque incute no hermeneuta a preocupação de extrair do processo, como instrumento, o máximo de proveito quanto à obtenção dos resultados propostos (os escopos do sistema).

24) o subprincípio da cooperação auxilia a busca da efetividade, pois preconiza a importância do diálogo entre os sujeitos do processo e da colaboração entre eles como a melhor forma de se alcançar uma solução judicial adequada.

25) o subprincípio da adaptabilidade/adequação do procedimento está sintonizado com a efetividade, pois admite a mudança procedimental para o rito ordinário sem a necessidade de extinção prematura do processo, sem nenhum prejuízo para o réu, que terá possibilidade até mais ampla de se defender.

26) o subprincípio do aproveitamento ou da conservação dos atos processuais se afina com a efetividade, pois ao preconizar que a nulidade de uma parte do ato não prejudicará as outras que dela sejam independentes, está cooperando para a obtenção do resultado pretendido no plano do direito material dentro de um prazo mais razoável;

27) se para os atos de propor e desistir da demanda tem maior influência o princípio dispositivo, a produção de provas e o próprio desenvolvimento da marcha processual

estão atreladas ao princípio inquisitivo, razão pela qual compete ao juiz o poder de iniciativa probatória para a elucidação das afirmações de fato deduzidas pelas partes.

28) o subprincípio da economia processual também tem íntima correlação com a efetividade, pois tem por escopo o máximo de resultado possível com a atuação da lei com um mínimo de emprego da atividade processual.

29) embora a natureza jurídica do mandado de segurança seja de *ação*, é preciso reconhecer não só a grande plasticidade do referido remédio jurídico (que muitas vezes figura como sucedâneo recursal), como também a necessidade, em prol da efetividade, de não se esquecer do *mandamus* enquanto procedimento especial, passível de sofrer adaptações quando o caso concreto assim o requerer.

30) considerando que o mandado de segurança é uma garantia constitucional, faz jus a uma interpretação que acentue a efetividade da tutela por ele oferecida e, por via de consequência, maximize seus resultados no plano do direito material.

31) “líquido e certo” não é propriamente o *direito*, mas sim o *fato*, ou melhor, a *afirmação de fato* feita pela parte autora.

32) a ilegalidade e o abuso de poder dizem respeito ao mérito do *mandamus*, razão pela qual a ausência destes dois elementos deverá conduzir à improcedência do pedido formulado.

33) os dispositivos do CPC têm aplicação subsidiária no bojo do *mandamus*, e deverão incidir quando puderem realçar os atributos constitucionais do mandado de segurança, especialmente para conferir maior efetividade à tutela oferecida por meio dele.

34) no que diz respeito à distribuição e aos procedimentos cartorários relativos ao *mandamus*, ambos devem ser caracterizados pela agilidade e pela desburocratização,

mormente naquelas situações reputadas “agônicas”, nas quais o retardamento da apreciação judicial pode colocar em risco o próprio resultado útil do processo.

35) para a verificação do órgão jurisdicional competente para processar e julgar o *mandamus*, é preciso, primeiramente, identificar a autoridade coatora, pois o grau hierárquico dela e o seu eventual *status* de autoridade federal serão fundamentais para apurar onde a demanda deverá ser ajuizada.

36) se a remessa ao órgão competente antes da apreciação da liminar puder comprometer o resultado útil do processo, uma eventual colisão entre os princípios da *efetividade* e do *juiz natural* deve ser resolvida em favor do primeiro, com a utilização da técnica da ponderação.

37) sob o prisma da efetividade, seria mais adequado possibilitar ao impetrante a emenda da petição inicial e, cumprida tal providência, efetuar a remessa dos autos ao órgão competente.

38) a regra do § 2º do art. 113 do CPC não é inflexível, pois sempre que estiverem em jogo direitos fundamentais de grande significação ou mesmo o próprio resultado útil do processo, é possível manter o ato decisório incólume até a sua análise pelo órgão jurisdicional competente.

39) se houver dúvida objetivamente justificável quanto à competência do órgão julgante de primeiro grau, o órgão revisor (tribunal) pode convalidar a sentença proferida por juiz absolutamente incompetente, se e somente se tiver competência recursal, inclusive em razão da especificidade da matéria.

40) as categorias em questão não se confundem, pois: **a)** no tocante ao *processo*, embora um dos conceitos mais correntes seja o de que ele é “o instrumento pelo qual o Estado exerce a jurisdição”, há o entendimento de que tal categoria jurídica retrata uma entidade complexa, que deve ser encarada pelo duplice aspecto da relação entre seus

atos (procedimento) e também da relação entre os seus sujeitos (relação jurídica processual); **b)** a *ação* é um direito subjetivo público e abstrato exercido contra o Estado, por meio do qual se pode pedir a este a tutela jurisdicional; **c)** *procedimento*, por seu turno, é o lado extrínseco, palpável, sensível e constatável objetivamente, pelo qual se desenvolve o *processo* ao longo do tempo; e **d)** *tutela*, por sua vez, vem a ser exatamente a proteção buscada em juízo.

41) a análise do mandado de segurança não dispensa o estudo das categorias da teoria geral do processo, inclusive das denominadas *condições da ação*.

42) no respeitante à condição da *legitimatío ad causam*, a ampliação da legitimidade ativa, o reconhecimento da pessoa jurídica (e não da autoridade coatora) como legitimada passiva e a aplicação da Teoria da Encampação são alguns exemplos de providências que podem auxiliar para a obtenção de uma tutela mais efetiva no bojo do mandado de segurança.

43) no tocante à condição do interesse processual, a admissão da conversão do procedimento do *mandamus* para aquele que seria o adequado impõe a necessidade de uma releitura do denominado “interesse-adequação”.

44) o deferimento de liminar satisfativa não acarreta a perda superveniente do interesse processual no *writ*, quer porque tal medida é dotada de provisoriedade, quer porque o § 5º do art. 273 do CPC (aplicável subsidiariamente) prevê a necessidade de um julgamento final, no plano meritório.

45) ao menos sob a lente do direito processual positivado, reputa-se que a impossibilidade jurídica da demanda figura como condição da ação, pois o inc. VI do art. 267 do CPC estampa entre as causas de extinção do processo sem julgamento de mérito a ausência das condições da ação, inserindo entre elas a possibilidade jurídica.

46) o “direito líquido e certo” não deve ser enquadrado como condição especial da ação de mandado de segurança equiparada ao interesse processual na modalidade “adequação”, mas sim como pressuposto processual relativo à adequação do procedimento.

47) é possível defender uma releitura das clássicas restrições ao cabimento do *mandamus* não só em razão das rupturas deflagradas pelos enunciados teóricos do acesso à justiça e da efetividade processual na atualidade, mas também porque o próprio direito material vem enfrentando mudanças significativas, o que deve repercutir na seara processual.

48) a ampliação das possibilidades de emenda da petição inicial do mandado de segurança está entre as medidas que poderá aumentar a efetividade da tutela prestada pela via do *mandamus*.

49) entre as medidas que poderiam ensejar maior efetividade da tutela concedida no *writ* está a mitigação da regra do art. 47 do CPC, a fim de que somente seja possível falar em ineficácia se o litisconsorte ausente for prejudicado pelo resultado do processo.

50) uma interpretação restritiva para o art. 18 da Lei nº 1.533/51 e uma nova categorização jurídica para o prazo ali estabelecido figuram entre as providências capazes de oferecer maior efetividade para a tutela deferida no remédio heróico.

51) a abolição da prática de se deixar para analisar a liminar após as informações, a supressão ou mesmo a contenção da exigência de caução quando ela puder comprometer o acesso à justiça, a possibilidade de um controle no caso concreto das restrições legais ao deferimento da tutela de urgência e a concessão da liminar de ofício são medidas que podem alavancar a efetividade no seio do *mandamus*.

52) o tratamento das informações como contestação (e não como meio de prova), o afastamento da regra do art. 188 do CPC, a dispensa da prova pré-constituída quando

a autoridade admitir os fatos narrados na inicial e a admissão (mesmo que de forma excepcional) da juntada de documentos *a posteriori* enquadram-se entre as medidas que podem colaborar para a efetividade no leito do remédio heróico.

53) em se tratando da prova no mandado de segurança, a admissão da juntada de prova documental *a posteriori* (observadas as peculiaridades do caso concreto e o princípio do contraditório), a aceitação da prova documentada (também respeitado o contraditório), o aumento dos poderes do juiz na direção do processo, uma maior amplitude na colheita do material probatório documental e uma nova concepção sobre a matéria relativa ao “fato negativo” e à “prova diabólica” (considerando-se, aqui, a possibilidade de inversão do ônus probatório ou mesmo da incidência da teoria da distribuição dinâmica do ônus probatório) podem colaborar sobremaneira para a efetividade da tutela no *mandamus*.

54) no tocante à intervenção do Ministério Público no bojo do mandado de segurança, a interpretação do art. 10 da Lei nº 1.533/51 em conformidade com a Constituição, uma nova percepção sobre o que se deve entender por “manifestação” do *Parquet*, o afastamento da nulidade quando não houver prejuízo ao interesse protegido pelo MP e o suprimento da falta de pronunciamento do Órgão Ministerial em primeiro grau pela atuação da Procuradoria figuram entre as medidas que podem aumentar a efetividade do remédio heróico.

55) no que diz respeito à sentença proferida no mandado de segurança, a utilização das técnicas mandamental e executiva *lato sensu* é essencial para a efetividade da tutela, pois propicia a concretização do direito material no seu sentido mais latente, consubstanciado na obtenção do resultado específico (ou seja, da prestação *in natura*).

56) no tocante à remessa necessária no mandado de segurança após as alterações legislativas no art. 475 do CPC, o critério de solução de antinomias segundo o qual “a norma especial prevalece sobre a geral” deve ser encarado com cautela, mormente quando presentes lacunas ontológicas ou axiológicas no sistema e a lei geral

estabelece novos princípios absolutamente incompatíveis com aqueles sobre os quais se baseava a lei especial anterior.

57) em matéria de recursos, a pacificação das controvérsias sobre o cabimento de determinados vetores recursais no bojo do mandado de segurança pode alavancar a efetividade da tutela prestada por meio deste, pois enquanto os próprios tribunais superiores não uniformizam a sua jurisprudência, quem acaba sofrendo os prejuízos oriundos da divergência é o jurisdicionado, que a cada momento se depara com novos entendimentos sobre determinadas matérias.

58) no concernente à suspensão de segurança, entende-se que a interpretação a ela oferecida deve ser sempre *restritiva*, exatamente porque vai de encontro a princípios e garantias constitucionais que garantem uma tutela jurisdicional adequada (isto é, tempestiva, efetiva e compatível com as necessidades no plano do direito material).

59) no tocante ao *mandamus* de competência originária, medidas como a pauta temática e a admissão da aplicação dos arts. 557 e 285-A do CPC podem representar importantes meios para alavancar a efetividade da tutela prestada por meio do *writ*.

60) no respeitante à coisa julgada no mandado de segurança, o reconhecimento do seu caráter *secundum eventum probationis*, a vinculação da decisão posterior em ação de cobrança na qual se busca o pagamento das parcelas pretéritas e a mitigação do verbete sumular nº 239 do STF quando o pedido não se referir a exercício financeiro específico figuram entre as alternativas para otimizar a tutela prestada no seio do *writ*.

61) em se tratando do cumprimento das decisões, a utilização adequada das medidas sub-rogatórias e coercitivas pode colaborar com a efetividade da tutela buscada no mandado de segurança.

62) o PL 5.067/2000, no que diz respeito à efetividade, possui aspectos positivos (como a eliminação da restrição ao cabimento do *mandamus* contra ato disciplinar, previsão de cabimento do agravo de instrumento, supressão do prazo de eficácia da liminar,

tipificação do descumprimento da ordem como crime de desobediência etc.) e também negativos (estabelecimento de prazo para impetração do *writ* contra atos omissivos da autoridade, manutenção da intervenção do *Parquet* e da remessa necessária de forma indiscriminada, entre outros).

Metodologia

No tocante ao método de abordagem, será utilizado o método *dedutivo*, porquanto se partirá do princípio constitucional para investigar os embaraços existentes no âmbito infraconstitucional para a efetividade da ação de mandado de segurança.

No que diz respeito ao método de procedimento, será utilizada a pesquisa bibliográfica e documental, realizada no período de setembro de 2006 a outubro de 2007.

Desenvolvimento

Para o enfoque da temática, o presente trabalho será dividido em 04 (quatro) capítulos, que são os seguintes: **1)** a emergência de novos paradigmas; **2)** a efetividade processual; **3)** uma nova visão das formas processuais: análise da aplicação da efetividade e dos seus subprincípios no âmbito do mandado de segurança; **4)** conclusão.

1 A EMERGÊNCIA DE NOVOS PARADIGMAS

Para a realização de uma pesquisa com um mínimo de rigor científico, o pesquisador deve ter absoluta clareza do *ponto de vista* sob o qual está analisando o seu objeto de estudo.

Esse ponto de vista, ou perspectiva, leva em consideração muitos aspectos diferentes, e, a despeito do ideal de neutralidade científica preconizado desde o século XIX, o cientista acabará interferindo no seu objeto de estudo.¹

Não bastassem as dificuldades inerentes a qualquer pesquisa científica, o estudioso que se propõe a investigar qualquer objeto na atualidade vem enfrentando um obstáculo bastante significativo, representado pela *transição paradigmática* (= mudança ou crise de paradigmas) dos tempos contemporâneos.

Antes da apresentação da alvitrada *mudança de paradigmas* no direito brasileiro, cumpre traçar o primeiro *acordo semântico* deste trabalho, relativo ao significado do termo *paradigma* no texto da dissertação.

Será utilizada, aqui, a aceção defendida por THOMAS S. KUHN em seu livro intitulado “A Estrutura das Revoluções Científicas”, de 1962.

Segundo KUHN², a história demonstra a emergência de determinadas formas de se conceber a ciência e a realização científica, que se afirmam como *paradigmas* por um dado período de tempo. Tais paradigmas definem o objeto da empreitada científica, as questões que serão admissíveis, como as perguntas serão elaboradas e como as respostas serão interpretadas. Por outras palavras, os paradigmas definem os

¹ MEZZARROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de metodologia da pesquisa no direito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 15.

² KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2007. p. 60-61.

contornos de um modelo científico e delimitam a lógica que permitirá o seu aprimoramento e a obtenção de respostas a questões problemáticas.

Com efeito, todo ponto de vista é a vista de um ponto. Para entender como alguém lê, é necessário saber como são seus olhos e qual é a sua visão de mundo. Isso faz da leitura sempre uma releitura.³

Segundo BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS⁴, o momento atual é de despedida (com alguma dor) dos lugares teóricos e conceituais anteriores, que já não são convincentes. É a despedida para uma vida melhor, com racionalidade mais plural e onde, finalmente, o conhecimento volte a ser uma aventura encantada. A caracterização da crise do paradigma dominante traz consigo o perfil do paradigma emergente. Assim, vai-se vislumbrando um novo modelo paradigmático, que parte de pressupostos científicos diferenciados do que foi estabelecido pela revolução científica “moderna”. Para o referido autor, trata-se ao mesmo tempo de um paradigma *científico* – que denomina de conhecimento prudente – e também *social* – com vistas a *uma vida decente* –, isto é, um conhecimento que abandone de forma definitiva sua preocupação meramente técnica/instrumental.

Passa-se, a seguir, a uma exposição das circunstâncias reveladoras da crise paradigmática dos tempos atuais. Mas antes de elencá-las, cumpre fazer uma *advertência*: não se defende, aqui, a *substituição total* do instrumental clássico da dogmática tradicional pelos paradigmas emergentes. A bem da verdade, não se preconiza aqui o *abandono* da visão jurídica tradicional (de origens positivistas) e das suas conquistas, mas apenas a sua *insuficiência* diante de um mundo cada vez mais complexo que, se por um lado fascina, por outro também apavora.

Com efeito, se é certo que em boa parte dos casos cotidianos o legado teórico do positivismo ainda oferece alternativas plausíveis para a solução dos problemas,

³ BOFF, Leonardo. **A águia e a galinha**: uma metáfora da condição humana. 8. ed. Rio de Janeiro : Vozes, 1997.

⁴ *Apud* LIXA, IVONE FERNANDES MORCILO. **Hermenêutica & direito**: uma possibilidade crítica. Curitiba: Juruá, 2003. p. 146.

também não se pode negar que é cada vez mais expressivo o número de situações nas quais o aplicador do direito é obrigado a se valer do instrumental pós-positivista. Um exemplo clássico disso ocorre na colisão de princípios jurídicos, que exige do hermeneuta a utilização da técnica da ponderação, em substituição à subsunção.

Ao contrário do que se pode pensar à primeira vista, cumpre ressaltar que não há nada de extraordinário na coexistência de dois paradigmas num determinado momento histórico. A propósito do tema, é bem oportuna a lição de KUHN⁵:

Os estudiosos da filosofia da ciência demonstraram repetidamente que mais de uma construção teórica pode ser aplicada a um conjunto de dados determinado, qualquer que seja o caso considerado. A história da ciência indica que, sobretudo nos primeiros estágios de desenvolvimento de um novo paradigma, não é muito difícil inventar tais alternativas.

Por dever de lealdade, há um outro aspecto prévio a ser destacado: em virtude do próprio estágio embrionário no qual se encontram *no Brasil*, não se tem a pretensão de defender que os paradigmas emergentes aqui pontuados estão “prontos e acabados” ou mesmo que gozam de aclamação por toda a comunidade científica brasileira.

Numa certa medida, pode-se dizer que nenhum deles está imune a críticas, até porque, como tudo aquilo que é novo, ainda há muito espaço para o temor quanto aos seus critérios e à desconfiança quanto aos seus resultados.

Embora seja considerável o risco do “decisionismo” calcado nos paradigmas abaixo mencionados, não custa lembrar que as revoluções copernicanas na ciência em geral tiveram origem em idéias ousadas para as respectivas épocas. Por isso, as “idéias paralisantes” oriundas do dogmatismo não podem incutir nos estudiosos o medo da busca de novas soluções.

⁵ KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2007. p. 105.

1.1 O NOVO PARADIGMA FILOSÓFICO: O ADVENTO DO PÓS-POSITIVISMO OU PRINCIPIALISMO

O jusnaturalismo moderno, que começou a formar-se a partir do século XVI, dominou por largo período a filosofia do direito. A crença no direito natural – isto é, na existência de valores e de pretensões humanas legítimas que não decorrem de uma norma emanada do Estado – foi um dos trunfos ideológicos da burguesia e o combustível das revoluções liberais. Mas, por ser considerado metafísico e anticientífico, o direito natural foi marginalizado pela onipotência positivista do final do século XIX.⁶

O positivismo filosófico foi fruto de uma crença exacerbada no poder do conhecimento científico. Sua importação para o direito resultou no positivismo jurídico, que tinha a pretensão de criar uma ciência jurídica com características análogas às ciências exatas e naturais. A busca de objetividade científica, com ênfase na realidade observável e não na especulação filosófica, apartou o Direito da moral e dos valores transcendentais. O Direito, então, passou a ser enxergado unicamente sob o seu viés normativo, isto é, como ato emanado do Estado com caráter imperativo e força coativa.⁷

Imaginou-se, então, que a ciência do Direito, como todas as demais, deveria fundar-se em juízos *de fato*, que visavam ao conhecimento da realidade, e não em juízos *de valor*, que representam uma tomada de posição diante da realidade. Além disso, não seria no âmbito do Direito que se deveria travar a discussão acerca de questões como legitimidade e justiça.⁸

No positivismo jurídico, calcado nos pilares da objetividade e da exatidão, preconizavam-se não só uma divisão bastante rígida entre o *sujeito* e o *objeto* (desprezando, portanto, a influência do intérprete sobre o texto jurídico interpretado), como também uma acentuada neutralidade axiológica, por meio da qual se buscava a

⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 6. ed. São Paulo : Saraiva, 2006. p. 348.

⁷ Idem, *ibidem*, 348-349.

⁸ Idem, *ibidem*, 349.

“pureza” no estudo do Direito, afastando-o de tudo aquilo que “não lhe dissesse respeito” (isto é, aspectos políticos, sociológicos, psicológicos etc.).

Analisando-se as matrizes filosóficas que nortearam os estudos efetuados ao longo do século XX, é indiscutível a prevalência do *positivismo* como principal paradigma filosófico adotado nas academias jurídicas.

Tal panorama, entretanto, começou a se transformar lentamente a partir da segunda guerra mundial, pois a decadência do positivismo é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha. Esses movimentos políticos e militares ascenderam ao poder dentro do quadro de legalidade vigente e promoveram a barbárie em nome da lei, calhando ressaltar que por ocasião do julgamento perante o Tribunal de Nuremberg, os principais acusados invocaram em suas defesas o cumprimento da lei e a obediência a ordens emanadas das autoridades competentes.⁹

Diante de tal cenário, ao fim da Segunda Guerra Mundial a idéia de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos e da lei como uma estrutura meramente formal – como se fora uma embalagem para qualquer produto, por mais abominável que fosse – já não tinha mais aceitação no pensamento esclarecido.¹⁰

A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. Nesse contexto, o *pós-positivismo* é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada *nova hermenêutica constitucional*, e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade humana. A valorização dos princípios, sua incorporação (explícita ou implícita) pelos textos constitucionais e o reconhecimento pela ordem jurídica de sua normatividade fazem parte desse ambiente de reaproximação entre Direito e Ética.¹¹

⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 6. ed., São Paulo : Saraiva, 2006. p. 349.

¹⁰ Idem, *ibidem*.

¹¹ Idem, *ibidem*, 350.

É oportuno registrar que, sob a luz do referencial positivista, não há uma teorização ou mesmo um instrumental técnico adequado para solucionar, por exemplo, a colisão entre princípios jurídicos. Admita-se, a título meramente ilustrativo, que foi pleiteada a juiz absolutamente incompetente a concessão de medida urgente, a qual, nessa hipotética situação, só terá utilidade se for concedida de imediato. Sob o prisma positivista, seria possível resolver a tensão entre os princípios da *efetividade* e do *juiz natural* que o caso comporta? Como a *ponderação* e a aplicação da “*Fórmula do Peso*” são conquistas técnicas baseadas numa matriz pós-positivista, é possível responder que não, o que reforça a idéia da emergência de um novo paradigma.

Cumprir não confundir pós-positivismo com pós-modernismo no campo jurídico. Embora possam existir algumas coincidências entre tais concepções – como a rejeição da visão positivista de racionalidade, que excluía de seu âmbito a razão prática, e a negação da separação cartesiana entre sujeito e objeto, com o reconhecimento de que, também no Direito, o observador influi sobre o fenômeno observado – existem também marcantes diferenças entre estas cosmovisões jurídicas. De fato, o pós-positivismo não desacredita na razão e no Direito como instrumento de mudança social, e busca, recorrendo sobretudo aos princípios constitucionais e à racionalidade prática, catalisar as potencialidades emancipatórias da ordem jurídica. Já o pós-modernismo, mostra-se cético em relação ao Direito, e tende a reduzir o papel das Constituições a um mero estatuto procedimental.¹²

Num ambiente pós-positivista, gradativamente, diversas formulações antes dispersas ganham unidade e consistência, ao mesmo tempo em que se desenvolve o esforço teórico que procura transformar o avanço filosófico em instrumental técnico-jurídico aplicável aos problemas concretos.¹³

¹² SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed., Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2006. p. 57.

¹³ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 6. ed., São Paulo : Saraiva, 2006. p. 350.

E certamente há muito trabalho pela frente, pois a influência do positivismo ainda está incrustada na legislação pátria, sendo exemplo disso o art. 4º do Decreto-Lei nº 4.657/42¹⁴ (Lei de Introdução ao Código Civil), que ao elencar a ordem de utilização dos meios supletivos das lacunas deixa os *princípios* em último lugar, sendo ultrapassados até mesmo por uma forma de heterointegração, consubstanciada nos *costumes*.

A linha filosófica pós-positivista, pela sua abertura no tocante aos princípios e valores, será aquela utilizada para nortear a investigação em andamento.

1.2 O NOVO PARADIGMA JURÍDICO NO PLANO CONSTITUCIONAL: O NEOCONSTITUCIONALISMO

Numa era repleta de tantas incertezas e rupturas, o uso do prefixo “neo” (novo) permite chamar a atenção do operador do direito para mudanças paradigmáticas.¹⁵

Se o constitucionalismo representava basicamente uma doutrina de contenção do poder estatal, o neoconstitucionalismo, que vem se desenvolvendo na Europa a partir do segundo pós-guerra, e no Brasil sob a égide da Carta Magna de 1988, é muito ambicioso, no seu afã de fecundar o direito positivo com os ideais humanitários presentes nas Constituições contemporâneas.¹⁶

No caso do Brasil, onde o ordenamento se alicerça numa Constituição assentada sobre princípios e valores humanitários, como a dignidade da pessoa humana e o Estado Democrático de Direito, e que conta com capítulo tão generoso de direitos fundamentais, desencadear a força normativa da Carta Magna e projetá-la sobre todos

¹⁴ BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942. **Código Civil**. 18 ed., São Paulo : Saraiva, 2003. p. 2.

¹⁵ CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. In FUX, L.; NERY JR., N.; WAMBIER, T. A. A. (Orgs.). **Processo e constituição**: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 662.

¹⁶ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed., Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2006. p. 56-57.

os setores da vida humana torna-se essencial, para quem se preocupe com a promoção de uma sociedade mais justa.¹⁷

Esta nova concepção da Constituição que envolve a expansão das suas tarefas, o reconhecimento da sua força normativa, o fortalecimento do papel da jurisdição constitucional e a infiltração dos seus princípios e valores em todos os quadrantes do ordenamento, tem sido chamada por alguns juristas de neoconstitucionalismo.¹⁸

A expressão “neoconstitucionalismo”, portanto, tem sido utilizada por parte da doutrina para designar o “estado da arte” do constitucionalismo contemporâneo.

Segundo seus defensores brasileiros, o neoconstitucionalismo pode trazer uma nova tônica para a Ciência Jurídica. Agora, por exemplo, fala-se da normatividade dos princípios, da relação mais próxima entre direito e moral, da técnica de ponderação na aplicação do direito, na norma com a acepção de produto da interpretação (e não mais como simples objeto dela), na interpretação criativa dos magistrados, no ativismo judicial, na intervenção da esfera de pré-compreensão no processo decisório e na união lingüística entre sujeito e objeto, dentre outras conquistas.

Por dever de lealdade científica, entretanto, é preciso fazer uma observação: alguns estudiosos criticam a inserção no contexto do neoconstitucionalismo de teorias que, a rigor, nada teriam de “novas”. Explica-se.

Na ótica dos referidos pensadores, a força normativa da Constituição, que alguns autores inserem no bojo do neoconstitucionalismo, desqualificaria o uso do prefixo “neo”, porque tal construção teórica remonta aos meados do século XX, contando, inclusive, com um emblemático estudo do Professor KONRAD HESSE, que em sua aula inaugural na Universidade de Freiburg, em 1959, já lançava as bases de tal

¹⁷ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed., Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2006. p. 55.

¹⁸ Idem, *ibidem*, p. 56.

postulado. Tal palestra, inclusive, desaguou na publicação de um livro, intitulado “Die normative Kraft der Verfassung” (“A força normativa da Constituição”).

Se levado em consideração o desenvolvimento do neoconstitucionalismo em solo europeu, a crítica é contundente e realmente se justifica.

Mas, se observada a peculiaridade do caso brasileiro, no qual a história recente registra um regime de exceção que se estendeu por mais de 20 (vinte) anos, também é compreensível o retardo no tocante ao desenvolvimento de algumas teorias no Brasil (inclusive aquela apontada acima). Afinal de contas, não pode ser desprezado o significado dos fatores históricos, políticos e sociais para o desencadeamento da força normativa da Constituição.

Sob tal ângulo – que não despreza o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil – ainda parece defensável o uso de tal vocábulo com a abrangência acima mencionada, que ainda parece se afeiçoar às sutilezas do caso brasileiro.

1.3 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO E A BUSCA DE UMA INTERPRETAÇÃO EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO

Na atualidade, os próprios constitucionalistas têm destacado a importância de uma *releitura* – para não dizer *reconstrução* – dos métodos de entender e aplicar o próprio direito constitucional, quando analisado a partir dos *princípios constitucionais*. Mas não é só. A partir das mesmas considerações tem-se destacado a maior influência do direito constitucional nos demais ramos do direito. É o fenômeno que alguns chamam de “constitucionalização do direito”.¹⁹

¹⁹ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**: teoria geral do direito processual civil, *Volume 1*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 84.

Não é apenas por razões de coerência sistêmica que se deve postular a constitucionalização do direito. Trata-se de movimento necessário para quem aspire pautar as relações jurídicas por parâmetros jurídicos substancialmente mais justos, à luz da irrefutável constatação feita por LUÍS ROBERTO BARROSO, de que “o constituinte é invariavelmente mais progressista que o legislador ordinário”.²⁰

Neste contexto, a prática de se interpretar e aplicar o direito a *partir da lei* deve dar lugar a um enfoque diametralmente oposto, que evidencie a *necessidade* de o direito ser analisado, interpretado e aplicado desde a Carta Magna.²¹ Defende-se, aqui, portanto, uma interpretação conforme à Constituição.

Com efeito, a constitucionalização do direito (e do direito processual civil em particular) convida o estudioso a lidar com métodos hermenêuticos diversos, entre os quais o da “filtragem constitucional”²², segundo o qual as normas constitucionais funcionariam como uma espécie de “filtro” ou “malha” que depuraria a legislação infraconstitucional, impedindo a “passagem” (*rectius*: aplicação) dos preceitos jurídicos em desconformidade com o modelo traçado pela Constituição.

Como o mandado de segurança busca atacar atos praticados pelo Poder Público, e este, como parte, é um dos maiores interessados na sua falta de efetividade – fato constatado pelas medidas provisórias e leis casuísticas destinadas a alterar e manipular as regras do *mandamus*, dificultando a realização prática do direito – é importante conceber a Constituição como “topos hermenêutico que conformará a interpretação jurídica do restante do sistema jurídico”.²³

Considerando que o mandado de segurança está encartado no Título II da Carta Magna, cujo texto trata dos direitos e garantias fundamentais, é preciso levar em conta

²⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 6. ed., São Paulo : Saraiva, 2006. p. XV.

²¹ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, Volume 1**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 70.

²² Idem, *ibidem*, p. 71.

²³ STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 2. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 225.

a advertência de INGO WOLFGANG SARLET, de que os tribunais precisam interpretar e aplicar as leis em conformidade com os direitos fundamentais, que devem ser utilizados também para a colmatação de eventuais lacunas.²⁴

Por isso, é preciso mergulhar todo o direito infraconstitucional na axiologia transformadora da Lei Maior. Esta tarefa, no entanto, supõe uma nova metodologia constitucional, que saiba extrair dos princípios constitucionais toda a sua eficácia jurídica transformadora.²⁵

1.4 A IDÉIA DE NORMA COMO “RESULTADO” E NÃO COMO “OBJETO” DA INTERPRETAÇÃO

As relações sociais hodiernamente travadas não raras vezes ensejam demandas complexas, cuja tutela jurisdicional adequada somente pode ser prestada com o auxílio de técnicas arrojadas de interpretação constitucional.²⁶

Para fazer frente aos desafios da pós-modernidade, é perceptível uma mudança no campo metodológico que orienta a prática constitucional na busca de um modelo hermenêutico que permita conferir a dinamicidade necessária ao texto para: **a)** potencializar a eficácia dos direitos e garantias fundamentais; e **b)** realizar as promessas constitucionais. Neste passo, *texto* e *norma* deixam de manter uma relação unívoca e absoluta, pois enquanto o primeiro contempla o universo sobre o qual se debruça o operador jurídico, a segunda cristaliza o resultado da operação hermenêutica.²⁷

²⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 396.

²⁵ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed., Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2006. p. 57.

²⁶ CLÈVE, Clèmerson Merlin. Investigação Criminal e Ministério Público. **Direito e sociedade**, Curitiba, p. 154, v. 3, n. 1, jan./jun. 2004.

²⁷ Idem, *ibidem*, p. 154-155.

Por outras palavras, para uma parte da doutrina – defensora de uma *concepção semântica* das normas – estas não são *textos* nem o conjunto deles, mas os *sentidos* ou *significados* construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Daí se afirmar que os dispositivos (= preceitos, textos normativos) representam o *objeto* da interpretação; e as normas, por sua vez, o seu *resultado*.²⁸

A partir da superação da hermenêutica clássica – que trabalhava com a idéia de que interpretar é extrair do texto o seu sentido – pela hermenêutica de cunho filosófico, passou-se a entender que o processo interpretativo não é reprodutivo, mas, sim, produtivo, pois *interpretar é dar/atribuir sentido*.²⁹ Daí se dizer, atualmente, que *interpretar é construir a partir de algo*, razão pela qual significa, em verdade, *reconstruir*, quer porque utiliza como ponto de partida os textos normativos (que oferecem limites à construção de sentidos), quer porque manipula a linguagem, à qual são incorporados *núcleos de sentidos*, que são, por assim dizer, constituídos pelo uso, e preexistem ao processo interpretativo individual.³⁰

Embora o presente trabalho não adote à risca a *concepção semântica* acima mencionada – razão pela qual o vocábulo “norma” poderá ser empregado no corpo da dissertação como sinônimo de “produto da interpretação” – o enunciado teórico em apreço poderá servir para amparar uma nova visão sobre o *mandamus*. Explica-se. Como será visto a seguir, ao interpretar os dispositivos referentes ao *writ* o aplicador do direito deverá emprestar-lhes uma exegese que privilegie o acesso à justiça (ou à “ordem jurídica justa”, como preferir).

²⁸ GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 3. ed., São Paulo : Malheiros Editores, 2005. p. 23.

²⁹ STRECK, Lenio Luiz; FELDENS, Luciano. **Crime e constituição**: a legitimidade da função investigatória do Ministério Público. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 67.

³⁰ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 5. ed. São Paulo : Malheiros Editores, 2006. p. 33-34.

Por isso, se um determinado *texto legal* relativo ao *mandamus* comportar variados *sentidos*, deverá ser escolhido aquele mais consentâneo com a idéia de máxima efetividade do remédio constitucional.

1.5 DO DEVIDO PROCESSO LEGAL PARA O DEVIDO PROCESSO CONSTITUCIONAL

No estudo do direito processual é preciso ter sempre presente as suas relações com outras disciplinas jurídicas e cuidar dessas relações com toda a atenção necessária.³¹

Dentre os diversos ramos do direito cuja influência pode ser sentida no estudo contemporâneo do direito processual, sobrepõe a importância do direito constitucional, tronco comum do qual os vários ramos partem e do qual trazem a sua seiva vital.³²

No Brasil, a Constituição Republicana de 1988 previu em seu art. 5º, inc. LIV, o princípio do devido processo legal (*due process of law*), postulado estruturante³³ que, na sua modalidade processual (*procedural due process*) ganha concretização por meio de outros princípios, entre os quais podem ser citados: **a)** acesso à justiça (direito de ação e de defesa); **b)** igualdade de tratamento; **c)** publicidade dos atos processuais; **d)** regularidade do procedimento; **e)** contraditório e ampla defesa; **f)** realização de provas; **g)** julgamento por juiz imparcial (natural e competente); **h)** julgamento de acordo com provas obtidas lícitamente; **i)** fundamentação das decisões judiciais etc.

³¹ MITIDIERO, Daniel Francisco. ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Introdução ao estudo do processo civil**: primeiras linhas de um paradigma emergente. Sérgio Antônio Fabris Editor: Porto Alegre, 2004. p. 24.

³² Idem, *ibidem*.

³³ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed., Coimbra : Livr. Almedina, 1992. p. 180-182.

A partir do fenômeno de constitucionalização do processo, a noção de devido processo legal ganhou dimensão nova, revestindo-se do *status* mais abrangente de garantia do *devido processo constitucional*.³⁴

O devido processo constitucional, portanto, pode ser entendido como a conformação do processo às garantias e princípios constitucionais, ou, na lúcida dicção de JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, “é o processo modelado em conformidade com garantias fundamentais, suficientes para torná-lo *equo, correto, giusto*”.³⁵

Nessa ordem de idéias, pode-se dizer que a Constituição Republicana e o “modelo constitucional do direito processual” dela extraível são os pontos de partida de qualquer reflexão do direito processual.³⁶

Portanto, o plano constitucional delimita, impõe, molda, contamina o modo de ser de todo o direito processual e de cada um de seus temas e institutos. Os preceitos infraconstitucionais do direito processual são, assim, conformados, moldados, pelo que a Constituição impõe acerca da forma de exercício do poder estatal.³⁷

O plano *técnico* do processo é, por isso, derivado da Constituição. É seu reflexo, sua forma de *concretização* ou *realização*.³⁸

No cotidiano, é muito comum encontrar decisões judiciais que prestam reverência a um “devido processo legal” calcado, unicamente, na observância de regras infraconstitucionais, sem levar em conta, entretanto, que o desrespeito à forma pode não ter afetado os direitos e garantias previstos na Constituição, que, em última instância, incorporam os valores supremos do ordenamento jurídico pátrio.

³⁴ PASSOS, J. J. Calmon de. A instrumentalidade do processo e devido processo legal. **Revista de processo**. São Paulo, n. 102, abr-jun. 2001. p. 59.

³⁵ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001. p. 71.

³⁶ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, Volume I**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 84.

³⁷ Idem, *ibidem*, p. 85.

³⁸ Idem, *ibidem*.

Por esta razão, entende-se que se a desobediência à forma prevista na lei infraconstitucional não chegou a violar o leque de garantias processuais catalogado na Carta Magna, o ato assim praticado deve ser reputado apto para produzir seus efeitos no plano jurídico.

1.6 O NOVO PARADIGMA JURÍDICO NO PLANO PROCESSUAL: DO PROCESSUALISMO DA FASE DA AUTONOMIA PARA O INSTRUMENTALISMO

Para se compreender a transformação do direito processual ao longo do tempo, nada melhor do que uma breve retrospectiva, que contemple as diversas etapas de evolução da disciplina até os dias atuais.

Inicialmente, na fase denominada de *sincrética*, ainda não havia uma divisão muito clara entre direito e processo, e este era estudado e estruturado como mero apêndice do direito civil.³⁹

Logo depois, chegamos à etapa denominada *autonomista*, na qual se afirmou a autonomia científica do direito processual, e se buscou, até não mais poder, a distinção entre o direito material e o processual.

O processualista da fase da autonomia, encantado com a empreitada de refinar e sofisticar os conceitos e institutos processuais, transformou o estudo do direito processual numa verdadeira religião, esquecendo-se, muitas vezes, do direito material.

³⁹ SIQUEIRA, Cleanto Guimarães. **A defesa no processo civil**: as exceções substanciais no processo de conhecimento. Belo Horizonte : Del Rey, 1995. p. 28.

O contexto da etapa autonomista, é bom frisar, foi propício para tal conduta. Basta lembrar que vigia, até então, um paradigma calcado no positivismo normativista, de modo que os olhos do estudioso se afastaram totalmente das pautas axiológicas para se voltarem ao estudo das regras jurídicas e da técnica.

Os doutrinadores do processo civil, aqui, esboçaram a idéia de construir uma “ciência” neutra, isolando o processo da realidade social.⁴⁰

Neste momento, pensava-se principalmente no plano da validade das disposições jurídicas, sendo relegado ao esquecimento o plano da eficácia do ordenamento, principalmente no plano social.

No último quartel do século passado, entretanto, iniciou-se no Brasil um novo estágio no estudo do direito processual, denominado de “fase instrumentalista”. Destacou-se, aqui, que o processo não deve ser focado apenas no seu aspecto *jurídico*, pois também cumpre uma função *social e política*.

O pensamento instrumentalista representou uma guinada metodológica no estudo do processo, pois este, até então, estava mais preocupado em burilar conceitos e institutos do que oferecer um instrumento técnico – mas também ético – capaz de oferecer não só a mera “prestação jurisdicional”, mas, acima de tudo, uma tutela (= proteção) jurisdicional, com análise da questão de fundo (=mérito) e com promoção da pacificação social.

O *instrumentalismo*, insta frisar, passou da mera preocupação com a *validade* para preocupar-se com a *eficácia* do ordenamento, ou, para utilizar o termo consagrado pela doutrina, dispensou mais atenção à denominada *efetividade*.

A fase instrumentalista, no Brasil, aflorou num momento histórico em que se começou a enxergar uma permeabilidade do sistema jurídico aos valores, e os princípios jurídicos

⁴⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo : RT, 2004. p. 81.

representariam uma condensação dessas pautas axiológicas extraídas do ordenamento jurídico. Embora não se diga expressamente, o instrumentalismo é reflexo do pós-positivismo no âmbito processual.

Um dos grandes desafios, na atualidade, é conciliar o instrumentalismo com o garantismo, pois por força deste, como é sabido, impõe-se à função judicante do Estado o respeito às garantias processuais dos cidadãos.

1.7 DA INFLUÊNCIA DO DIREITO MATERIAL NO PROCESSO

Durante a fase da autonomia do direito processual, os estudos da referida disciplina buscaram afastá-la e estremá-la do direito substancial, numa tentativa de mostrar a “independência científica” daquele ramo da ciência jurídica.

Ocorre, entretanto, que o apego exagerado às categorias e institutos processuais acabou prejudicando os resultados no plano do direito material, frustrando, por conseguinte, a efetividade que se buscava.

No último quartel do século passado, entretanto, alguns estudiosos do direito processual observaram que o *processualismo* (= tecnização do direito e a despolitização dos seus operadores⁴¹) estava afetando os resultados sociais e políticos do processo, razão pela qual impunha-se uma urgente “guinada metodológica”, sem a qual o acesso à justiça continuaria sendo uma promessa vazia de conteúdo.

A partir de estudos oriundos da Escola de Direito da USP, realizados principalmente pelo Professor JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE – autor de trabalho pioneiro sobre o assunto – começou-se a perceber que na concepção de direito processual não

⁴¹ MITIDIERO, Daniel Francisco. **Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro**. Porto Alegre : Livraria do Advogado Editora, 2005. p. 18.

se pode prescindir do direito material, sob pena de transformar aquela ciência num desinteressante sistema de formalidades e prazos. Sua razão de ser consiste no objetivo a ser alcançado, que é assegurar a integridade da ordem jurídica, possibilitando às pessoas técnicas e meios adequados para a defesa dos seus interesses.⁴²

Nesse contexto, cumpre ressaltar que as regras processuais são construídas a partir das características da situação jurídica substancial que venha a ser deduzida no ato postulatório. Assim, é impossível e imprestável qualquer estudo do processo civil que não estabeleça o devido confronto com as regras de direito substancial, que devem, sempre, ser analisadas, para que se saiba em que medida influenciaram o legislador processual.⁴³

Alguns exemplos práticos nos quais as peculiaridades do direito material influenciam diretamente o direito processual são a inversão do ônus probatório nas causas consumeristas e também a previsão de procedimentos diferenciados, que têm em vista exatamente as sutilezas e particularidades das situações carecedoras de proteção jurisdicional.

É preciso reconhecer, portanto, que grande parte dos fenômenos processuais leva em conta dados fornecidos pela situação da vida regradada pelo direito material.⁴⁴

A bem da verdade, todos os institutos fundamentais do direito processual recebem reflexos significativos da relação jurídica material (jurisdição, ação, defesa e processo).⁴⁵

⁴² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo**: influência do direito material sobre o processo. 2. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2001. p. 12.

⁴³ DIDIER JUNIOR, Fredie. **Direito processual civil**: tutela jurisdicional individual e coletiva. 5. ed., Salvador: Jus PODIVM, 2005. v. 1. p.22.

⁴⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. op. cit. p. 26, nota 42.

⁴⁵ Idem, ibidem, p. 28.

O mesmo se diga das condições da ação, das nulidades processuais (especialmente quanto ao princípio da instrumentalidade das formas), coisa julgada, prova⁴⁶, seu respectivo ônus (como pode ocorrer nas relações consumeristas) etc. Isso revela o nítido caráter instrumental do direito processual e reforça a necessidade de relativizar o binômio direito-processo.

1.8 UM JUIZ MAIS ATUANTE E O ATIVISMO JUDICIAL

É possível dizer que o magistrado, através dos tempos, teve participação no processo de maneira diversa daquela que assume hoje⁴⁷.

O juiz da fase da exegese no Estado Liberal, figura inerte vista como *bouche de loi* (“boca da lei”), estava proibido de assumir uma postura ativa no processo, pois, em nome da liberdade individual, chegou-se a proibi-lo de interpretar a lei. Era um sujeito, portanto, sem qualquer poder criativo, cuja atividade foi sustentada no mito da neutralidade, que supôs: **a)** ser possível um juiz despido de vontade inconsciente; **b)** ser a lei – como pretendeu Montesquieu – uma relação necessária fundada na natureza das coisas; **c)** predominar no processo o interesse das partes e não o interesse público na realização da justiça; e **d)** que o juiz nada tinha a ver com o resultado da instrução, como se a busca do material adequado para a sua decisão fosse somente problema das partes.⁴⁸

A concepção do processo apenas ou no essencial como instituto de tutela jurídica de direitos subjetivos privados, influenciado por ideologia nitidamente liberal, tende a considerá-lo como um livre jogo de forças, uma luta privada entre duas partes, a que se

⁴⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo**: influência do direito material sobre o processo. 2. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2001. p. 28.

⁴⁷ LOPES, Maria Elizabeth de Castro. **O juiz e o princípio dispositivo**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2006. p. 81.

⁴⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil, volume 1** : teoria geral do processo. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2006. p. 414.

concede ampla liberdade de disposição processual, com maior passividade do juiz, no qual interesses individuais estranhos ao Estado brigam por sua realização e em que a maior habilidade, cautela e esperteza torcem o resultado vitorioso, sem que a sociedade demonstre interesse especial pelo desenlace processual.⁴⁹

Com o advento da democracia social, entretanto, intensificou-se a participação do Estado na sociedade e, por conseqüência, a atuação do juiz no processo, que não deve mais estar apenas preocupado com o cumprimento das “regras do jogo”, cabendo-lhe também zelar por um processo justo, capaz de permitir: **i)** a adequada verificação dos fatos e a participação das partes em contraditório real; **ii)** a justa aplicação das normas de direito material; e **iii)** a efetividade da tutela dos direitos, já que a inércia do juiz, ou o abandono do processo à sorte que as partes lhe derem, tornou-se incompatível com a evolução do Estado e do direito.⁵⁰

No cenário contemporâneo, falar num processo verdadeiramente democrático e fundado na isonomia substancial, exige uma postura ativa do magistrado, de modo que a produção da prova não é mais monopólio das partes. Como a atuação do juiz, para o bem da parte, agora é mais intensa, cabe-lhe lembrá-la sobre o ônus da prova, sobre a importância de manifestar-se sobre determinado fato, e ainda, quando necessário, determinar provas de ofício com o objetivo de elucidar os fatos. Nessa ordem de idéias, não é mais justificável que os fatos não sejam devidamente verificados em razão da menor sorte econômica ou da menor astúcia de um dos litigantes.⁵¹

Com efeito, o modelo de atuação estatal a ser buscado no campo da composição dos litígios é o de que a solução final dependa apenas dos méritos jurídicos das partes antagônicas – principalmente no plano do direito material ! – sem que fatores alheios ao Direito prejudiquem a obtenção da almejada tutela jurisdicional.

⁴⁹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. **Do formalismo no processo civil**. 2. ed., São Paulo : Saraiva, 2003. p. 71.

⁵⁰ Idem, ibidem.

⁵¹ Idem, ibidem.

Pode-se dizer que o princípio dispositivo, neste contexto, não tem qualquer ligação com a instrução da causa, mas apenas com as limitações impostas ao juiz em razão da disponibilidade do direito material. É certo que há quem entenda que o juiz somente deve produzir prova de ofício no caso de direito indisponível, e não de direito disponível. Porém, não há razão para associar a atuação do juiz na instrução da causa com a natureza do direito material posto em discussão. Ora, entender que o juiz deve produzir prova de ofício apenas nos casos de direitos indisponíveis é o mesmo que admitir que a jurisdição não se importa com o que acontece nos processos nos quais se discutem direitos disponíveis.⁵²

Destarte, com base no art. 130 do CPC, é lícito ao juiz determinar até de ofício as provas julgadas necessárias à formação da sua própria convicção. Note-se bem: formar a própria convicção. Este é o ponto: não se trata de o juiz servir como advogado da parte – atitude incompatível com a imprescindível imparcialidade da função judicial –, mas de obter elementos de fato que esclareçam as alegações formuladas pelas partes e lhe permitam julgar com justiça.⁵³

O princípio da imparcialidade, por sua vez, também não é obstáculo para uma participação mais ativa do julgador na instrução. Ao revés, supõe-se que parcial é o juiz que, ciente da necessidade da prova para a elucidação da matéria fática, queda-se inerte, como se fora um mero espectador do litígio.⁵⁴

Não resta a menor dúvida de que as situações de direito substancial exigem uma margem maior de ação do juiz. As demandas atuais exigem mais poder do magistrado: poder de aplicar medidas necessárias para a realização de tutelas específicas; poder de “desestabilizar a demanda” fugindo do pedido aviado na inicial, quando tal medida se mostre razoável e suficiente para a garantia do direito substancial em exame; poder de relativizar a coisa julgada que se opera em flagrante inconstitucionalidade material; poder de aplicar a medida coercitiva de prisão nos casos de ato atentatório à jurisdição,

⁵² OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. **Do formalismo no processo civil**. 2. ed., São Paulo : Saraiva, 2003. p. 416.

⁵³ Idem, ibidem, p. 119.

⁵⁴ Idem, ibidem, p. 415.

ainda que como última *ratio*, na inviabilidade de outra medida que se mostre mais eficaz e razoável no caso concreto.⁵⁵

Enfim, numa sociedade em que, tal como ocorre na fazenda dos bichos de George Orwell, “todos são iguais, mas alguns são mais iguais do que os outros”, proteger os “menos” iguais dos “mais” iguais tornou-se uma das principais missões dos direitos fundamentais.⁵⁶

Em suma, defende-se ser esta a concepção da atividade desenvolvida pelo juiz no processo civil contemporâneo. Ele é um dos sujeitos da relação processual e, nessa condição, é imprescindível que participe ativamente do contraditório, até para tornar efetivo o princípio da isonomia, em seu aspecto material (ou substancial), não sendo mais admissível a figura do juiz inerte, equiparado a um verdadeiro “convidado de pedra”. Afinal de contas – e esta afirmação está fundada na tendência já consolidada de publicização do processo –, a atividade judicial não se destina somente a assegurar o cumprimento da técnica e das regras formais do procedimento. Acima de tudo, o juiz deve conduzir o processo, na medida do possível, de modo a extrair dele os dados da situação de direito material necessários à solução do litígio, entregando a tutela jurisdicional ao vencedor o mais rápido possível, sem perder de vista a segurança garantida pelos princípios que compõem o devido processo constitucional.⁵⁷

1.9 A BUSCA DA JUSTIÇA PARA O CASO CONCRETO

⁵⁵ CUNHA, Rosanne Gay. **O princípio da vedação de insuficiência: uma visão garantista positiva do processo civil**. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/edicao_011/rosane_cunha.htm>. Acesso em: 03 jul. 2007. p. 5.

⁵⁶ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed., Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2006. p. XXV.

⁵⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo : Malheiros Editores, 2006. p. 110-111.

Durante o positivismo jurídico que imperou no século XX, a discussão sobre a questão da justiça esteve muito aquém do que seria desejado.

Com a ascensão do pós-positivismo, entretanto, o magistrado, o jurista, enfim, o operador do direito de uma forma geral, está mais consciente de que não mais se justifica a aplicação de regras ilegítimas, inadequadas, insatisfatórias ou reacionárias sob o inválido e inaceitável argumento de que o direito se identifica com o sistema positivo posto pelo Estado.

Por tal razão, vem ganhando espaço na boa processualística a idéia de que os escopos fundamentais do processo civil hodierno vinculam-se à aplicação do direito, à pacificação social e à busca pela justiça do caso concreto.⁵⁸

E não poderia ocorrer de forma diferente, pois o processualista sensível aos valores constitucionais vigentes passou a advogar a instrumentalidade do processo a fim de que se realize a justiça no caso concreto, tendo em vista que um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil é a construção de uma sociedade *justa*, como se pode depreender da simples leitura do inc. I do art. 3º do texto constitucional de 1988.⁵⁹

Como o legislador, por mais diligente que seja, não pode prever todas as peculiaridades do caso concreto, cumpre ao magistrado o papel de identificar as necessidades de direito material na situação examinada e, a partir daí, ir à procura não só da técnica processual mais adequada para propiciar uma tutela jurisdicional efetiva, mas também da solução que componha a lide da forma mais justa e satisfatória possível.

Por meio do manejo dos dois valores fundamentais do processo civil que serão comentados em tópico apartado deste trabalho (efetividade e segurança) e da problematicidade inerente ao fenômeno jurídico, o processo civil contemporâneo

⁵⁸ MITIDIERO, Daniel Francisco. **Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro**. Porto Alegre : Livraria do Advogado Editora, 2005. p. 67.

⁵⁹ Idem, *ibidem*, 72.

procura construir soluções justas, pensadas à luz da concretude dos casos. Vale dizer: o processo não é só um instrumento do direito material, mas, em alguns casos, é também um momento constitutivo deste, sendo a atividade jurisdicional sempre e em alguma medida, criadora da normatividade estatal.⁶⁰

Cumpra saber, entretanto, se a realização da “justiça no caso concreto” significa o mesmo que julgar com base na equidade.

Segundo CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA⁶¹, a equidade se prestaria para eliminar a distância entre a abstração da norma e a concretude do julgado, pois faz parte da natureza do equitativo uma correção da lei na medida em que sua “universalidade” a deixa incompleta.

Neste particular, cumpre ressaltar que uma coisa é aplicar a lei com equidade (atividade intrínseca e imanente ao próprio ato de julgar). Outra, bem diferente, é substituir totalmente o critério de juridicidade – cristalizado nas regras e princípios do ordenamento jurídico – pelo uso isolado do critério de equidade.

De acordo com julgado recente do STJ, oriundo da área fiscal, o direito tributário admite na *aplicação* da lei tributária o instituto de equidade, que seria a *justiça no caso concreto*.⁶²

Além do obstáculo representado pelo caráter geral das normas (ou seja, da sua “universalidade”), existem, também, dificuldades lingüísticas, pois os significados expressos na língua jurídica empregada na aplicação operativa do direito são tão ambíguos e opináveis que há permanente necessidade de contextualizá-los, pela

⁶⁰ MITIDIERO, Daniel Francisco. **Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro**. Porto Alegre : Livraria do Advogado Editora, 2005. p. 72-73.

⁶¹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. **Do formalismo no processo civil**. 2. ed., São Paulo : Saraiva, 2003. p. 266.

⁶² BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 617.081. Relator: Luiz Fux. 1ª Turma. j. 20/04/2006, DJU 29/05/2006.

inserção no contorno fático específico da causa, para se extrair a decisão justa e adequada do caso concreto, especialmente com a ajuda dos princípios.⁶³

Outro aspecto a ser sublinhado, que também diz respeito ao tema em apreço, é a determinação do alcance dos direitos fundamentais e dos princípios que colidam entre si no caso em julgamento, da ponderação dos princípios e da determinação do que deva prevalecer para a justiça do caso, consoante a aplicação da máxima da proporcionalidade. Aliás, além de conflitarem, os princípios podem também complementar-se (numa espécie de concordância ou harmonização) ou delimitar-se entre si.⁶⁴

Na conhecida visão de Robert Alexy, a otimização por meio de princípios dá-se em consonância com as possibilidades jurídicas e fáticas, analisando-se as particularidades da situação examinada.

Com efeito, deixa de interessar à sociedade organizada apenas a melhor interpretação: é preciso buscar *a melhor interpretação para cada caso concreto*. Torna-se necessário, cada vez mais, buscar soluções específicas para casos específicos. Do contrário, com a utilização apenas de critérios jurídicos apartados das pautas éticas, as soluções estarão cada vez mais distantes do ideal de justiça presente no corpo social, fato que propicia insegurança para o sistema jurídico estabelecido na respectiva comunidade.⁶⁵

Neste contexto, no qual o magistrado está preocupado com o resultado da sua atividade, muitas vezes as medidas praticadas levarão em conta uma ótica conseqüencialista, que não desprezará, obviamente, as próprias lacunas axiológicas do sistema. Um exemplo pode facilitar a compreensão da presente assertiva.

⁶³ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. **Do formalismo no processo civil**. 2. ed., São Paulo : Saraiva, 2003. p. 267.

⁶⁴ Idem, ibidem, p. 268.

⁶⁵ MACIEL, José Fábio Rodrigues. **Teoria geral do direito: segurança, valor, hermenêutica, princípios, sistema**. Saraiva: São Paulo, 2004. p. 80.

A Lei 8.245/91, que se ocupa das locações de imóveis urbanos e dos procedimentos a elas inerentes, prevê em seu art. 63, § 2º, que no caso de despejo envolvendo estabelecimento de ensino autorizado pelo Poder Público, será respeitado um prazo mínimo de seis meses a um ano, cabendo ao juiz proceder de modo que a desocupação coincida com o período de férias escolares.

A finalidade do dispositivo legal, obviamente, é proteger o período letivo e evitar que os estudantes sofram prejuízos acadêmicos com a desocupação do imóvel.

Imagine-se, entretanto, uma situação que não diga respeito propriamente a um despejo, mas sim a uma desocupação determinada no bojo do procedimento possessório. Pergunta-se: haveria respaldo para a aplicação do dispositivo supracitado, ainda que analogicamente?

Defende-se que a resposta seria positiva, até porque tal integração da lacuna axiológica consagra no âmbito processual a função social do direito prevista no art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, cujo teor preceitua que na aplicação da lei o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

Embora tal exegese não esteja imune às críticas, é preciso compreender que o processo contemporâneo, inspirado na matriz constitucional de uma sociedade mais livre, justa e solidária, não figura apenas como método ou mesmo como repositório da jurisdição, mas sim como instrumento de pacificação e de justiça social.

1.10 DA CERTEZA PARA A NÃO-SURPRESA (PREVISIBILIDADE)

Em tempos nos quais a idéia estrita de “legalidade” é substituída pela de “juridicidade” – que abarcaria, além das regras, também os princípios jurídicos – pode-se dizer que as

pautas de conduta, nos dias de hoje, não se confundem necessariamente com a letra da lei.⁶⁶

Embora o direito ainda esteja intrinsecamente ligado à busca de “segurança”, não se pode negar que na atualidade este valor vem atravessando uma crise de identidade, pois a doutrina contemporânea o associa muito mais à idéia de *previsibilidade* do que a de manutenção do *status quo*.⁶⁷

Isso porque, há algum tempo, o magistrado se libertou dos grilhões impostos pelos primórdios do Estado Liberal – no qual se limitava a desempenhar o papel de “boca que pronuncia as palavras da lei” – para buscar, numa atuação mais livre e criativa – propiciada pelas cláusulas gerais, princípios e novos horizontes interpretativos – a solução mais justa e adequada para o caso concreto.

Com efeito, os parâmetros das decisões judiciais hoje são mais flexíveis e o valor “segurança”, erigido como pedra angular do Estado Liberal, vem cedendo à maior “maleabilidade” na aplicação do direito, sem, contudo, desaparecer.⁶⁸

Nesse contexto, o que traz a real estabilidade do sistema jurídico não é a *certeza* sobre a decisão que será tomada, e sim a *não-surpresa (previsibilidade)* sobre o conteúdo das decisões prolatadas, que deverá estar limitada pelos princípios jurídicos e, em último caso, pelos direitos fundamentais. Com isso, o direito fica apto a atender às novas demandas suscitadas pela coletividade, pois oferece maior margem de liberdade ao julgador em busca do ideal de justiça referente à comunidade em que atua.⁶⁹

⁶⁶ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória - recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória:** o que é uma decisão contrária à lei? São Paulo : Revista dos Tribunais, 2002. p. 8.

⁶⁷ Idem, *ibidem*, p. 9.

⁶⁸ Idem, *ibidem*.

⁶⁹ MACIEL, José Fábio Rodrigues. **Teoria geral do direito:** segurança, valor, hermenêutica, princípios, sistema. São Paulo : Saraiva, 2004. p. 3.

É preciso, portanto, que o sistema jurídico esteja aberto às interpretações corretivas, conciliando estabilidade e flexibilidade para fazer frente às exigências de um panorama mutante.

Há quem critique a posição ora sustentada, sob a justificativa de que tal estado de coisas pode gerar uma “ditadura do Judiciário”.

Em que pese a autoridade de tal concepção, trata-se de argumento “ad terrorem” que só impressiona os incautos, pois o ditador – ao contrário do juiz – não é obrigado a motivar suas decisões. E a motivação, como é cediço, serve exatamente para propiciar o controle e a própria revisão dos provimentos judiciais.

A insegurança, hoje, não é mais o excesso estatal, a ingerência do Estado na esfera individual, mas, sim, a sua inércia, a deficiência de seus instrumentos, a insuficiência da atuação pública, consectária de um Estado mínimo preconizado pelo neoliberalismo.⁷⁰

1.11 DA “SEGURANÇA PELA SEGURANÇA” PARA A “SEGURANÇA COM EFETIVIDADE”

A Carta Maior de 1988 fez expressa adoção da segurança jurídica, como se pode extrair, sem grande dificuldade, dos dispositivos que protegem a coisa julgada (art. 5º, XXXVI), o contraditório e ampla defesa (art. 5º, LV), a regra de que ninguém será privado de sua liberdade e de seus bens até que se esgote o devido processo (art. 5º, LIV) etc.⁷¹

⁷⁰ CUNHA, Rosanne Gay. **O princípio da vedação de insuficiência: uma visão garantista positiva do processo civil**. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/edicao_011/rosane_cunha.htm>. Acesso em: 03 jul. 2007. p. 5.

⁷¹ RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos de direito processual civil**, Vol.1.3.ed. São Paulo: RT, 2003. p. 93.

Mas, por outro lado, em pé de igualdade, não menos importante se mostra a preocupação do constituinte com a efetividade processual, ao dizer que “todos têm o direito de acesso ao Poder Judiciário contra lesões ou ameaças aos seus direitos”.⁷²

Só existe um problema que, diga-se de passagem, não é exclusivo do processo: nem sempre os valores constitucionalmente assegurados conseguem, na prática, conviver harmoniosamente⁷³. No caso dos princípios da segurança e da efetividade, há uma constante tensão entre eles, o que muitas vezes exige a aplicação da máxima da proporcionalidade.

Diante de cada caso, acabará predominando um princípio ou outro e, na melhor proporção possível, deve-se buscar uma solução que atenda ao postulado objetivado pelo interesse público, no sentido justo, de fazer justiça, sem sacrificar completamente o postulado que foi preterido.⁷⁴

O *equilíbrio de exigências conflitantes*, que compete à técnica processual, consiste na coordenação dos diversos escopos do processo. Fala-se em exigências de ‘justiça e celeridade’, ou de ‘celeridade e ponderação’, mas sempre o que se tem é isso: a necessidade de dotar o processo de meios tais que ele chegue o mais rapidamente possível a proporcionar a pacificação social no caso concreto, sem prejuízo da qualidade de decisão. A boa qualidade da decisão constitui, por um lado, fidelidade ao direito material (aí o escopo jurídico), mas também, acima disso, penhor da justiça das decisões. Toda a tessitura de princípios e garantias constitucionais do processo (com destaque para a do *due process of law*) é predisposta à efetiva fidelidade aos desígnios do direito material.⁷⁵

Sendo o processo um instrumento de índole técnica, que deve dar razão a quem tem razão, e um instrumento técnico que deve assegurar segurança e efetividade e que

⁷² RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos de direito processual civil**, Vol.1.3.ed. São Paulo: RT, 2003. p. 93.

⁷³ Idem, *ibidem*.

⁷⁴ Idem, *ibidem*.

⁷⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996. p. 318.

recebe influxos ideológicos do direito material (técnica a serviço do direito material), é fácil de se perceber que os valores segurança e efetividade foram agraciados com técnicas diferentes de tutela. Trata-se de técnicas de *tutela da segurança jurídica* e de técnicas de *tutela de efetividade jurídica*. Certamente que as primeiras é que dominaram o plexo de normas processuais, visto que a tendência à efetividade é recente, e sabe-se que deriva de um conjunto de fatores sociais, políticos, econômicos etc. que obrigam a ocorrência de uma revitalização do processo, o qual há muito tempo perdeu sua própria identidade.⁷⁶

Sobre o tema das técnicas processuais, é significativa a contribuição de CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO:

À técnica processual, como 'predisposição ordenada dos meios destinados à realização dos escopos processuais', compete ditar soluções capazes de compatibilizar a busca dos diversos escopos reconhecidos e propiciar a obtenção de cada um deles, dando preponderância ao aspecto mais relevante e conveniente de cada caso. A técnica, enquanto técnica, é ideologicamente neutra, mas toda técnica processual há de ser ditada e construída segundo a visão dos objetivos a serem alcançados.⁷⁷

Antes mesmo das sucessivas alterações legislativas ocorridas no nosso ordenamento, o sistema processual já contemplava algumas técnicas processuais voltadas à efetividade, como o julgamento antecipado da lide, o procedimento sumário, a ficção jurídica do art. 319 do CPC e, por que não dizer, algumas "ações" com *procedimentos diferenciados* que levam em consideração o direito postulado em juízo e o caráter de urgência, tais como o *mandado de segurança* e a ação popular.⁷⁸

Ocorre, entretanto, que a excessiva morosidade processual provocou um forte clamor social, que acabou conduzindo a alterações no plano infraconstitucional e constitucional. Neste último domínio, merece destaque a EC nº 45/04, que introduziu o inc. LXXVIII no art. 5º da Carta Magna, cujo texto estampa que "a todos, no âmbito

⁷⁶ RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos de direito processual civil**, v.1.3.ed. São Paulo: RT, 2003. p. 93.

⁷⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996. p. 317.

⁷⁸ Idem, *ibidem*.

judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Assim, se durante a maior parte do século XX houve uma preocupação mais acentuada com a segurança, pode-se dizer que mais recentemente o legislador vem tentando concretizar também o postulado constitucional da efetividade. Nesse passo, as recentes reformas na Constituição e no Código do processo Civil corroboram tal assertiva.

Com efeito, na atualidade não se justifica a busca da “segurança pela segurança”, com um apego exacerbado às regras jurídicas mesmo quando iníquas ou desvencilhadas de princípios e garantias constitucionais subjacentes. É preciso fomentar, outrossim, uma preocupação mais intensa com os resultados do processo, não só no plano da aceitação moral das decisões⁷⁹, mas também no aspecto da efetividade.

Destarte, segurança e efetividade não são valores/princípios antagônicos ou excludentes. Partindo-se da premissa de que nenhum deles é absoluto, defende-se, aqui, a possibilidade de conciliação entre ambos, mas desde que o intérprete abandone a visão maniqueísta da “segurança pela segurança”, substituindo-a pela concepção da “segurança com efetividade”.

Por fim, cumpre enfatizar que a conciliação da *efetividade* com a *boa técnica processual* é plenamente possível. Neste sentido, inclusive, aponta a lição de JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA⁸⁰:

[...] o que acima de tudo importa é denunciar a falsa idéia da oposição entre o empenho de efetividade com a boa técnica. [...] efetividade e técnica não são valores contrastantes ou incompatíveis, que dêem origem a preocupações reciprocamente excludentes, senão, ao contrário, valores complementares, ambos os quais reclamam a nossa mais cuidadosa atenção. Demonstram também que a técnica bem aplicada pode constituir instrumento precioso a serviço da própria efetividade. Tais os termos em que se deve formular a equação. Ponhamos em relevo o papel instrumental da técnica; evitemos

⁷⁹ BRASIL JÚNIOR, Samuel Meira. **Justiça, direito e processo**: a argumentação e o direito processual de resultados justos. São Paulo : Atlas, 2007. p. 117.

⁸⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Notas sobre o problema da efetividade do processo. **Revista ajuris**, Porto Alegre, n. 44, 1995. p.159-160.

escrupulosamente quanto possa fazer suspeitar de que, no invocá-la, se esteja dissimulando mero pretexto para reentronização do velho e desacreditado formalismo; demos a cada peça do sistema o lugar devido, na tranqüila convicção de que, no mundo do processo, há pouco espaço para absolutos, e muito para o equilíbrio recíproco de valores que não deixam de o ser apenas porque relativos.

1.12 O RECONHECIMENTO DAS LACUNAS ONTOLÓGICAS E AXIOLÓGICAS

Não é segredo para nenhum estudioso do direito que, nos últimos anos, o Código de Processo Civil de 1973 vem experimentando diversas alterações, havendo certo consenso na doutrina de que todas elas valorizaram, na medida do possível, a tão desejada efetividade processual.

A Lei nº 1.533/51, por outro lado, continua ostentando – com algumas alterações pontuais – praticamente o mesmo texto da época da sua publicação. Ocorre, entretanto, que se em outros tempos o diploma legislativo em questão já foi exemplo de celeridade e de efetividade – servindo de modelo, inclusive, para algumas alterações do CPC – na atualidade é perceptível um certo descompasso entre o procedimento do mandado de segurança e o processo comum, ao menos no tocante à busca por institutos compatíveis com as novas demandas jurisdicionais.

Ao contrário do que se possa imaginar, esse processo de “envelhecimento” dos textos legais não é privilégio ou exclusividade da Lei acima e das outras referentes ao *writ*. No processo trabalhista, também, estudos bastante recentes vêm demonstrando a mesma preocupação, até porque a Consolidação das Leis do Trabalho, como é cediço, foi editada em 1943.

Em virtude da própria perplexidade gerada por esse estado de coisas, a doutrina começou a se mobilizar em busca de alternativas para solucionar o impasse. E acabou encontrando, na teoria das lacunas, uma resposta plausível para algumas indagações.

Nas palavras de MARIA HELENA DINIZ⁸¹, são 03 (três) as principais espécies de lacunas, a saber: **i) normativa**, quando se tiver ausência de norma sobre determinado caso; **ii) ontológica**, quando há desajustamento entre os fatos e as normas, isto é, se houver norma, mas ela não corresponder aos fatos sociais; **iii) axiológica**, nas situações de ausência de norma justa, ou seja, quando há lei aplicável ao fato, mas ante a injustiça ou inconveniência que sua aplicação traria, deve ser afastada.

A partir do conhecimento dos tipos de lacunas, já é possível compreender as palavras de LUCIANO ATHAYDE CHAVES⁸², segundo o qual

Precisamos avançar na teoria das lacunas do direito (quer sejam de natureza normativa, axiológica ou ontológica), a fim de reconhecer como incompleto o microsistema processual trabalhista (ou qualquer outro) quando – ainda que disponha de regramento sobre determinado instituto – este não apresenta fôlego para o enfrentamento das demandas contemporâneas, carecendo da supletividade de outros sistemas que apresentem institutos mais modernos e eficientes.

A partir de tal escólio, é preciso repensar o próprio conceito de lacuna, de maneira a possibilitar a heterointegração dos subsistemas do Código de Processo Civil e da Lei nº 1.533/51, o que pode ser implementado mediante transplante de normas daquele, sempre que isso implicar maior efetividade deste.

A heterointegração ora defendida pressupõe, portanto, existência não apenas das tradicionais lacunas normativas, mas também das lacunas ontológicas e axiológicas. Por outras palavras, o “diálogo das fontes” supracitadas pressupõe a releitura de um dos critérios de solução de antinomias, segundo o qual “a lei especial prevalece sobre a lei geral” para permitir a aplicação subsidiária do CPC também quando a norma da Lei

⁸¹ DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 437.

⁸² CHAVES, Luciano Athayde. **A recente reforma no processo comum**: reflexos no direito judiciário do trabalho. São Paulo: Ltr, 2006. p. 28-29.

nº 1.533/51 apresentar manifesto “envelhecimento”, que, na prática, impeça ou dificulte a prestação jurisdicional justa e efetiva no bojo do procedimento especial.

Por isso, é imperioso que o intérprete, ao se deparar com as lacunas supracitadas, integre-as com as normas do CPC sempre que estas forem compatíveis com a essência constitucional do *mandamus* e sirvam para potencializar a sua efetividade. A propósito do assunto, cumpre transcrever a lição do processualista EDUARDO TALAMINI⁸³:

Com isso, não se quer afirmar a pura e simples aplicabilidade ao mandado de segurança de todas as regras do Código. Não incide, obviamente, nenhum dos dispositivos que sejam incompatíveis com a essência constitucional do mandado de segurança: instrumento célere, de cognição sumária e ‘eficácia potenciada’. Assim, por exemplo, não se pode pretender a aplicação das normas do Código acerca da produção de provas orais ou periciais, em face da exigência de prova preconstituída apta a caracterizar o ‘direito líquido e certo’. Mas, por outro lado, é imperativa a incidência subsidiária das normas do Código que se prestem a realçar os atributos constitucionais do mandado de segurança – especialmente as que sirvam para conferir maior efetividade à tutela através dele gerada. Trata-se de considerar a diretriz pela qual os direitos e garantias fundamentais devem ser otimizados, de modo a receber o máximo de eficácia possível.

Diante da constatação da existência de lacunas ontológicas e axiológicas, é possível utilizar a teoria das lacunas para justificar o “diálogo” entre o CPC e a Lei nº 1.533/51, impondo-se uma releitura do critério de solução de antinomias segundo o qual “a lei especial prevalece sobre a lei geral” para permitir a aplicação subsidiária do CPC também quando a norma da Lei nº 1.533/51 – embora específica – não tiver acompanhado a evolução social e legislativa e isso possa comprometer a obtenção de uma tutela jurisdicional adequada.

⁸³ TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer** : e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 E 461-A, CDC art. 84). 2. ed. ver. atual. e ampl. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 448.

2 EFETIVIDADE PROCESSUAL

2.1 EFETIVIDADE OU EFICÁCIA?

O conhecimento científico, ao contrário do conhecimento ordinário, pressupõe rigor na linguagem.

Por isso, o cientista deve fazer ingente esforço para se livrar das falácias da ambigüidade e da vagueza dos signos (vícios constantes do pensamento vulgar), com o objetivo de outorgar maior precisão ao discurso científico.⁸⁴

Para os fins do presente trabalho, cumpre distinguir os termos “eficácia” e “efetividade”, até mesmo para apurar se a terminologia empregada nesta dissertação (princípio da “efetividade”) possui respaldo no plano semântico e científico.

Uma primeira posição, bastante respeitável, defende que a produção dos efeitos desejados pelo processo mais se identifica com a “eficácia” deste. Neste sentido, cumpre reproduzir a lição de WILLIAN COUTO GONÇALVES⁸⁵:

[...] por fim, o direito a que se faça cumprir aquilo que se pediu e que o Estado concedeu, por meio de um comando, quer condenatório, quer mandamental (efetividade em seu terceiro estágio), que, quando atua na situação fática que fez provocar a jurisdição, mais se identifica com *eficácia*, ou seja, produz o efeito desejado” (sem grifos no original).

Segundo se pode extrair das idéias do processualista acima referido, “efetivo” seria apenas “aquilo que existe de fato”; eficaz, por outro lado, seria algo que produz o efeito desejado.

⁸⁴ MOUSSALLEM, Tárek Moysés. **Fontes do direito tributário**. 2. ed. São Paulo : Noeses, 2006. p. 8.

⁸⁵ GONÇALVES, Willian Couto. **Garantismo, finalismo e segurança jurídica no processo judicial de solução de conflitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 38-39.

Em que pese o brilho de tal concepção, não é essa a orientação seguida no presente estudo.

Isso porque os vocábulos “efetivo” e “efetividade” são palavras polissêmicas, isto é, possuem vários significados ou acepções, não se restringindo, apenas, ao sentido de “aquilo que existe de fato”.

A versão eletrônica do dicionário HOUAISS⁸⁶, por exemplo, registra outras acepções para o vocábulo “efetivo”, que são as seguintes: 1) capaz de produzir um efeito real; 2) capaz de produzir o seu efeito habitual; apto a agir ou a funcionar normalmente; 3) que realmente atinge o seu objetivo; 4) positivo, bem-sucedido; 5) o que realmente existe ou funciona.

O mesmo léxico⁸⁷ define “efetividade” como o “caráter, virtude ou qualidade do que é efetivo”. Elenca, a seguir, outras 06 (seis) acepções gerais para o vocábulo, que são as seguintes: **1)** faculdade de produzir um efeito real; **2)** capacidade de produzir o seu efeito habitual, de funcionar normalmente; **3)** capacidade de atingir o seu objeto real; **4)** realidade verificável; existência real; incontestabilidade; **5)** disponibilidade real; **6)** possibilidade de ser usado para um fim.

Como se pode perceber, sob o prisma semântico não se justifica a crítica utilizada por alguns doutrinadores ao uso do substantivo feminino “efetividade”, ao invés de “eficácia”.

Ultrapassada a perquirição dos significados usuais dos termos “eficácia” e “efetividade”, cumpre saber se, na acepção técnico-jurídica, há alguma diferença entre elas.

De acordo com EDUARDO JOSÉ DA FONSECA COSTA, a resposta é positiva. Segundo o referido estudioso:

⁸⁶ HOUAISS, Antônio. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. Disponível em: <http://v.houaiss.uol.com.br>. Acesso em: 06/07/2007.

⁸⁷ Idem, ibidem.

Eficácia (noção lógico-normativa) significa tanto o plexo das situações jurídicas quanto a aptidão dos atos jurídicos para a produção de efeitos no mundo fático. Já o termo *efetividade* (noção empírico-normativa) significa o grau de materialização de preceitos normativos no mundo fático.⁸⁸

Merece ser reproduzida, também, a lição de EDUARDO GARCIA DE ENTERRIA⁸⁹:

Os atos jurídicos comportam análise segundo sua existência, validade e eficácia. Essa última, que interessa sobremaneira ao tema, consiste na aptidão para produzir os efeitos desejados. Não se insere no seu âmbito verificar se tais efeitos realmente se produzem. É nesse plano da realidade que se vai encontrar a *efetividade* ou eficácia social da norma. Segundo Enterría, *efetividade* significa, portanto, a realização do direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o *dever-ser* normativo e o ser da realidade social.

Na ótica de ENTERRIA, portanto, enquanto a *eficácia* diz respeito à aptidão ou capacidade (em estado de potência) para a produção dos efeitos pretendidos, a *efetividade*, por sua vez, diz respeito ao grau de materialização, no mundo empírico, da conduta prevista no ordenamento jurídico.

Quer por se tratar de *termo* consagrado na esfera doutrinária e jurisprudencial, quer por gozar de indiscutível respaldo no plano semântico e também científico, o presente trabalho, quando estiver se referindo à produção concreta de resultados no plano do direito material, utilizará o vocábulo “efetividade” (e não “eficácia”).

Parece respaldar a idéia ora defendida a Declaração Universal dos Direitos do Homem, cujo art. VIII estampa que “*todo homem tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei*”.

⁸⁸ COSTA, Eduardo José da Fonseca. As noções jurídico-processuais de eficácia, efetividade e eficiência. **Revista de processo**: São Paulo, n° 121, mar. 2005. p. 275.

⁸⁹ Apud GEBRAN NETO, João Pedro. **A aplicação imediata dos direitos e garantias individuais**: a busca de uma exegese emancipatória. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 124.

Observe-se que o dispositivo em questão não fala em “remédio eficaz”, mas em sim em “remédio efetivo”, aspecto indicativo de que também há respaldo no plano internacional para a posição sustentada na presente pesquisa.

2.2 ADVERTÊNCIA NECESSÁRIA

Conforme lição de prestigiada doutrina⁹⁰, não há hierarquia entre os princípios constitucionais, razão pela qual as eventuais tensões entre eles devem ser resolvidas pela via da ponderação, de acordo com as sutilezas do caso concreto.

Portanto, embora o corte metodológico deste trabalho esteja abordando o mandado de segurança individual repressivo sob o prisma do princípio da efetividade, isso não significa que este postulado *sempre* preponderará, quando entrar em rota de colisão com outros postulados.

Em outras palavras, não se trata a efetividade de um princípio *apriorístico*, que *sempre* prevalecerá na análise dos casos concretos.

Apenas se ressalta que, como direito fundamental que é, a efetividade não pode ser simplesmente desconsiderada no momento da aplicação do direito (como se fora uma mera recomendação ou sugestão), mormente quando é cediço que os princípios norteiam a interpretação das demais normas jurídicas.

Diante de tais circunstâncias, foram escolhidas algumas situações (de acordo com a experiência prática do pesquisador, devidamente guiado pelo orientador) nas quais o princípio da efetividade *pode* propiciar – caso venha a preponderar na análise da

⁹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil, volume 1** : teoria geral do processo. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2006. p. 52.

situação específica – um resultado mais satisfatório no sentido da realização empírica das previsões contidas no plano do direito material.

2.3 ACESSO À JUSTIÇA E EFETIVIDADE: PRIMEIRAS LINHAS

Uma pesquisa vigorosa coordenada nas décadas de 1960 e 1970 pelos professores MAURO CAPPELLETTI e BRYANT GARTH celebrizou o tema do acesso à justiça, exercendo notável influência entre os estudiosos e fundando um novo modo de encarar a prestação jurisdicional⁹¹.

Esses autores enfrentaram o problema através da identificação dos óbices ao acesso à justiça, propugnando por ondas renovatórias, que podem ser sintetizadas nas idéias de assistência judiciária, representação de interesses coletivos (*lato sensu*) e aquilo que se usou chamar de “novo enfoque de acesso à justiça”, que consiste, em verdade, numa proposta de reformulação geral dos meios de solução dos conflitos, com especial ênfase nos meios alternativos.

Fala-se hoje, numa dimensão praticamente planetária, do denominado “movimento de acesso à justiça”, que nada mais faz do que introduzir na esfera das ciências sociais uma perspectiva nova: aquela dos *usuários* ou *consumidores* da justiça.

MAURO CAPPELLETTI, em escólio memorável⁹², sintetiza bem as idéias acima expostas, senão, vejamos:

Trata-se do movimento no sentido de ver o Direito e a Justiça não mais no quadro da concepção tradicional – a concepção oficial dos que criam o direito, governam, julgam e administram –, mas sobretudo no quadro da concepção bem mais democrática, a dos consumidores do Direito e da Justiça.

⁹¹ GALDINO, Flávio. A evolução das idéias de acesso à justiça. In SARMENTO, D.; GALDINO, F. (Orgs.). **Direitos fundamentais**: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro : Renovar, 2006. p. 448.

⁹² CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes irresponsáveis?**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1989. p. 91.

Este novo enfoque pretende converter o que seria uma simples garantia formal do direito de ação em uma garantia substancial de acesso à justiça – entendida como acesso à ordem jurídica justa.

Acerca do tema, apresenta-se bastante esclarecedora a lição de LUIZ GUILHERME MARINONI⁹³:

[...] Acesso à justiça quer dizer acesso a um processo justo, a garantia de acesso a uma justiça imparcial, que não só possibilite a participação efetiva e adequada das partes no processo jurisdicional, mas que também permita a efetividade da tutela dos direitos, consideradas as diferentes posições sociais e as específicas situações de direito substancial.

Para os fins que norteiam o presente estudo, também se afiguram relevantes as idéias de LEONARDO GRECO⁹⁴, que ao dissertar sobre o acesso à justiça pontifica:

O acesso à justiça, como direito fundamental, corresponde ao direito que cada cidadão tem individualmente ao exercício da função jurisdicional sobre determinada pretensão de direito material, sobre o mérito do seu pedido. Esse direito não pode ser frustrado por obstáculos irrazoáveis, a pretexto de falta de condições da ação ou de pressupostos processuais [...].

Esse novo modo de pensar é reforçado pela vigorosa ascensão do modelo normativo principiológico – o direito dos princípios –, não tardando o reconhecimento no texto constitucional (mais precisamente no art. 5º, inc. XXXV, da Constituição Republicana de 1988) do princípio do acesso à justiça.⁹⁵

A efetividade, por sua vez, é um importantíssimo princípio constitucional relacionado diretamente com a promessa constitucional de acesso à justiça.⁹⁶

Isso porque de nada valeria assegurar o mais amplo acesso à justiça se o jurisdicionado, ao fim e ao cabo, não obtivesse a tutela jurisdicional ou, na situação

⁹³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. 3. ed. São Paulo : Malheiros Editores, 1999. p.28.

⁹⁴ GRECO, Leonardo. **Estudos de direito processual**. Campos dos Goytacazes : Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005. p. 230.

⁹⁵ Idem, ibidem, p. 449.

⁹⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo : Malheiros Editores, 2006. p. 50.

mais corriqueira na atualidade, viesse a recebê-la de forma intempestiva ou despida de qualquer utilidade prática.

Ao comentar o art. 24 da Constituição Italiana – que contempla o princípio da efetividade da tutela jurisdicional – LUIGI PAOLO COMOGLIO⁹⁷⁻⁹⁸ assevera que:

Al di là di ogni diatriba teórica, il problema cruciale dell' accesso allá giustizia sta, in ultima analisi, nell' effettività della tutela giudiziaria. Non basta riconoscere in astratto, la 'libertà di agire' e garantire a 'tutti', almeno formalmente, l'occasione di esercitarla, proponendo al giudice la domanda di tutela.

Por tal razão, LUIZ GUILHERME MARINONI deixa expresso que “o art. 5º, XXXV, da Constituição da República, não só garante o direito de acesso à justiça, mas igualmente o direito à efetividade e à tempestividade da tutela jurisdicional”.⁹⁹

Impõe-se, portanto, que o processo seja dotado de efetividade, isto é, que possa dar e permitir, no plano dos fatos, exatamente aquilo que se teria caso ele, o processo, não fosse necessário.¹⁰⁰

Quando se fala em *efetividade do processo*, ressalta-se que este deve ser entendido como *meio* de solução de controvérsias, mediante a atuação do Estado; ele tem de produzir resultados práticos e não criar mais problemas e mais dificuldades, além daqueles já apresentados pelos interessados na solução do litígio.¹⁰¹

JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, um dos maiores expoentes brasileiros acerca do tema, preleciona que “efetividade da tutela jurisdicional significa a maior

⁹⁷ Isto é “para além de toda diátribe teórica, o problema crucial do acesso à justiça está, em última análise, na efetividade da tutela judiciária. Não basta reconhecer, de modo abstrato, a ‘liberdade de agir’ e garantir a ‘todos’, pelo menos formalmente, a ocasião de exercitá-la, apresentando ao juiz o pedido de tutela”.

⁹⁸ COMOGLIO, Luigi Paolo. **Commentario della costituzione, a cura di G. Branca**. Bologna-Roma : Zanichelli-Foro Italiano, 1981. p. 10.

⁹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença**. 2. ed. São Paulo : RT, 1998. p. 160.

¹⁰⁰ RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos de direito processual civil**, v.1.3.ed. São Paulo: RT, 2003. p. 93.

¹⁰¹ BUENO, Cássio Scarpinella. **A nova etapa da reforma do código de processo civil, Volume 1**. São Paulo : Saraiva, 2006. p. XVIII.

identidade possível entre o resultado do processo e o cumprimento espontâneo das regras de direito material".¹⁰²

O processo efetivo, neste contexto, seria aquele com reais efeitos vinculados à realização do direito material, através da tutela jurisdicional. A visão parte da tradicional concepção de Chiovenda: "na medida do que for praticamente possível, o processo deve proporcionar a quem tem um direito tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem o direito de obter".¹⁰³

Nas palavras de LUIGI PAOLO COMOGLIO, efetividade significa que todos devem ter pleno acesso à atividade estatal, sem qualquer óbice (*effettività soggettiva*); devem ter a seu dispor meios adequados (*effettività técnica*) para a obtenção de um resultado útil (*effettività qualitativa*) e suficiente para assegurar aquela determinada situação da vida reconhecida pelo ordenamento jurídico material (*effettività oggettiva*).¹⁰⁴

Como se pode perceber, enquanto alguns autores analisam a *efetividade* focalizando sobretudo os *resultados* da atividade jurisdicional, outros focalizam também os *meios* predispostos para obtê-los. Esta segunda posição parece ser a mais apropriada para os fins ora colimados, pois dificilmente se poderá chegar ao resultado pretendido sem a utilização de um instrumental técnico suficiente e adequado. Como oferecer uma tutela de urgência, por exemplo, se o ordenamento não conta com técnicas destinadas a antecipar os efeitos do provimento final?

Com efeito, se as técnicas eventualmente utilizadas (ou seja, os *meios*) poderão influenciar decisivamente o *resultado final*, é preciso dedicar-lhes alguma atenção. Se fosse possível comparar o magistrado ao enxadrista, seria possível fazer a seguinte analogia: não basta antever a finalidade desejada (xeque-mate); é preciso, outrossim,

¹⁰² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada**: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização). 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001. p. 24.

¹⁰³ Apud MENDONÇA JUNIOR, Delosmar. **Princípios da ampla defesa e da efetividade do processo civil brasileiro**. São Paulo : Malheiros, 2001. p. 68.

¹⁰⁴ COMOGLIO, Luigi Paolo. Giurisdizione e processo nel quadro delle garanzie costituzionali. In: **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Ano XLVIII, 1994, p. 1.070.

conhecer a melhor maneira de movimentar as peças no tabuleiro para obter o resultado pretendido. Sem isso, as atividades do julgador e do enxadrista estarão fadadas ao fracasso no tocante ao alcance do resultado almejado.

Nessa ordem de idéias, todo e qualquer processo tem uma finalidade: servir de instrumento, é claro, mas servir de instrumento de modo que, ao seu final, seja possível dar razão a quem tem razão e, ao mesmo tempo, efetivar, tornar prática e real essa razão. Em outras palavras e trocando em miúdos: é finalidade do processo dar segurança e efetividade.¹⁰⁵

Porém, nos dias de hoje, esses dois fins, segurança e efetividade, postulados (princípios) constitucionais do processo, nem sempre andam juntos.¹⁰⁶

A conciliação do binômio segurança-efetividade não é tarefa fácil, justamente em virtude da inevitável presença do fenômeno tempo. É certo que a segurança jurídica requer um *aumento do tempo*; a efetividade, em contrapartida, uma *diminuição* do tempo.¹⁰⁷ Mas, conforme foi ressaltado no *item 1.11* deste trabalho, segurança e efetividade não são necessariamente valores/princípios antagônicos ou excludentes. Partindo-se da premissa de que nenhum deles é absoluto, defende-se, aqui, a possibilidade de conciliação entre ambos, mas desde que o intérprete abandone a visão maniqueísta da “segurança pela segurança”, substituindo-a pela concepção da “segurança com efetividade”.

De acordo com ENRIQUE VESCOVI, “la sfida consiste nel trovare formule che siano allo stesso tempo urgenti ed efficienti, com le garanzie del dovuto processo legale, compreso il rispetto al diritto di difesa”^{108, 109}.

¹⁰⁵ RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos de direito processual civil**, v.1.3.ed. São Paulo: RT, 2003. p. 92..

¹⁰⁶ Idem, *ibidem*.

¹⁰⁷ PISTILLI, Ana de Lourdes Coutinho Silva. **Mandado de segurança e coisa julgada**. São Paulo : Atlas, 2006. p. 7.

¹⁰⁸ Ou seja, “o desafio consiste em encontrar fórmulas que sejam ao mesmo tempo urgentes e eficientes, com as garantias do devido processo legal, compreendido o respeito ao direito de defesa”.

¹⁰⁹ VESCOVI, Enrique. Dai processi straordinari alla tutela sommaria differenziata (allá ricerca di una maggiore efficienza della giustizia). **Rivista di diritto processuale**, Padova, fasc. 3, p. 789, 1996.

Nas palavras de ANDREA PROTO PISANI¹¹⁰, a efetividade do processo consiste na sua aptidão de alcançar os fins para os quais foi instituído. A partir desse entendimento, o referido autor italiano deixa clara a tendência moderna de dar maior relevância à efetividade dos direitos reconhecidos pela ordem jurídica, com o correspondente sacrifício da segurança obtida com o processo ordinário de cognição plena.¹¹¹

Expostas as contribuições teóricas acerca do tema, cumpre fazer um acordo semântico a fim de que fique clara a concepção deste trabalho acerca da efetividade.

Conquanto a idéia de celeridade também esteja atrelada à efetividade processual, defende-se aqui que esta é *mais* do que a simples *duração razoável do processo*, pois um procedimento rápido nem sempre conduz a resultados satisfatórios no plano do direito material. Explica-se.

Imagine-se, por exemplo, o indeferimento liminar da petição do mandado de segurança pelo juiz (sem aplicação do art. 284 do CPC) porque não foram juntadas as provas necessárias para a demonstração do fato ocorrido. Diante deste cenário, não há como recusar a celeridade procedimental do *mandamus*, mas, por outra banda, foi sonegada à parte não só a oportunidade de emendar a inicial como também a própria possibilidade de o Judiciário manifestar-se sobre a situação controvertida no plano do direito material, com a composição da lide e o conseqüente alívio da tensão social.

Como se pode perceber, nem sempre o “processo rápido” se apresenta efetivo no plano do direito material.

Por isso que se costuma dizer que o “princípio da efetividade do processo” pode ser entendido mais amplamente. Também é por ele que se pode buscar a redução do binômio “direito-processo”, reconhecendo-se o segundo como mero *instrumento* de e

¹¹⁰ PROTO PISANI, Andrea. **Lezione di diritto processuale civile**. 3. ed. Nápoles : Jovene, 1999.

¹¹¹ PROTO PISANI, Andrea. Apunti sulla tutela cautelare nel processo civile. **Rivista di diritto processuale**, 1987.

para a *realização* concreta do primeiro. É daí que vêm os “procedimentos especiais” ou, mais amplamente, a “tutela diferenciada”. É daí que vem o assento constitucional e de direito positivo para o processualista voltar-se a preocupações que estão *fora* do processo; para a busca de finalidades que são *exteriores* ao processo, mormente em um modelo de Estado Social, Democrático e de Direito como é o brasileiro.¹¹²

2.4 A EFETIVIDADE PROCESSUAL É UM MÉTODO DE PENSAMENTO, PREMISSA METOLÓGICA, POSTURA IDEOLÓGICA OU UM DIREITO FUNDAMENTAL COM *STATUS* DE PRINCÍPIO?

Não é raro que os julgadores se vejam diante do dilema de ter que optar pela lei ou por um processo dotado de efetividade, pois não é sempre que o sistema do direito positivo oferece soluções satisfatórias para a materialização, no mundo empírico, da conduta prevista no ordenamento jurídico.

Durante muito tempo, a efetividade foi tratada como *premissa metodológica*, *método de pensamento* (isto é, um novo modo de raciocinar o processo, com vistas à promoção de depuração teleológica na tarefa interpretativa) ou mesmo como *postura ideológica*, pois até então ainda não era aceito o seu caráter principiológico, e, por via reflexa, *normativo*.

Trilhando a vertente teórica mencionada acima, são dignos de menção os esforços empreendidos pela *escola instrumentalista*, que abordou temas como o *acesso à justiça* e a *inafastabilidade do controle jurisdicional* em suas variadas manifestações, os *escopos sociais e políticos do processo* e a *efetividade* deste, os *poderes de iniciativa probatória do juiz*, a *tutela coletiva* etc.¹¹³

¹¹² BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**: teoria geral do direito processual civil, *Volume I*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 148-149.

¹¹³ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**, Vol. I, 3ª edição, Malheiros Editores, São Paulo : 2003. p. 177.

Enquanto *método de pensamento, premissa metodológica* ou *postura ideológica*, o operador do direito poderia utilizar a efetividade ou não, isto é, possuía certa liberdade intelectual para opinar sobre os pontos de partida do seu raciocínio jurídico, que poderia perfeitamente basear-se no modelo tradicional (de cunho acentuadamente formalista) até então vigente.

Ocorre, entretanto, que a doutrina contemporânea vem catalogando o *processo efetivo* entre os *direitos fundamentais*. Neste particular, merecem transcrição as idéias de LUIZ RODRIGUES WAMBIER e TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER:

[...] de nada adiantaria o reconhecimento, no plano constitucional, de um número expressivo de direitos fundamentais, se a seu lado não se garantisse, também, um conjunto de instrumentos eficazes para a sua própria e efetiva realização.

Vale dizer que o *direito à efetividade da jurisdição é um direito fundamental instrumental, pois sua inefetividade compromete a efetividade de todos os outros direitos fundamentais*.¹¹⁴

Embora a lição supracitada seja bastante esclarecedora, é cediço que quando se trata da estrutura das normas de direito fundamental, estas costumam ser divididas em *regras e princípios*.¹¹⁵

É necessário investigar, portanto, se o *direito fundamental à efetividade* possui a estrutura de *regra* ou de *princípio*.

Ao que tudo indica, a *efetividade* possui a estrutura de um princípio, pelas seguintes razões: **i)** estabelece um ideal, um *standart*, um padrão de comportamento desejado;¹¹⁶ **ii)** possui um alto grau de generalidade.

¹¹⁴ WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Breves comentários à 2ª fase da reforma do código de processo civil**: lei 10.352, de 26.12.2001, lei 10.358, de 27.12.2001, lei 10.444, de 07.05.2002. 2. ed. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 23.

¹¹⁵ ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid : Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2002, p. 81.

¹¹⁶ BRASIL JÚNIOR, Samuel Meira. **Justiça, direito e processo**: a argumentação e o direito processual de resultados justos. São Paulo : Atlas, 2007. p. 90.

Por isso, pode-se dizer que a *efetividade processual* possui o *status* de princípio constitucional, do qual não poderá se afastar a lei infraconstitucional nem o julgador, cujas decisões deverão utilizar o postulado em apreço como autêntica pauta hermenêutica.

No sentido de que a efetividade é um princípio, cumpre transcrever a lição de CASSIO SCARPINELLA BUENO:

Sem desconhecer que os princípios jurídicos, normas jurídicas diferentes das regras, não são mais ou menos fortes do que outros, é importante enfatizar a importância – a preponderância – do princípio da efetividade da jurisdição *para o tema de nossas reflexões*. É por ele que se deve *repensar* o processo civil todo de uma perspectiva que, se não é nova, é carente de uma maior reflexão. Para ir direto ao ponto saliente deste *princípio*, o processo civil deve gerar resultados práticos e concretos para aqueles que procuram o Estado-juiz para resolução de seus conflitos de interesses. Quem convence o Estado-juiz de que tem razão deve levar as conseqüências práticas e reais desta sua razão, deste seu convencimento para casa e ir em paz, feliz, satisfeito e o mais rápido possível.¹¹⁷

E se a efetividade passou a ser um princípio, com conseqüente aptidão de regular condutas, o operador jurídico, independente das suas premissas metodológicas, não pode mais desprezá-la no momento de interpretar e aplicar o direito.

E a circunstância de ser um princípio com assento constitucional (inserido, portanto, no denominado “bloco de constitucionalidade”) permite não só a realização de interpretações *de acordo* com a Constituição (“interpretação conforme”, segundo alguns), mas também o próprio controle de constitucionalidade daquelas regras avessas e refratárias à efetividade processual.

Cumpre frisar que a concepção ora defendida, segundo a qual a efetividade seria um princípio, não enfraquece nem desmerece as demais contribuições teóricas. A bem da verdade, acrescenta ao aspecto ideológico e metodológico já mencionados pela doutrina um viés hermenêutico-normativo, capaz de reforçar a necessidade de emprego

¹¹⁷ BUENO, Cássio Scarpinella. **A nova etapa da reforma do código de processo civil, volume 1**: comentários sistemáticos às leis n. 11.187, de 19-10-2005, e 11.232, de 22-12-2005. São Paulo : Saraiva, 2006. p. 271.

dos meios adequados para a obtenção de um processo efetivo, isto é, de resultados satisfatórios no plano do direito material.

2.5 QUAL(IS) O(S) SEU(S) FUNDAMENTO(S) CONSTITUCIONAL(IS)?

Da perspectiva doutrinária, também não é pacífico o fundamento constitucional do princípio da efetividade.

Há quem defenda, por exemplo, que a efetividade encontra previsão no art. 5º, inc. LXXVIII, da Carta Política de 1988, cuja redação trata do princípio da duração razoável do processo.

CASSIO SCARPINELLA BUENO, por sua vez, entende que o postulado em apreço repousa na locução contida no art. 5º, inc. XXXV, da Carta Republicana de 1988, no sentido de que a lei não excluirá nenhuma lesão ou ameaça a direito da apreciação do Poder Judiciário¹¹⁸.

Encampa a mesma orientação o douto processualista LUIZ GUILHERME MARINONI¹¹⁹, que também vislumbra o art. 5º, inc. XXXV, da Carta Magna de 1988 como o assento constitucional do processo efetivo.

DELOSMAR MENDONÇA JUNIOR, por sua vez, extrai o amparo normativo do princípio da efetividade tanto do inc. XXXV quanto do inc. LIV (ambos do art. 5º da Carta Magna de 1988), pois o postulado em apreço decorreria da própria noção de *devido processo legal*. Pelo brilho da contribuição teórica do referido autor, cumpre reproduzi-la para fins de análise:

¹¹⁸ BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**: teoria geral do direito processual civil, *Volume I*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 146.

¹¹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo : RT, 2004. p. 179.

Entendemos que o direito à efetividade do processo decorre tanto do monopólio jurisdicional do Estado, como do direito constitucional de ação e do *due process of law*. O processo “devido” é o processo útil, é o processo efetivo, adequado às peculiaridades da pretensão de direito material. A própria visão instrumental do processo conduz a esta constatação. Vê-se que a efetividade é momento ou “elemento” do devido processo legal, o qual é norma principal que comporta desdobramentos em juiz natural, plenitude de defesa, igualdade, adequados procedimentos e efetividade.¹²⁰

Em que pese o brilho das outras posições teóricas, reputa-se mais adequado o entendimento ora examinado (que será detalhado no próximo tópico desta dissertação).

Bem ponderadas as coisas, percebe-se que embora a Constituição não preveja o princípio em questão de forma *explícita*, há lastro jurídico de sobra para sustentar seu caráter *implícito*, o que não o diminui nem o desmerece.

Além disso, a primeira parte do § 2º do art. 5º da Carta Magna de 1988 também demonstra a possibilidade de acolhimento dos princípios implícitos, ao prever que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados [...]”

2.6 UMA ANÁLISE DA CONTRIBUIÇÃO DE CANOTILHO: A EFETIVIDADE COMO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL ESPECIAL

O constitucionalista português J. J. GOMES CANOTILHO¹²¹, quando estuda o sistema constitucional interno de princípios e regras, procede a um interessante escalonamento das normas constitucionais, levando-se em conta os diferentes graus de concretização ou densidade normativa existentes entre eles. Destacam-se, em primeiro plano, os princípios estruturantes, que são “constitutivos e indicativos das idéias directivas

¹²⁰ MENDONÇA JÚNIOR, Delosmar. **Princípios da ampla defesa e da efetividade do processo civil brasileiro**. São Paulo : Malheiros, 2001. p. 71-72.

¹²¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed., Coimbra: Almedina, 1992. 180-182.

básicas de toda ordem constitucional”. Estes princípios à sua vez “ganham concretização através de outros princípios (ou subprincípios), que ‘densificam’ os princípios estruturantes, iluminando o seu sentido jurídico-constitucional e político-constitucional”. Estes princípios gerais fundamentais podem, por sua vez, “densificar-se ou concretizar-se ainda mais pelos princípios constitucionais especiais” ou por intermédio das regras constitucionais. Assim, os princípios estruturantes, os princípios constitucionais gerais, os princípios constitucionais especiais e as regras constitucionais formam um sistema interno, “que não se desenvolve apenas numa direção, de cima para baixo, ou seja, dos princípios mais abertos para os princípios e normas mais densas, ou de baixo para cima, do conceito para o abstracto. A formação do sistema interno consegue-se mediante um processo-unívoco de ‘esclarecimento recíproco””.

O referido jurista, em arremate, esclarece que todos estes princípios e regras poderão ainda obter maior grau de densidade através da concretização legislativa infraconstitucional e da jurisprudência.¹²²

Veja-se que o *devido processo legal* (art. 5º, LIV, da CF/88) é um *princípio constitucional estruturante* densificado pelo postulado do *acesso à justiça* (art. 5º, XXXV, da CF/88), que ostenta o *status* de *princípio constitucional geral*, concretizado, à sua vez, pelo *princípio constitucional da efetividade*, aqui entendido como *princípio constitucional especial*.

2.7 OS PRINCÍPIOS JURÍDICOS E SUA INFLUÊNCIA NO PLANO DA INTERPRETAÇÃO

Os sistemas jurídicos da atualidade, em particular o brasileiro, conferem ao intérprete um espaço de atuação (e criação) cada vez mais amplo.¹²³

¹²² CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed., Coimbra: Almedina, 1992. p. 183.

A utilização intensiva pelos enunciados constitucionais e legais de princípios e conceitos abertos ou indeterminados, dentre outros mecanismos, transfere ao Judiciário um amplo poder na definição do que é, afinal, o direito.¹²⁴

Superou-se há muito, é certo, a ficção de que o juiz seria um agente neutro de execução de subsunções lógicas, como se fora a boca que pronuncia as palavras da lei.

Se essa crença já era ilusória no século XIX e na primeira metade do século XX, que se dirá nos dias de hoje, tendo em conta a abertura dos sistemas jurídicos contemporâneos em visualização mais precisa do real papel do aplicador do direito.

Os princípios, em razão de sua própria abstração, oferecem uma significativa margem de liberdade para o exegeta na sua tarefa de interpretação. Se por um lado isso traz o conforto de utilizá-los como “válvulas de calibração” para mitigar distorções ou resultados indesejáveis oriundos da aplicação das regras jurídicas, por outro não se pode negar o largo espaço para o exercício do subjetivismo judicial, que em algumas situações pode resultar em arbitrariedade.

MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, em artigo relativo ao assunto, assevera que a lei é a expressão da vontade geral e, num Estado democrático estruturado segundo a *separação dos poderes*, como o é o Brasil (cf. a Constituição, arts. 2º e 60, § 4º, III) é ao Poder Legislativo que cabe a manifestação da vontade geral, portanto, a formação da lei.¹²⁵

¹²³ BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p.39.

¹²⁴ Idem, ibidem.

¹²⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, A concretização dos princípios constitucionais no Estado Democrático de Direito. In YARSHELL, L.F; ZANOIDE, M. (Org.). **Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: DPJ Editora, 2005. p. 283.

No mesmo artigo doutrinário¹²⁶, o referido constitucionalista destaca a impossibilidade de imposição *contra legem* do princípio, senão, vejamos:

Jamais poderá um princípio ser aplicado contra o que dispõe a lei, salvo a hipótese já examinada, de inconstitucionalidade de tal lei. Se esta der uma aplicação razoável ao princípio e, conseqüentemente, não estiver maculada por inconstitucionalidade material, ela há de ser aplicada.

A lei é – repita-se – expressão de vontade popular e esta evidentemente há de prevalecer sobre a opinião, subjetiva, do magistrado.

Não se invoque contra isso a pretensa supremacia do princípio sobre a lei. Esta supremacia não existe. No caso de um princípio declarado, pode ele ser a fonte da lei e de suas normas, mas será sempre um fundamento material genérico a ser concretizado pelo legislador, segundo o seu critério político ou, se se quiser, dado o sentido pejorativo do qualificativo político, de acordo com seu critério discricionário de oportunidade e conveniência. O princípio, sempre vago e de contornos imprecisos, não pode prevalecer jamais sobre uma regra, precisa, definida pelo legislador [...].

No cotidiano forense, como é cediço, há inúmeros exemplos de utilização de princípios para suavizar o rigor de regras. Alguns exemplos freqüentes na jurisprudência são os seguintes: **a)** no direito empresarial, mormente quando ainda vigia o DL 7.661/45, era comum a menção ao *princípio da conservação da empresa* para evitar falências requeridas por um único credor ou baseadas em títulos e valores irrisórios; **b)** no direito penal, a aplicação do *princípio da insignificância* no caso de crimes apenas formalmente típicos (como ocorre no furto de objetos de pequeno valor); **c)** no direito processual, a utilização do *princípio da instrumentalidade* para flexibilizar o formalismo do rol do art. 525 do CPC, entre outros.

Observe-se que, em boa parte dos casos citados acima, embora as decisões sejam *contra legem* – isto é, contra a lei – estão respaldadas em princípios jurídicos, que, assim como as regras, figuram como categorias normativas.

Pode-se dizer que o direito brasileiro atravessa, nos dias correntes, a “Era dos Princípios”, pois ao longo do história nunca houve uma profusão tão fantástica de estudos e debates acerca do assunto.

¹²⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, A concretização dos princípios constitucionais no Estado Democrático de Direito. In YARSHELL, L.F; ZANOIDE, M. (Org.). **Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: DPJ Editora, 2005. p. 288.

O interesse no aprofundamento sobre a matéria não é meramente cerebrino, pois se no passado era possível acreditar que os comandos deônticos positivados em regras jurídicas poderiam resolver todos os problemas, os tempos atuais – nos quais a inovação e complexidade podem ser consideradas as pedras-de-toque – exigem, muitas vezes, a existência de molduras normativas ou pautas hermenêuticas mais flexíveis, que ofereçam ao operador jurídico uma maior plasticidade na sua utilização. Daí deflui, sem grande dificuldade, a importância dos princípios no cenário contemporâneo.

Conforme a lição clássica de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, citado por DELOSMAR MENDONÇA JUNIOR¹²⁷, os princípios são mandamentos nucleares de um sistema, irradiando-se sobre diferentes normas e servindo de critério para a sua exata compreensão. Ainda de acordo com o segundo autor – claramente influenciado pelas idéias de ROBERT ALEXYS¹²⁸ – são também normas de otimização, pois ordenam que se realize algo da melhor maneira possível, podendo ser cumpridos em diversos graus, dependendo das possibilidades fáticas e jurídicas.¹²⁹

Os princípios, cumpre destacar, possuem um elevado grau de abstração se comparados com as regras jurídicas. E enquanto estas são aplicadas diretamente (por meio da subsunção), aqueles necessitam de mediação concretizadora do legislador ou do juiz, revelando normas não expressas no emaranhado legislativo (determinabilidade).¹³⁰

¹²⁷ MENDONÇA JUNIOR, Delosmar. **Princípios da ampla defesa e da efetividade no processo civil brasileiro**. São Paulo: Malheiros Editores, 2001. p. 13.

¹²⁸ ALEXYS, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid : Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2002. p. 86.

¹²⁹ Idem, ibidem.

¹³⁰ Idem, ibidem.

Embora a palavra *princípio*, em si mesma, ligue-se às verdades primeiras, nem sempre os princípios jurídicos tiveram, no direito, a importância que hoje lhes tem sido atribuída.¹³¹

No contexto pós-positivista dos dias correntes, entende-se que os princípios são normas e que também influem na interpretação e na boa aplicação da lei. Com efeito, os princípios constitucionais devem ser utilizados pelo intérprete como pontos de partida, pois eles formam um conjunto de normas que espelham a ideologia da Constituição, seus postulados básicos e seus fins. Dito de outro modo, os princípios constitucionais são as normas eleitas pelo constituinte como fundamentos ou qualificações essenciais da ordem jurídica que institui. A atividade de interpretação da Constituição deve começar pela identificação do princípio maior que rege o tema a ser apreciado, descendo do mais genérico ao mais específico, até chegar à formulação da regra concreta que vai reger a situação examinada.

Ultrapassada a fase de um certo deslumbramento com a abordagem dos princípios como elementos normativos, o pensamento jurídico tem-se dedicado à elaboração teórica das dificuldades que sua interpretação e aplicação ainda oferecem, tanto na determinação de seu conteúdo quanto na delimitação de sua eficácia. A ênfase que se tem dado à teoria dos princípios deve-se, sobretudo, ao fato de ser nova e de apresentar problemas ainda não resolvidos. O modelo tradicional, insta frisar, foi concebido para a interpretação e aplicação de regras. É importante destacar, no entanto, que o sistema jurídico ideal se consubstancia em distribuição equilibrada de regras e princípios, nos quais as regras desempenham o papel referente à *segurança jurídica* – previsibilidade e objetividade das condutas –, e os princípios, com sua flexibilidade, dão margem à realização de *justiça* no caso concreto.¹³²

¹³¹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, **Controle das decisões Judiciais por meio dos recursos de estrito direito e de ação rescisória – recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória**: o que é uma decisão contrária à lei? São Paulo: RT, 2002. p. 57.

¹³² BARROSO, L. R.; BARCELOS, A. P. A nova interpretação constitucional: ponderação, argumentação e papel dos princípios. In LEITE G.S. (Org.). **Dos princípios constitucionais**: considerações em torno das normas principiológicas da constituição. São Paulo: Malheiros Editores, 2002. p.110.

Segundo ROQUE ANTÔNIO CARRAZZA¹³³, os princípios exercem função importantíssima dentro do ordenamento jurídico, já que orientam, condicionam e iluminam a interpretação das normas jurídicas em geral, aí incluídos os próprios mandamentos constitucionais. A aplicação destes mandamentos deve dar-se de modo consentâneo com as diretrizes fixadas nos princípios.

Com a ampliação progressiva do espaço próprio da interpretação jurídica, os princípios jurídicos (entre os quais estão inseridos os princípios constitucionais) vêm sendo utilizados com o propósito de evitarem soluções “catastróficas”, “indesejáveis” ou “insatisfatórias” oriundas do enquadramento dos fatos na moldura das regras.

No cotidiano, entretanto, isso vem fugindo das raias do *controle de constitucionalidade*, sendo tratado sob o enfoque da *interpretação jurídica* (quer da teológica, quer da sistemática)

Acerca do tema, merece transcrição a lição de LUIZ GUILHERME MARINONI¹³⁴:

[...] é necessário compreender que o sistema processual deve ser interpretado de acordo com a Constituição, especialmente com o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. [...] A interpretação de acordo com a Constituição *não se constitui em instrumento de controle da constitucionalidade, mas sim em método de interpretação*. O juiz é obrigado a interpretar as normas de acordo com a Constituição ou, em uma acepção mais rente ao que aqui interessa, *de acordo com os direitos fundamentais*.

Do escólio do aludido professor paranaense, extrai-se que no momento da interpretação o tecido normativo-constitucional funciona como se fora um verdadeiro “filtro”, que propicia não só a depuração teológica como também a reflexão axiológica do resultado judicial.

¹³³ CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de direito constitucional tributário**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 45.

¹³⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela de direitos**. Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 229-232.

Trata-se, em primeiro plano, de conceder todo o relevo, dentro do critério sistemático da interpretação, à referência da Constituição. Com efeito, cada norma legal não tem somente de ser captada no conjunto das normas da mesma lei e no conjunto da ordem legislativa; tem outrossim de se considerar no contexto da ordem constitucional¹³⁵.

Essa advertência é muito importante para o presente estudo, pois é freqüente a atividade de se interpretar o texto constitucional – inclusive os dispositivos acerca do mandado de segurança – com a atenção voltada para a legislação infraconstitucional. Ocorre, entretanto, que o caráter imperativo da Constituição rejeita a exegese retrospectiva, isto é, a tendência a interpretá-la com os olhos e sob os fundamentos da legislação ordinária precedente.

Embora todos os operadores jurídicos estudem as técnicas de interpretação nos primeiros períodos do curso de Direito, a rotina estafante e a carga esmagadora de trabalho fazem com que, no cotidiano, acabem utilizando basicamente o método literal de exegese, universalmente conhecido como o mais pobre e precário de todos.

São esquecidos, com freqüência, os nobres atributos dos métodos sistemático e teleológico, cuja importância foi sobremaneira acentuada na atualidade. O primeiro, pelo indiscutível reconhecimento da força normativa da Constituição, que não pode continuar sendo encarada como uma mera “carta de intenções”; o segundo, por sua vez por ser irrefutável a aproximação entre o direito e as pautas axiológicas, que funcionam como diretrizes para a própria interpretação jurídica.

Numa releitura da própria tarefa interpretativa, pode-se afirmar que a *interpretação literal* figura apenas como uma *fase da exegese sistemática* e, em última instância, a *interpretação jurídica ou é sistemática ou não é interpretação*.

O uso de exemplos pode facilitar a compreensão das contribuições ora realçadas.

¹³⁵ MIRANDA, Jorge. **Teoria do estado e da constituição**. Coimbra: Coimbra Ed., 2002. p. 659.

Com o advento da denominada “terceira onda” de reformas do CPC, foi introduzida uma alteração no inc. II do art. 527 do referido diploma, segundo a qual o relator converterá o agravo de instrumento em agravo retido, salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, mandando remeter os autos ao juiz da causa.

A comentar o referido dispositivo legal, RODRIGO DA CUNHA LIMA FREIRE¹³⁶ vem defendendo que ele deve ser objeto de uma interpretação teleológica e sistemática que contemple o princípio constitucional previsto no art. 5º, inc. LXXVIII, da CF/88, sem o qual o exegeta poderá chegar a soluções incompatíveis com as pautas axiológicas e deontológicas do ordenamento jurídico brasileiro. Transcreve-se a seguir a lição do autor supracitado:

De qualquer sorte, para fazer uma interpretação finalística e sistemática do periculum in mora, os relatores dos agravos de instrumento deverão levar em consideração: a) os PRINCÍPIOS que orientam todo o sistema jurídico-processual, especialmente os da ECONOMIA PROCESSUAL e da CELERIDADE PROCESSUAL, este último previsto no art. 5º, LXXVIII, da CF e no inc. II do art. 125 do CPC; e b) a FALTA DO INTERESSE EM INTERPOR O AGRAVO RETIDO, elemento presente em todas as hipóteses legais de cabimento do agravo de instrumento.

Em alguns casos concretos, a nova solução normativa realmente pode produzir resultados indesejados. Imagine-se, por exemplo, aguardar anos a fio para ver um agravo retido provido quando se pode, em poucos meses, obter medida idêntica na modalidade de instrumento.

Outro exemplo recente ilustra o tema ora focalizado.

O § 2º do art. 113 do CPC, ao menos numa primeira leitura, determina que caberá ao juiz, quando reconhecer a incompetência absoluta, declarar a nulidade dos atos decisórios praticados.

¹³⁶ FREIRE, R, et al. **Reforma do CPC**: leis 11.187/2005, 11.232/2005, 11.276/2005, 11.277/2006 e 11.280/2006. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 46.

A indagação que carece de resposta é a seguinte: num caso de incompetência absoluta, o que fazer se a nulificação implicar o levantamento de vultosa quantia depositada em juízo por força de liminar quando houver grande probabilidade de frustração do resultado útil do processo?

Em recente julgado¹³⁷, o Tribunal de Justiça do Espírito Santo decidiu que o enunciado prescritivo em apreço deveria ser interpretado sob a lente do Princípio Constitucional da Efetividade, mormente diante do risco de frustração da própria eficácia do processo (haja vista a possibilidade de dilapidação da importância levantada). E exatamente para não comprometer o resultado útil buscado pelo autor/agravado, o sodalício capixaba assentou que caberia à Justiça competente apreciar a matéria.

Quer a lição doutrinária, quer a decisão judicial supracitada, parecem estar escoradas na denominada “interpretação *de acordo* com a constituição” pois utilizam os princípios constitucionais como premissas hermenêuticas no processo interpretativo.

Isso possui um aspecto positivo, pois os princípios constitucionais processuais não atuam apenas como garantidores de direitos fundamentais materiais, mas também como diretrizes para a fixação de critérios de interpretação do Direito.

Percebe-se portanto, que na doutrina brasileira já existe um amparo teórico bastante sólido para alicerçar as idéias defendidas ao longo deste desprezioso trabalho.

2.8 O PRINCÍPIO DA EFETIVIDADE E SEUS SUBPRINCÍPIOS

¹³⁷ BRASIL, Tribunal de Justiça do Espírito Santo. Recurso de Agravo Interno no Agravo de Instrumento nº 024.06.901122-9. Relatora: Desembargadora Catharina Novaes Barcellos. 4ª Câmara Cível. J. 21/11/06, DJES 12/01/07.

Pode-se dizer que em sede infraconstitucional, há postulados que figuram como *subprincípios* derivados da *efetividade*. São eles os seguintes: **a)** fungibilidade; **b)** instrumentalidade; **c)** cooperação; **d)** adaptabilidade/adequação do procedimento; **e)** aproveitamento ou conservação dos atos processuais; **f)** inquisitivo.

Embora haja uma vinculação muito próxima entre alguns subprincípios elencados – que poderia até gerar uma confusão na mente do jurista no tocante à exata delimitação de cada um – o presente trabalho se propõe a descrevê-los sucintamente e a apontar, na medida do possível, algumas implicações deles na aplicação das normas referentes ao mandado de segurança.

2.8.1 Subprincípio da fungibilidade

Dentro da noção recebida logo nas primeiras cadeiras de direito civil, sabe-se que fungibilidade significa *troca, substituição*.

JEAN CARLOS DIAS, citado por LUIZ GUSTAVO TARDIN¹³⁸, entende que no seio processual a fungibilidade pode ser utilizada para “justificar uma cambiariedade de formas e procedimentos em que não houvesse, em tese, prejuízo substancial à finalidade a elas estipuladas.”

O princípio da fungibilidade, insta frisar, já conta com larga aplicação no processo civil, como ocorre, por exemplo, no bojo das tutelas de urgência (art. 273, § 7º do CPC), nas ações possessórias (art. 920 do CPC) e na esfera recursal, quando um recurso é interposto no lugar de outro nos casos de dúvida objetiva sem má-fé.

¹³⁸ TARDIN, Luiz Gustavo. **Fungibilidade das tutelas na urgência**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p.148.

O postulado sob exame vem sendo aplicado, também, no âmbito do mandado de segurança, quando em lugar deste é ajuizado um outro *writ* constitucional ou vice-versa.

Acerca da fungibilidade existente entre os *writs*, merece reprodução a lição de JOSÉ ANTÔNIO REMÉDIO¹³⁹:

Aplica-se o princípio da fungibilidade na impetração da segurança, na hipótese de a matéria impugnada dever ser conhecida por *habeas corpus*, ainda que haja erro grosseiro na impetração, uma vez que o mandado de segurança tem como antecedente próximo o *habeas corpus*, sendo considerado seu irmão gêmeo e, por ocasião do surgimento da segurança na Constituição de 1934, era ela processada pelo mesmo rito adotado para o *habeas corpus*, além do fato de que o *habeas corpus* [...] poder ser conhecido de ofício pelo juiz.

Concordam com esta visão ampliadora os doutrinadores PEDRO HENRIQUE DEMERCIAN e JORGE ASSAF MALULY¹⁴⁰, como bem mostra o trecho a seguir:

Em suma, o *habeas corpus* é utilizável quando o bem lesado for a 'liberdade de locomoção', já que quando este não for o direito ameaçado o remédio jurídico adequado será o mandado de segurança, ou ainda o *habeas data*. A despeito disso, ainda que o impetrante se valha de remédio constitucional inadequado, nada impede que o Tribunal, em face da 'fungibilidade', conheça de um pelo outro ou vice-versa, assegurando a regularidade procedimental.

Nestas situações, portanto, a fungibilidade permite que o órgão julgador receba o remédio heróico errado como se fosse o correto, isto é, neste caso não haveria amparo para a extinção do processo por ausência da condição de ação do "interesse-adequação".

Embora a matéria esteja longe de ser pacífica, cumpre frisar que em certa ocasião o Pretório Excelso admitiu a fungibilidade entre remédios constitucionais num caso em

¹³⁹ REMÉDIO, José Antônio. **Mandado de segurança individual e coletivo**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 103.

¹⁴⁰ DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. **Habeas corpus**. Rio de Janeiro : Aide, 1995. p. 158.

que foi impetrado mandado de segurança mas, pelo entendimento pacificado da Corte, impunha-se a utilização de *habeas corpus*.¹⁴¹

Se o perfil de indiscutível efetividade dos *writs* já impunha a solução ora preconizada, a doutrina processual contemporânea vem defendendo a existência no sistema processual de uma “fungibilidade em outra dimensão”¹⁴² (também denominada de “fungibilidade de meios”¹⁴³), no sentido de elastecer a incidência do princípio em apreço também a outros mecanismos processuais.

O (sub)princípio da fungibilidade, encarado nessa “nova dimensão”, possuiria amplitude suficiente para abarcar a possibilidade de se receber uma ação por um recurso e vice-versa, e, até mesmo, uma ação por outra, ainda que de natureza jurídica diversa.¹⁴⁴

Ao tratar daquilo que denomina como “a fungibilidade em outra dimensão” RITA DE CÁSSIA CORRÊA DE VASCONCELOS¹⁴⁵ cita um interessante exemplo no qual decisão do STF favorável a uma concursanda estava sendo desrespeitada, o que, na análise do caso concreto, foi capaz de gerar dúvida objetiva sobre o remédio jurídico a ser utilizado (reclamação ou mandado de segurança). Ao final de sua exposição, a referida autora manifesta a seguinte conclusão:

De todo modo, intentada a reclamação e entendendo, o respectivo tribunal, que o remédio adequado é o mandado de segurança, aquela deve ser recebida como a ação mandamental, em nome do princípio da fungibilidade, para cassar-se o ato lesivo. A aplicação da fungibilidade, neste caso, decorre não apenas da preocupação com a autoridade da decisão do tribunal superior, mas, também, com a efetividade do processo, garantindo-se o direito da parte de ver a decisão judicial devidamente cumprida.

¹⁴¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n° 22.289. Relator: Ministro Moreira Alves. Tribunal Pleno. J. 19/12/1995. DJU 17/05/1996.

¹⁴² VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa de. **Princípio da fungibilidade**: hipóteses de incidência no processo civil brasileiro contemporâneo. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 172.

¹⁴³ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Fungibilidade de “meios”: uma outra dimensão do princípio da fungibilidade. In: NERY JR., Nelson; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coords.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais**. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2001, v. 4. p. 1.090-1.144.

¹⁴⁴ VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa de. op cit., p. 172, nota 142.

¹⁴⁵ Idem, ibidem, p. 268-269.

Alguns processualistas, entretanto, vão ainda mais longe. JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE¹⁴⁶, por exemplo, apresenta uma proposta ampliativa para conferir extensão ainda maior ao princípio da fungibilidade. Segundo o referido doutrinador, “não se justifica admitir a fungibilidade apenas se objetivamente duvidosa a situação processual, gerando o que a doutrina denomina de ‘zona de penumbra’”. Ainda de acordo com o referido autor, se do desrespeito à forma prevista em lei não resulta prejuízo à parte contrária ou mesmo aos objetivos e princípios norteadores do instrumento, sugere-se a ampliação da aplicação do princípio da fungibilidade¹⁴⁷.

Acolhe-se, aqui, a idéia perfilhada por BEDAQUE, não só porque privilegia o acesso à justiça, mas também porque é a mais sintonizada com os *meios* e *resultados* colimados pela concepção atual de *efetividade processual*.

2.8.2 Subprincípio da instrumentalidade

A expressão *instrumentalidade processual*, a rigor, encerra uma tautologia¹⁴⁸, na medida em que o processo não é outra coisa senão um instrumento de realização concreta no direito material.

Não obstante a caráter tautológico da terminologia empregada, o princípio em questão é assaz relevante em face de alguns juristas, de mentalidade excessivamente formalista, que vêem no processo não um instrumento de realização do direito material, mas um fim em si.¹⁴⁹

¹⁴⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo : Malheiros Editores, 2006, p. 121.

¹⁴⁷ Idem, *ibidem*, p. 122.

¹⁴⁸ ROCHA, José se Albuquerque. **Teoria geral do processo**. 3. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1996. p. 55.

¹⁴⁹ MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Processo tributário**. São Paulo : Atlas, 2004. p.54

Para falar sobre a instrumentalidade, nada melhor do que examinar a lição de CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO¹⁵⁰, de acordo com o qual:

A instrumentalidade do processo é vista pelo aspecto negativo e pelo positivo. O negativo corresponde à negação do processo como valor em si mesmo e repúdio aos exageros processualísticos a que o aprimoramento da técnica pode insensivelmente conduzir [...]; o aspecto negativo da instrumentalidade do processo guarda, assim, alguma semelhança com a idéia da instrumentalidade das formas. O aspecto positivo é caracterizado pela preocupação em extrair do processo, como instrumento, o máximo de proveito quanto à obtenção dos resultados propostos (os escopos do sistema); infunde-se com a problemática da 'efetividade do processo' e conduz à assertiva de que 'o processo deve ser apto a cumprir integralmente toda a sua função sócio-político-jurídica, atingindo em toda a plenitude todos os seus escopos institucionais' [...].

Na sua vertente relativa à *instrumentalidade das formas*, o subprincípio sob exame é muito utilizado em matéria de invalidades no seio processual, pois busca relativizar os vícios processuais quando o ato alcançar a sua *finalidade* (arts. 154 e 244, ambos do CPC) e não houver *prejuízo às partes* (conforme a dicção do § 1º do art. 249 e também do art. 250, do CPC).

Há quem sustente, em nome de uma *instrumentalidade substancial*, que mesmo na hipótese de existir prejuízo ou quando a finalidade da norma processual não for atingida, ainda assim é possível convalidar alguns vícios. Por intermédio dessa nova visão, o binômio direito-processo deve ser relativizado.¹⁵¹

Como será visto a seguir, o subprincípio em apreço tem intensa aplicação no bojo do procedimento do *mandamus*, como ocorre, por exemplo, nos casos de vícios da petição inicial e ausência de manifestação do Ministério Público.

2.8.3 Subprincípio da cooperação ou da colaboração

¹⁵⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996, p. 319.

¹⁵¹ BRASIL JÚNIOR, Samuel Meira. **Justiça, direito e processo**: a argumentação e o direito processual de resultados justos. São Paulo : Atlas, 2007. p. 32.

Atualmente, prestigia-se no direito estrangeiro – mais precisamente na Alemanha, França e Portugal – e já com alguma repercussão na doutrina brasileira, o chamado princípio da cooperação, que orienta o magistrado a tomar uma posição de agente-colaborador do processo, de participante ativo do contraditório e não mais a de um mero fiscal de regras.¹⁵²

Essa participação não se resumirá à ampliação dos seus poderes instrutórios ou da efetivação das decisões judiciais (arts. 131 e 461, § 5º, CPC). O magistrado deveria adotar uma postura de diálogo com as partes e com os demais sujeitos do processo: esclarecendo suas dúvidas, pedindo esclarecimentos quando estiver em dúvidas e, ainda, dando as orientações necessárias, quando for o caso. Encara-se o processo como o produto de atividade cooperativa: cada qual com suas funções, mas todos com o objetivo comum, que é a prolação do ato final (decisão do magistrado sobre o objeto litigioso). Traz-se o magistrado ao debate processual; prestigiam-se o diálogo e o equilíbrio. Trata-se de princípio que informa e qualifica o contraditório. A obediência ao princípio da cooperação é comportamento que impede ou dificulta a decretação de nulidades processuais – e, principalmente, a prolação do juízo de inadmissibilidade. O princípio da cooperação gera os seguintes deveres para o magistrado (seus três aspectos): a) dever de esclarecimento; b) dever de consultar; c) dever de prevenir.¹⁵³

O *dever de esclarecimento* consiste no dever do tribunal de se esclarecer junto às partes quanto às dúvidas que tenha sobre as suas alegações, pedidos ou posições em juízo, para evitar decisões tomadas em percepções equivocadas/apressadas.¹⁵⁴

Por força do *dever de consultar*, não pode o magistrado decidir com base em questão de fato ou de direito, ainda que passível de ser conhecida de ofício, sem que sobre elas sejam as partes intimadas a manifestar-se. Logo, deve o juiz consultar as partes sobre

¹⁵²DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Direito processual civil**: tutela individual e coletiva, Vol. I. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2005. p.59.

¹⁵³ Idem, ibidem, p. 59-60.

¹⁵⁴ Idem, ibidem, p. 60

esta questão não aviltrada no processo (e por isso não submetida ao crivo do contraditório) antes de decidir.¹⁵⁵

Em decorrência do *dever de prevenção*, o julgador deve apontar as deficiências das postulações das partes, para que possam ser supridas. O dever em comento tem âmbito mais amplo, pois vale genericamente pra todas as situações em que o êxito da ação em favor de qualquer das partes possa ser frustrado pelo uso inadequado do processo.¹⁵⁶

No direito brasileiro, esse dever de prevenção está consagrado no art. 284 do CPC, que garante ao demandante o direito de emendar a petição inicial, se o magistrado considerar que falta algum requisito; não é permitido o indeferimento da petição inicial sem que se dê a oportunidade de correção do defeito. Não cumprindo o autor a diligência que lhe fora ordenada, a petição inicial será indeferida (art. 295, VI, CPC). Permite-se, contudo, uma nova determinação de emenda, se a primeira correção não foi satisfatória. E mesmo que efetuada a emenda após o prazo concedido, ainda assim não se justifica o indeferimento.¹⁵⁷

Um outro exemplo muito instigante, ainda não enfrentado pela doutrina, diz respeito à extinção do processo sem julgamento de mérito em razão de irregularidade na representação.

Neste particular, é muito comum a prolação do seguinte despacho: *“intime-se para regularizar a representação”*.

Tal pronunciamento, que não indica o vício existente nem fixa prazo para o cumprimento da diligência, está em desacordo não só com o (sub)princípio da cooperação, mas também com a primeira parte do art. 13 do CPC, cujo teor estampa

¹⁵⁵ DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Direito processual civil**: tutela individual e coletiva, Vol. I. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2005. p. 61.

¹⁵⁶ Idem, ibidem, p.62

¹⁵⁷ Idem, ibidem.

que “verificando a incapacidade processual ou a irregularidade de representação das partes, o juiz, *suspendendo o processo, marcará prazo razoável para ser sanado o defeito*”.

Não discorda de tal posição a jurisprudência contemporânea do STJ, segundo a qual “*o juiz deve assinar prazo no despacho que ordena ao autor a regularização da representação processual (CPC, art. 13); sem a marcação do prazo, não pode extinguir o processo, ainda que o despacho judicial seja desatendido*”.¹⁵⁸

Em julgado recentíssimo, que analisou a incidência do art. 13 no âmbito do *writ*, o STJ se pronunciou no sentido de que “*inexiste incompatibilidade entre o art. 6º da Lei nº 1.533/51 e o art. 13 do CPC, devendo-se oportunizar a regularização da representação processual em sede de mandado de segurança*”¹⁵⁹.

Ainda no caso de irregularidade na representação processual, o Superior Tribunal de Justiça vem exigindo a intimação pessoal da parte antes da extinção prematura do processo sem julgamento de mérito. Já se pontificou, por exemplo, que “*é assente nesta Corte Superior que há possibilidade, nas instâncias ordinárias, de intimação pessoal da parte para sanar o vício de representação processual*”¹⁶⁰.

No caso de complementação de custas processuais prévias, com base no parágrafo primeiro (§ 1º) do art. 267 do CPC, o STJ também já entendeu necessária a intimação pessoal da parte autora. Da ementa do julgado, extrai-se que “*na hipótese de complementação das custas iniciais do processo, o qual, inclusive, já se achava em etapa avançada de andamento, a intimação da parte deve ser pessoal para efeito de aplicação da regra do art. 257 do CPC*”.¹⁶¹

¹⁵⁸ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 499863. Relator: Ministro José Delgado. 1ª Turma. j. 17/06/2003. DJU 08/09/2003.

¹⁵⁹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 437.552. Relator: Ministra Eliana Calmon. 2ª Turma. j. 24/05/2005. DJU 01/07/2005.

¹⁶⁰ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 553213. Relator: Ministro Franciulli Netto. 2ª Turma. j. 01/09/2005. DJU 20/02/2006.

¹⁶¹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 72376. Relator: Ministro Aldir Passarinho Júnior. 4ª Turma. j. 17/08/2000. DJU 09/10/2000.

Antes mesmo de se falar no princípio da cooperação, JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA¹⁶² já havia focalizado o tema em questão sob o prisma da efetividade, como bem retrata o trecho abaixo:

[...] tampouco a ânsia de extinguir quanto antes o processo é atitude que se harmonize, sempre e necessariamente, com o propósito de efetividade. Nada mais certo: bem se concebe que a precipitação cerceie de modo intolerável o exercício do direito de ação ou de defesa. Também no particular, contudo, o uso inteligente da técnica pode prestar serviços de grande valia. No despacho da inicial, v.g., o Juiz consciencioso e criativo encontrará ajuda inestimável na disposição do art. 284, *caput*, que lhe ordena abrir ao autor a oportunidade de emendar ou completar a inicial, sempre que ela apresente 'defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento do mérito'. Inteligentemente explorada, permite a norma salvar do naufrágio imediato postulações malformuladas mas suscetíveis de correção.

2.8.4 Subprincípio da adaptabilidade/adequação do procedimento

No contexto da superação dos paradigmas do *processualismo*, já foi visto que a idéia de um processo marcadamente técnico, individual e privado está sendo suplantada por uma outra, que enxerga o referido instrumento como fenômeno de poder, social e coletivo.

Tal panorama, além de valorizar os *procedimentos diferenciados* – que se amoldam às peculiaridades do direito material – também preconiza a necessidade de abertura para a adequação deles durante seu curso.

Em artigo doutrinário sobre os princípios da adaptabilidade e da adaptação, FREDIE DIDIER JÚNIOR¹⁶³ profere a seguinte lição sobre o segundo postulado:

¹⁶² MOREIRA, José Carlos Barbosa. Notas sobre o problema da efetividade do processo. *Revista aJuris*, Porto Alegre, n. 44, 1995. p. 155-156.

¹⁶³ DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Sobre dois importantes (e esquecidos) princípios do processo: adequação e adaptabilidade procedimental**. In <<http://jus2.uol.com.br/doutrina>> acesso em 18 jul. 2007.

Este princípio pode ser visualizado, de acordo com a doutrina em dois momentos: a) o pré-jurídico, legislativo, como informador da produção legislativa do procedimento em abstrato; b) o processual, permitindo ao juiz, no caso concreto, adaptar o procedimento de modo a melhor aperfeiçoá-lo às peculiaridades da causa. Quiçá, para fins didáticos, devêssemos nomeá-los apenas no primeiro momento de princípio da adequação, enquanto, no segundo, de princípio da adaptabilidade; um abstrato e prévio, outro concreto, reparador. É a terminologia que adotamos.

Interessa ao presente estudo, particularmente, o segundo “momento”, pois defende-se aqui que o procedimento há de afeiçoar-se às peculiaridades de cada litígio, mediante aplicação do princípio da adaptabilidade. É indiscutível que tal princípio tem aplicação constante na experiência empírica dos juízos, uma vez que não é sequer concebível um sistema inflexível de normas procedimentais disciplinadoras de todos os pormenores da atuação processual de todos os sujeitos¹⁶⁴.

A idéia de dar maior efetividade ao processo mediante a instituição de procedimentos adequados está presente de modo muito marcante no mandado de segurança. É insuficiente a interpretação dessa garantia constitucional como portadora de mera oferta de procedimento especialíssimo. Muito mais do que isso, a Constituição quer afirmar energicamente o seu repúdio à violação dos direitos por agentes do poder estadual, sobrepondo-se, inclusive a disposições da lei ordinária que sejam fontes de violações assim.¹⁶⁵

Diante do perfil do postulado em comento, surgem algumas indagações que merecem análise atenta: **1)** se o juiz verificar pela leitura da inicial do mandado de segurança que será necessária a produção de prova diversa da documental, é possível a conversão ao rito ordinário?; **2)** se o autor impetra o mandado de segurança, verificando o juiz já haver-se esgotado o prazo de 120 (cento e vinte) dias, seria legítima a adaptação do procedimento à tutela adequada, para aproveitamento do processo?; **3)** e se a verificação do equívoco ocorrer ao final, será possível considerar irrelevante o erro da

¹⁶⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996. p. 290.

¹⁶⁵ Idem, *ibidem*, p. 291-292.

técnica, se dele não resultar prejuízo para os valores mais relevantes do sistema processual?

No tocante à primeira pergunta, a resposta é positiva, mormente se considerarmos que pelo procedimento ordinário também é possível a obtenção de tutela com a mesma natureza daquela pleiteada no *mandamus*. O processualista LEONARDO GRECO¹⁶⁶ parece concordar com tal conclusão, quando afirma que “quanto ao mandado de segurança, [...] a doutrina deveria discutir a hipótese de conversão ao rito ordinário, como no procedimento sumário, ao invés da simples denegação por falta de direito líquido e certo.”

Observe-se que a infungibilidade do rito sofre exceção no caso de a conversão ocorrer para o procedimento ordinário. Nessa ordem de idéias, cumpre focalizar o vaticínio de RUI PORTANOVA¹⁶⁷, para quem “a preferibilidade do rito ordinário viabiliza a conversão a este rito de outros procedimentos, desde que não cause prejuízo ao réu e ao interesse público do processo”.

Considerando que a via ordinária sempre oferece maior possibilidade de defesa ao réu¹⁶⁸, apresenta-se nítido que a conversão do procedimento diferenciado do *mandamus* no ordinário não acarreta nenhum prejuízo ao impetrado/réu.

Parece ratificar tal entendimento o teor do inc. V d art. 295 do CPC, que autoriza o indeferimento da petição inicial por escolha equivocada do procedimento, se não puder adaptar-se ao modelo legal. Nesses casos, a princípio há duas saídas possíveis: a) se a petição necessitar de emenda, deve sempre o magistrado intimar o demandante para retificá-la e indicar qual o procedimento aplicável, dando-lhe prazo para adotar as providências que reputar necessárias; b) caso a petição inicial não necessite de emenda, pode o magistrado efetuar a conversão de ofício.

¹⁶⁶ GRECO, Leonardo. **Estudos de direito processual**. Campos dos Goytacazes: ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005. p.230.

¹⁶⁷ PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003. p. 179.

¹⁶⁸ Idem, *ibidem*.

Além de o exemplo em comento afeiçoar-se ao postulado da adaptabilidade, não se pode afastá-lo, também, do já comentado (sub)princípio da cooperação.

O processo, no Estado contemporâneo, tem de ser estruturado não apenas consoante as necessidades do direito material, mas também dando ao juiz e à parte a oportunidade de se ajustarem às características do caso concreto. É nesse sentido que se diz que o direito fundamental à tutela jurisdicional, além de constituir uma garantia ao titular do direito à tutela do direito material, incide sobre o legislador e o juiz.¹⁶⁹

Destarte, o processo não apenas deve, como módulo legal, atender às expectativas do direito material, mas também deve dar ao juiz e às partes o poder de utilizar as técnicas processuais necessárias para atender às particularidades do caso concreto.¹⁷⁰

Quanto às duas últimas perguntas, cumpre trazer à baila a solução muito instigante preconizada por JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE¹⁷¹. Segundo o referido processualista – que não vê diferença ontológica entre tutela mandamental e condenatória – caso sejam respeitados os valores fundamentais do processo nos casos mencionados, o magistrado poderia deixar de extinguir o processo sem julgamento de mérito, não obstante já ultrapassado o prazo legal para o impetrante valer-se do mandado de segurança.

A solução preconizada pelo referido professor das Arcadas merece aplausos, pois a partir do momento em que nosso ordenamento admite a técnica processual do *juízo antecipado da lide* – que também subtrai a dilação probatória – seria no mínimo incoerente sob o prisma lógico não aproveitar o procedimento do *mandamus* (mormente quando a solução dependa *apenas* de prova documental já carreada aos autos) apenas porque a demanda não foi ajuizada dentro do prazo de 120 (cento e vinte) dias.

¹⁶⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil, volume I: teoria geral do processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 419.

¹⁷⁰ Idem, *ibidem*

¹⁷¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p.562-563.

Até mesmo em virtude da duvidosa constitucionalidade do prazo supracitado, é certo que, em casos semelhantes, uma *adaptação procedimental* para o rito ordinário determinada pelo juiz por ocasião do *despacho inicial* também pode colaborar sobremaneira para a obtenção da desejada efetividade do processo.

2.8.5 Subprincípio do aproveitamento ou conservação dos atos processuais

Principalmente quando analisado o tema da invalidade dos atos processuais, é muito comum encontrar menção à máxima latina “*utile non debet per inutile vitiari*” (= o útil não deve ser viciado pelo inútil).

Essa máxima e o princípio da conservação do ato jurídico, que ela representa, estão presentes no art. 248 do Código do Processo Civil, segundo o qual “a nulidade de uma parte do ato não prejudicará as outras, que dela sejam independentes”.¹⁷²

LIEBMAN, citado por DINAMARCO¹⁷³, costumava ensinar que o juiz deve esforçar-se para “isolar os elementos do procedimento afetados pelo vício e conter a expansão deste, como se faz com os focos de uma epidemia (princípio da conservação dos atos processuais)”.

Ademais, o erro de forma do processo acarreta unicamente a anulação dos atos que não possam ser aproveitados (art. 250 do CPC).

Apesar dos termos candentes dos arts. 37 e 254 do CPC, verificando a incapacidade processual ou irregularidade da representação das partes, não deve o juiz extinguir desde logo o processo. Nos termos do art. 13 do mesmo diploma, o julgador deverá

¹⁷² DINAMARCO, Cândido Rangel. **Capítulos de sentença**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 84.

¹⁷³ Idem, *ibidem*.

suspender o processo e marcar prazo razoável para ser sanado o defeito. O STF admite o mesmo procedimento para o caso da verificação de incapacidade processual (Rev. Trimestral de Jurisprudência, v. 95, p. 263).¹⁷⁴

Há dissenso em relação à incidência quando se trata de falta de intimação ou falta de efetiva participação do Ministério Público nas hipóteses em que a presença do *parquet* é prevista em lei como obrigatória.¹⁷⁵

CLÁUDIO NUNES DO NASCIMENTO, citado por RUI PORTANOVA¹⁷⁶, entende que, na falta de intervenção do órgão do Ministério público, o bem jurídico lesado não é o da parte, mas o interesse público. Logo, “não há a menor possibilidade de se reputar sanado o vício”. Contudo em suas notas ao art. 246 do CPC, Theotônio Negrão alinha uma série de decisões em sentido contrário.¹⁷⁷

No tocante à possibilidade de superação das invalidades oriundas da falta de manifestação do MP, este trabalho dedicará um tópico apartado (item 3.13).

2.8.6 Subprincípio inquisitivo

Os sistemas dispositivos e inquisitórios são formas de iniciativa e desenvolvimento do processo que historicamente apresentam características radicalmente antagônicas. O princípio dispositivo preocupa-se em conceder mais direitos processuais para as partes, enquanto o inquisitivo preocupa-se em conceder poderes mais abrangentes ao juiz.¹⁷⁸

¹⁷⁴ PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003. p.191.

¹⁷⁵ Idem, *ibidem*, p. 192.

¹⁷⁶ Idem, *ibidem*.

¹⁷⁷ Idem, *ibidem*.

¹⁷⁸ Idem, *ibidem*, p. 205.

Convém distinguir, para melhor estrear os conceitos, o princípio dispositivo, o inquisitivo e o impulso oficial. Se a disponibilidade é forte quanto ao nascimento e existência do processo, a inquisitorialidade e o impulso oficial são fortes quanto à prova e ao desenvolvimento.¹⁷⁹

Tendo o cidadão amplo acesso ao Judiciário, está consagrado o princípio dispositivo quanto à iniciativa e à desistência da ação.¹⁸⁰

Após intentar a ação, contudo, a parte tem diminuída sua liberdade. Por isso, no desenvolvimento do processo e da prova, o juiz age independentemente da vontade da parte. Nesse passo, está consagrado o princípio da inquisitorialidade quanto ao desenvolvimento do processo e produção da prova. Atentando para a peculiaridade da nomenclatura processualística brasileira, reserva-se o princípio do impulso oficial à liberdade judicial no andamento do processo.¹⁸¹

Nada obstante ainda se perceba, na doutrina, na jurisprudência e na própria legislação, certa resistência à iniciativa probatória do magistrado, fruto da reminiscência histórica de um tempo em que se tinha uma percepção eminentemente privatista do direito processual, pode-se dizer que hoje, com o desenvolvimento de uma visão oposta, que enxerga o processo civil sob um ângulo mais publicista, a tendência é de conferir ao Estado-juiz os mais amplos poderes instrutórios.¹⁸²

Por isso, na atualidade não há como negar que o princípio inquisitivo vem ganhando importância. E os termos do art. 130 do CPC obrigam o jurista a se render a esta evidência, quando enuncia que “caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.”

¹⁷⁹ PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003. p. 205.

¹⁸⁰ Idem, *ibidem*.

¹⁸¹ Idem, *ibidem*.

¹⁸² DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Direito processual civil: tutela individual e coletiva**, Vol I. 5. ed. Salvador: JusPODIVIM, 2005. p. 484.

A importância do dispositivo legal supracitado é incontestável, pois não são poucos os casos nos quais há necessidade de melhor esclarecimento dos fatos, sem o que não será possível ao juiz, de consciência tranqüila, formar seu convencimento e proferir sentença (ao menos com o grau de qualidade e de justiça que se espera).

De acordo com JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, “se o pedido da tutela e os limites da prestação são privados, o modo como ela é prestada não o é.”¹⁸³

Isto porque são distintas as relações de direito material e processual, razão por que a natureza da relação a ser decidida pelo juiz (relação jurídica material) não influiria nos poderes instrutórios que lhe são conferidos, tendo em vista que estes existem numa outra órbita (relação jurídica processual)¹⁸⁴. Vale aqui, na esfera processual, um outro princípio, que é o inquisitivo, segundo o qual compete ao juiz o poder de iniciativa probatória para a determinação dos fatos postos pela parte como fundamento de sua demanda.¹⁸⁵

Se o art. 130 pode ser utilizado numa ação cognitiva qualquer, por que não usá-lo também no âmbito do mandado de segurança quando houver necessidade de um determinado documento (v.g., algumas peças do processo administrativo disciplinar ou fiscal esquecidas pelo impetrante por mero lapso)? Merece este remédio constitucional potencializado um tratamento menos benéfico do que aquele dispensado a outras ações cognitivas processadas pelo rito comum? Seria razoável submeter o impetrante à propositura de outra demanda (com perda de tempo e dinheiro) se o vício detectado no *mandamus* pode ser suprido em poucas semanas com a simples expedição de um ofício pelo juiz? Defende-se aqui que não, pois isso representaria flagrante violação ao princípio da efetividade.

¹⁸³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 3. ed. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 93.

¹⁸⁴ Idem, *ibidem*.

¹⁸⁵ DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Direito processual civil: tutela individual e coletiva**, Vol I. 5. ed. Salvador: JusPODIVIM, 2005. p. 485.

Na hipótese acima, caso o juiz determine – com base no art. 130 do CPC – a juntada de documentos aos autos do *mandamus* fora da situação do art. 6º da Lei nº 1.533/51, deverá submeter as referidas provas ao crivo do contraditório, a fim de que as partes participem e influam no convencimento judicial a partir daqueles elementos concretos.

Se a aplicação subsidiária do dispositivo supracitado é afastada por alguns sob o argumento da “perda de celeridade”, tal argumento merece ser repensado, pois a *celeridade* não é um princípio absoluto, merecendo temperamento, em alguns casos, em favor da *justiça*.

Além disso, se a doutrina admite a juntada de documentos no *writ* para fazer contraprova dos fatos trazidos com as informações quando a verdade é ocultada ou distorcida¹⁸⁶ pela autoridade coatora, parece no mínimo incoerente coibir a produção de provas determinada pelo juiz sob a alegação de desvirtuamento do procedimento do remédio heróico. Afinal de contas, é princípio hermenêutico básico que *onde houver a mesma razão, aplica-se o mesmo direito*.

Ademais, não se pode esquecer que as normas processuais – inclusive aquelas referentes ao perfil dos procedimentos – devem estar a serviço do direito material e também da prestação da tutela jurisdicional. Pensar de forma diversa implica desprezar todo o avanço da doutrina processual registrado nas últimas décadas.

2.8.7 Subprincípio da economia processual

¹⁸⁶ FERRAZ, Sérgio. **Mandado de segurança**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p. 48.

De acordo com FRANCISCO ANTÔNIO DE OLIVEIRA¹⁸⁷, a economia processual “tem por escopo o máximo de resultado possível com a atuação da lei com um mínimo de emprego da atividade processual”.

Com base na economia processual, portanto, busca-se obter o máximo resultado com o mínimo de dispêndio econômico e temporal¹⁸⁸.

No mandado de segurança, o referido subprincípio tem larga aplicabilidade, quer na emenda da petição inicial¹⁸⁹, quer na adoção de outras medidas que evitem a extinção precoce do processo por meio de sentença terminativa, sempre que o vício detectado for sanável e puder ser regularizado.

¹⁸⁷ OLIVEIRA, Francisco Antônio de. **Manual de processo do trabalho**. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1998. p. 137.

¹⁸⁸ BRASIL, Tribunal de Justiça de Goiás. Agravo de Instrumento n° 47946-3/180. Relator: Des. Almeida Branco. 4ª Câmara Cível. j. 16/03/2006. DJU 04/04/2006.

¹⁸⁹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n° 438685/DF. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. 2ª Turma. j. 06/06/2006. DJU 03/08/2006.

3 UMA NOVA VISÃO DAS FORMAS PROCESSUAIS: ANÁLISE DA APLICAÇÃO DA EFETIVIDADE E DOS SEUS SUBPRINCÍPIOS NO ÂMBITO DO MANDADO DE SEGURANÇA

3.1 MANDADO DE SEGURANÇA

O mandado de segurança, remédio constitucional abordado no presente estudo, encontra previsão expressa nos incisos LXIX e LXX do art. 5º da Constituição Republicana de 1988¹⁹⁰, catalogado no Título II (Dos direitos e garantias fundamentais).

O inc. LXX do art. 5º do texto constitucional possui uma peculiaridade, pois se ocupa do mandado de segurança impetrado sob a forma *coletiva*. Dessa modalidade, entretanto, o presente trabalho não se ocupará, haja vista a restrição do corte metodológico efetuado.

No âmbito infraconstitucional, tratam do *mandamus* as Leis nº 1.533/51, 4.348/64 e 5.021/66. A primeira delas aborda o seu procedimento e as demais elencam outras disposições a ele aplicáveis.

A Constituição Republicana de 1988¹⁹¹ estabelece, no art. 5º, inc. LXIX, que:

Art. 5º [...]

LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas-corpus ou habeas-data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público;

¹⁹⁰BRASIL. Constituição [da] República Federativa do Brasil. 33. ed. São Paulo : Saraiva, 2004.

¹⁹¹BRASIL, Constituição [da] República Federativa do Brasil. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

Como a previsão constitucional admite o mandado de segurança somente quando não for o caso de utilização dos outros dois *writs* acima mencionados (*habeas corpus* e *habeas data*), costuma-se dizer que ele possui perfil *residual*, embora seja bastante ampla a gama de direitos tuteláveis por seu intermédio.¹⁹²

Considerando as semelhanças existentes entre as garantias constitucionais supracitadas e a própria dificuldade em identificar o remédio adequado em algumas situações específicas, o princípio da efetividade processual recomenda a existência de fungibilidade entre eles, principalmente entre o *habeas corpus* e o mandado de segurança. Acerca do tema, remete-se o leitor ao *item 2.8.1* dessa dissertação, no qual o assunto foi abordado de forma mais alentada.

Em tempos nos quais se fala em “fungibilidade dos meios” e de uma “outra dimensão” da fungibilidade, reputa-se adequado um tratamento de tais situações tendo em vista a efetividade processual.

Seja como for, alguns autores preferem se referir ao mandado de segurança e ao *habeas corpus* como “remédios jurídicos”, expressão utilizada sobretudo para se reportar à multifuncionalidade de ambos.

Neste sentido aponta a lição de FRANCISCO GÉRSON MARQUES DE LIMA¹⁹³:

[...] as ações constitucionais possuem, de seu turno, características peculiares que as qualificam e as topificam num ambiente especialíssimo. É o caso, dissemos, do *habeas corpus* e do mandado de segurança, por apresentarem uma variabilidade muito grande, de ampla utilização e emprego multifário, pois: a) ora são impetrados como autênticas ações originárias perante o Judiciário, para a tutela dos direitos definidos na Constituição; e b) ora apresentam traços de recursos jurídicos, na medida em que visam a reformar atos praticados pelo juiz no próprio processo (exemplo: art. 648, VI, do CPP - *habeas corpus* quando o processo for manifestamente nulo; Lei 1.533, de 1951, art. 5º, II, a *contrario sensu*). Esta possibilidade de emprego variável atraiu ditas ações a sinonímia de *remédios jurídicos* e de *remédios heróicos*.

¹⁹² BUENO, Cassio Scarpinella. **Mandado de segurança**: comentários às leis n. 1.533/51, 4.348/64 e 5.021/66. 3. ed. São Paulo : Saraiva, 2007. p. 18.

¹⁹³ LIMA, Francisco Gérson Marques de. **Fundamentos constitucionais do processo** (sob a perspectiva de eficácia dos direitos e garantias fundamentais). São Paulo : Malheiros Editores, 2002. p. 224.

Extrai-se, portanto, que os *writs* possuem grande plasticidade no seu uso cotidiano, não sendo raro o manejo deles como verdadeiros sucedâneos recursais, isto é, acabam fazendo as vezes de um recurso.

A corrente majoritária, entretanto, aponta no sentido de que o mandado de segurança possui a natureza jurídica de ação, mas não de uma “ação” qualquer. Transcrevem-se, a seguir, as palavras de ADA PELLEGRINI¹⁹⁴:

O mandado de segurança como também o *habeas corpus*, a ação popular e, hoje, o *habeas data* e o mandado de injunção, não são simples ações, reconduzíveis ao princípio de que ‘a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito’ (art. 5º, XXXV, da CF vigente). Assim fosse, não haveria necessidade de a Constituição delinear, em separado, os referidos remédios. O certo é que os instrumentos constitucionais-processuais são ações a que a Constituição atribuiu – na feliz expressão de Kazuo Watanabe – *eficácia potenciada*.

Bastante significativa, também, é a lição de LEONARDO JOSÉ CARNEIRO DA CUNHA¹⁹⁵, segundo o qual:

O mandado de segurança constitui uma ação, exatamente porque provoca a atividade jurisdicional, subordinando-se à existência das condições da ação e formando um processo, com pedido que será resolvido por uma sentença, devendo, ademais, conter os pressupostos processuais de existência e de validade.

A ação de mandado de segurança provoca a instauração de um processo, desencadeado num procedimento especial, disciplinado na Lei nº 1.533/1951.

Embora este trabalho adote o entendimento de que o *mandamus* é uma ação civil (isto é, não penal e não trabalhista)¹⁹⁶, pela sua feição especialíssima de remédio jurídico (a exemplo do *habeas corpus*) é possível também oferecer-lhe, em algumas situações, tratamento de recurso. É o que ocorre, por exemplo, com o mandado de segurança contra ato judicial impetrado de forma originária nos tribunais, o qual apresenta perfil de

¹⁹⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo em evolução**. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 1996. p. 98

¹⁹⁵ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A fazenda pública em juízo**. São Paulo : Dialética, 2007. p. 366-367.

¹⁹⁶ BUENO, Cassio Scarpinella. **Mandado de segurança**: comentários às leis n. 1.533/51, 4.348/64 e 5.021/66. 3. ed. São Paulo : Saraiva, 2007. p. 11.

sucedâneo recursal e possui muitos pontos em comum com o Agravo de Instrumento. Tal tema, por não caber dentro do presente tópico, será analisado de forma mais detalhada no *item 3.18* (relativo ao procedimento do *mandamus* nos tribunais), principalmente na parte que cuida da aplicação do art. 557 do CPC.

Embora seja bastante realçada na doutrina a configuração do *mandamus* como *ação* – aspecto este que ressalta o rigor dos aspectos formais, principalmente no tocante ao seu juízo de admissibilidade, sendo exemplo disso o uso freqüente e muitas vezes inflexível da condição do “interesse-adequação” – pouco se fala do mandado de segurança enquanto *procedimento* – suscetível, sob o prisma da efetividade, de adequações e adaptações em nome da economia processual, ao menos para preservar a distribuição e as custas já pagas.

Reputam-se bastante oportunas, neste particular, as considerações de FREDIE DIDIER¹⁹⁷:

Pensamos que os processualistas não se aperceberam da importância da análise do mandado de segurança como um procedimento, esquecendo ou minimizando a circunstância de que, ao menos no enfoque estritamente processual do tema, estamos diante de um simples procedimento especial.

Acerca do tema, o presente trabalho também tecerá considerações específicas, no momento oportuno.

3.1.1 A premissa inarredável para a interpretação do mandado de segurança

¹⁹⁷ DIDIER JUNIOR, Fredie. Natureza jurídica das informações da autoridade coatora no mandado de segurança. In: BUENO, Cássio Scarpinella; ARRUDA ALVIM, Eduardo; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coords.). **Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança** – 51 anos depois. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 367.

Por se tratar o mandado de segurança de um remédio jurídico com assento na Constituição Republicana – mais precisamente no Título II, reservado ao tratamento dos direitos e garantias fundamentais – faz jus a uma interpretação que acentue a efetividade da tutela por ele oferecida e, por via de consequência, maximize seus resultados no plano do direito material.

Por outras palavras, se a efetividade já figura como lanterna que ilumina o caminho do intérprete em toda e qualquer operação exegética operada no seio processual, aqui e nos demais *writs* constitucionais ela deve ser utilizada em sua amplitude máxima. Afinal de contas, é preciso deixar claro que não foi por acaso que o *mandamus* foi catalogado entre as garantias constitucionais: se o constituinte assim o fez, foi porque o enxergou como um instrumento diferenciado e com aptidão para oferecer uma *tutela jurisdicional adequada* na acepção mais larga do termo.

Com efeito, em busca da exegese mais consentânea com seu perfil de garantia constitucional, aplica-se aqui o brocardo latino segundo o qual deve ser restringido o odioso e ampliado o favorável (*odiosa restringenda, favorabilia amplianda*).

Com a precisão que lhe é peculiar, cumpre reproduzir as palavras de SÉRGIO FERRAZ:

[...] partejado que foi como instrumento das liberdades fundamentais, inserido que está dentre as garantias mestras, o mandado de segurança há de ser *sempre* liberalmente encarado e compreendido. É dizer: hão de ser mínimos os impedimentos e empecilhos à sua utilização; na dúvida quanto ao seu cabimento, há de preponderar o entendimento que se inclina em seu favor; nas questões polêmicas que seu estudo suscite, há de prevalecer a corrente que se revele produtora da maior amplitude de suas hipóteses de incidência e de espectro de atuação. [...] o mandado de segurança, em seu cabimento e amplitude, há de ser admitido de forma amplíssima, tendo-se por ilegítimo tudo que amesquinhe tal parâmetro.”

Quando este estudo fez menção a alguns paradigmas emergentes, o *tópico 1.4*, por exemplo, tratou da concepção semântica de “norma”, que passa a visualizá-la não mais como “objeto” da interpretação, mas sim como seu “resultado”.

Tentando trazer tal idéia para o plano da interpretação do *mandamus*, cumpre deixar claro que todas as vezes nas quais os “textos” sobre mandado de segurança derem origem a duas ou mais “normas”, o hermeneuta deverá preferir a exegese (=sentido construído) que potencialize a efetividade do *mandamus*.

3.1.2 Classificação

Nas palavras de GENARO CARRIÓ¹⁹⁸, as classificações não devem ser encaradas como verdadeiras ou falsas, mas sim como úteis ou inúteis. É que as classificações não se destinam a conceituar ou descrever realidades, mas somente a agrupá-las¹⁹⁹.

No caso sob exame, a classificação tem importância em razão do próprio corte metodológico efetuado nesse trabalho, que se propôs a focalizar apenas o mandado de segurança na sua modalidade individual repressiva.

O primeiro critério classificatório, que considera se já ocorreu ou não a ofensa ao direito, divide o *mandamus* em preventivo ou repressivo. Enquanto este pressupõe já ter acontecido a violação (daí a razão da sua denominação), aquele é ajuizado antes da ocorrência da lesão (isto é, diante da simples ameaça ao patrimônio jurídico).

O segundo critério, por sua vez, leva em conta a titularidade do direito tutelado, dividindo o *writ* em individual ou coletivo. Será individual quando o direito pertence a quem o invoca, e coletivo quando pertencer a uma coletividade ou categoria, sendo postulado por partido político, por organização sindical, por entidade de classe ou por

¹⁹⁸ CARRIÓ, Genaro R. **Notas sobre derecho e lenguaje**. Buenos Aires : Abeledo-Perrot, 1973. p. 72-73.

¹⁹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. As novas sentenças e os novos poderes do juiz para a prestação da tutela jurisdicional efetiva. In: DIDIER JR, Fredie (Coord.). **Leituras complementares para concursos**. Salvador : JusPodivm, 2004, v. II. p. 120.

associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos 01 (um) ano (CF/88, art. 5º, inc. LXX, a e b)²⁰⁰.

3.1.3 Direito líquido e certo

Poucos temas, na seara do direito processual, provocam discussões tão acirradas quanto o denominado “direito líquido e certo” exigido no bojo do mandado de segurança.

A referida expressão, que é alvo de críticas em virtude de sua vagueza semântica, dá margem a diversas categorizações, como será visto no momento oportuno do presente trabalho.

Por ora, cumpre ter em mente que “líquido e certo” não é propriamente o *direito*, mas sim o *fato*, ou melhor, a *afirmação de fato* feita pela parte autora²⁰¹. Embora seja comum na jurisprudência a menção de que o jurisdicionado “não tem *direito líquido e certo* a determinado bem da vida”, o estudioso não se deve deixar seduzir pela literalidade da expressão, pois ela abarca um conceito de *índole processual* que não se confunde com o *direito subjetivo*.

Quando se diz que o *mandamus* exige a comprovação do *direito líquido e certo*, está-se a reclamar que os *atos* alegados pelo impetrante estejam, desde já, *comprovados*, devendo a petição, como regra, vir acompanhada dos documentos indispensáveis a essa comprovação. Daí a exigência de a prova, no *writ*, ser pré-constituída.²⁰²

Reputa-se adequada a lição de MACHADO SEGUNDO²⁰³, que merece transcrição:

²⁰⁰ CUNHA, Leonardo José Carneiro. **A fazenda pública em juízo**. 5. ed. São Paulo : Dialética, 2007. p. 369.

²⁰¹ Idem, *ibidem*, p. 366-367.

²⁰² Idem, *ibidem*, p. 360-361.

²⁰³ MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Processo Tributário**. São Paulo : Atlas, 2004, p. 308-309.

[...] a liquidez e a certeza de um direito, para fins de mandado de segurança, estão relacionados ao componente factual, ou à inexistência de controvérsia quanto aos fatos que lhe servem de suporte. Pode-se discutir, até não mais poder, a interpretação das normas, mas não pode haver divergência quanto à ocorrência dos fatos necessários à incidência dessas normas. Em outras palavras, considerando-se que todo direito subjetivo decorre da incidência de uma norma sobre um fato, diz-se que esse direito subjetivo é 'líquido e certo' quando não há dúvidas, nem controvérsia, quanto à ocorrência do fato do qual decorre, podendo, naturalmente, haver controvérsia quanto à norma ou às normas correspondentes, sua interpretação, aplicação etc. (Súmula 625 do STF). Há muito, aliás, o STF consignou que direito líquido e certo é aquele que 'resulta de fato certo, e fato certo é aquele capaz de ser comprovado de plano, por documento inequívoco'.

Assim, e em suma, para estar configurada no mandado de segurança a *liquidez e certeza*, basta que o impetrante não questione os fatos tal como narrados no ato contra o qual se insurge (v.g., um lançamento), ou, se for o caso de questioná-los, junte à inicial prova pré-constituída, inequívoca, que estribe sua versão quanto a esses mesmos fatos.²⁰⁴

3.1.4 Ilegalidade ou abuso de poder: mérito do mandado de segurança

Quer no texto da Constituição Federal de 1988, quer no da Lei nº 1.533/51, há menção sobre o cabimento do *mandamus* para atacar ato coator eivado de ilegalidade ou de abuso de poder. Antes de tecer outros comentários, cumpre delinear as características dos vícios em questão.

De acordo com EDUARDO ARRUDA ALVIM²⁰⁵, a distinção normalmente feita pela doutrina entre ilegalidade e abuso de poder diz com a natureza do ato praticado pela autoridade impetrada. Então, se o ato for *vinculado*, fala-se em *ilegalidade*; se *discricionário*, pode haver *abuso de poder*.

²⁰⁴ MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Processo Tributário**. São Paulo : Atlas, 2004, p. 309.

²⁰⁵ ALVIM, Eduardo Arruda. **Mandado de segurança no direito tributário**. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1998. p. 105-106.

Ainda na esfera doutrinária, há também quem critique a referência à *ilegalidade* e ao *abuso de poder* por entender que o segundo está compreendido no bojo da primeira. Dito de outro modo, a ilegalidade figuraria como *gênero* do qual o abuso de poder seria uma das suas espécies. Acerca do tema, cumpre reproduzir a lição de MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO²⁰⁶:

[...] a ilegalidade ocorre quando haja qualquer tipo de ofensa à lei, podendo o vício dizer respeito à competência, à forma, ao objeto, ao motivo ou à finalidade. O abuso de poder é uma ilegalidade que pode dizer respeito à *competência* ou à *finalidade* do ato. No primeiro caso, tem-se o *excesso de poder*, em que a autoridade excede os limites de sua competência, exorbita de suas atribuições; no segundo, tem-se o *desvio de poder*, em que a autoridade atua contra o interesse público ou com finalidade diversa da que decorre implícita ou explicitamente da lei.

Outra crítica muito comum, em tempos nos quais aflora o pós-positivismo, refere-se à estreiteza semântica do termo “ilegalidade”, que à primeira vista parece abarcar apenas as ofensas à “lei” (isto é, ao texto positivado de caráter infraconstitucional). Melhor seria, na visão de alguns estudiosos, substituir o vocábulo em apreço por “ato contrário à juridicidade”, exatamente para contemplar o uso do *mandamus* também no caso dos atos lesivos à Constituição e aos princípios jurídicos.

Parece partilhar de tal entendimento o Ministro CARLOS AYRES BRITTO (do Supremo Tribunal Federal), que ao proferir seu voto em um julgamento recente²⁰⁷ asseverou o seguinte:

Esse lapidar conceito de Miguel de Seabra Fagundes, segundo o qual administrar é aplicar a lei de ofício, talvez esteja a exigir uma atualização. [...] Então, se tivéssemos que atualizar o conceito de Seabra Fagundes, adaptando-o à nova sistemática constitucional, diríamos o seguinte: administrar é aplicar o Direito de ofício, não só a lei.

²⁰⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Mandado de segurança: ato coator e autoridade coatora. In: GONÇALVES, Aroldo Plínio (Coord.). **Mandado de segurança**. Belo Horizonte : Del Rey, 1996. p. 149.

²⁰⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário no Mandado de Segurança nº 24699/DF. Relator: Ministro Eros Grau. 1ª Turma. j. 30/11/2004, DJU 01/07/2005.

Ultrapassados os esclarecimentos conceituais, já é possível enfrentar a questão principal deste tópico.

Doutrinadores como ALFREDO BUZAID²⁰⁸ e CELSO AGRÍCOLA BARBI²⁰⁹ encartam a ilegalidade e o abuso de poder como pressupostos de admissibilidade do *mandamus*.

Entretanto, não parece ser esta a posição mais abalizada, pois tais elementos não podem ser inseridos na categoria das condições da ação, mas sim no âmbito do mérito. Ora, se inexistir a conduta da autoridade (comissiva ou omissiva), eivada de ilegalidade ou de abuso de poder, o pedido formulado no *writ* deverá ser julgado improcedente.

Salvo melhor juízo, somente quando da prolação da sentença será possível dizer se o ato da autoridade foi praticado com ilegalidade ou abuso de poder, sendo, pois, matéria de mérito do mandado de segurança.²¹⁰

Por isso, se ao final do processamento do *mandamus* o julgador verificar que não houve, por parte da autoridade, qualquer lesão a direito – ou ameaça de lesão – praticadas com ilegalidade ou abuso de poder, deverá denegar a segurança, julgando a questão pelo mérito.²¹¹

3.1.5 Utilização subsidiária das normas do CPC

Está mais do que pacificada na doutrina a questão da aplicabilidade subsidiária do CPC nas matérias afetas ao mandado de segurança.

²⁰⁸ BUZAID, Alfredo. **Do mandado de segurança**, vol. 1. São Paulo : Saraiva, 1989. p. 107.

²⁰⁹ BARBI, Celso Agrícola. **Do mandado de segurança**. 8. ed., Rio de Janeiro : Forense, 1998. p. 62.

²¹⁰ AURELLI, Arlete Inês. **O juízo de admissibilidade na ação de mandado de segurança**. São Paulo : Malheiros Editores, 2006. p. 225

²¹¹ Idem, *ibidem*.

Como seria desgastante e até desnecessário elencar todas as disposições do Código de Processo passíveis de incidência nos assuntos referentes ao *mandamus*, cumpre encontrar uma regra geral para nortear esta aplicação.

Acerca do tema, cumpre transcrever a idéia de CASSIO SCARPINELLA BUENO²¹²:

Decorrencia disso é que se aplicam ao mandado de segurança todas as regras do Código de Processo Civil que, não regulamentadas pela Lei nº 1.533/51, são necessárias para a *realização* e *concretização* do mandado de segurança. Seja no que diz respeito à sua tramitação procedimental, seja com relação às novas e recentes incorporações do sistema processual civil quanto à eficácia de suas decisões.

Complementam perfeitamente a concepção supracitada as idéias de EDUARDO TALAMINI²¹³:

[...] não se quer afirmar a pura e simples aplicabilidade ao mandado de segurança de todas as regras do Código. Não incide, obviamente, nenhum dos dispositivos que sejam incompatíveis com a essência constitucional do mandado de segurança: instrumento célere, de cognição sumária e “eficácia potenciada”. Assim, por exemplo, não se pode pretender a aplicação das normas do Código acerca da produção de provas orais ou periciais, em face da exigência de prova preconstituída apta a caracterizar o “direito líquido e certo”. Mas, por outro lado, é imperativa a incidência subsidiária das normas do Código que se prestem a realçar os atributos constitucionais do mandado de segurança – especialmente as que sirvam para conferir maior efetividade à tutela através dele gerada. Trata-se de considerar a diretriz pela qual os direitos e garantias fundamentais devem ser otimizados, de modo a receber o máximo de eficácia possível.

Como exemplos das possíveis normas do CPC capazes de ampliar a efetividade do *mandamus*, podem ser citadas as seguintes: **a)** art. 13; **b)** o Parágrafo único do art. 14, para estender a multa à pessoa da autoridade coatora que se recuse a cumprir a determinação judicial; **c)** arts. 130 e 399, para oferecer ao juiz mais liberdade na requisição de documentos necessários ao julgamento; **d)** art. 284, relativo à possibilidade de emenda da inicial, inclusive para a juntada de documentos

²¹² BUENO, Cassio Scarpinella. **Mandado de segurança**: comentários às leis n. 1.533/51, 4.348/64 e 5.021/66. 3. ed. São Paulo : Saraiva, 2007. p. 199.

²¹³ TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer**: e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, Arts. 461 e 461-A, CDC, Art. 84). 2. ed. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 448.

indispensáveis à propositura da ação; **e)** art. 285-A, que trata da rejeição liminar da petição inicial; **f)** art. 461, principalmente no tocante às medidas coercitivas e de apoio nele previstas; **g)** § 2º, primeira parte e § 3º do art. 475, no tocante a o descabimento da remessa necessária; **h)** art. 522, referente ao agravo de instrumento, que durante muito tempo ensejou divergência jurisprudencial.

Um aspecto ainda não abordado pelos doutrinadores que se ocupam do mandado de segurança diz respeito às lacunas ontológicas e axiológicas existentes no bojo da Lei nº 1.533/51.

Em tópico específico deste trabalho (item 1.12), já se fez menção à necessidade de avanço no âmbito da teoria das lacunas do direito, a fim de reconhecer como incompleto o microsistema processual do mandado de segurança quando, ainda que disponha de regramento sobre determinado instituto, este não se apresenta adequado para o enfrentamento das demandas contemporâneas, carecendo da supletividade de outros sistemas que apresentem institutos mais modernos e eficientes.

É o que acontece, por exemplo, com os arts. 8º e Parágrafo único do art. 12 da Lei nº 1.533/51, cujos textos já apresentam notório “envelhecimento” quando comparados com os arts. 284 e 475 (§§ 2º e 3º) do CPC.

Nesses casos, deve ser reconhecida a lacuna axiológica no sistema, com a subsequente aplicação da norma que confira mais efetividade nos resultados do *mandamus*.

3.1.6 Aspectos que fazem do mandado de segurança um instrumento efetivo para a defesa de direitos fundamentais

Quando se fala em “processo efetivo”, a rigor, não se está preconizando que a efetividade contemple apenas o autor, segundo pensamento muito comum na praxe forense.

Ocorre que no mandado de segurança, realmente, há alguns aspectos que permitem a conclusão de que seu procedimento (ao menos em tese) é mais favorável ao impetrante, o que, no final das contas, não poderia ser diferente. Como o regime jurídico administrativo oferece à Administração uma expressiva série de poderes para bem exercer o seu mister, era preciso um remédio reforçado para sustar rapidamente os atos ofensivos aos direitos fundamentais. E daí surgiu o *mandamus*, cujo procedimento não desconhece a desigualdade existente entre o Poder Público e o administrado, que, na maioria das vezes, figura como a parte mais fraca da relação.

Tal discrimen é perfeitamente justificável sob o prisma da isonomia, mormente se for considerado que o processo contemporâneo prestigia a “igualdade material”. Parecem corroborar essa assertiva os aspectos abaixo, que ainda fazem do *mandamus* uma via bastante atraente. São eles os seguintes: **a)** possibilidade de concessão de liminar até mesmo de ofício; **b)** requisição de documentos pelo magistrado (Parágrafo único do art. 6º da Lei nº 1.533/51); **c)** não há dilação probatória, o que contorna as agendas sempre lotadas dos juízos e as sucessivas audiências malogradas por problemas de intimação; **d)** prazo de 10 (dez) dias para o oferecimento das informações, enquanto no procedimento ordinário a contestação pode ser oferecida em 60 (sessenta) dias; **e)** no procedimento do *mandamus* não há previsão de réplica (10 dias) e de alegações finais (10 dias); **f)** coisa julgada “secundum eventum probationis”, ou seja, ela não impede o ajuizamento de outra demanda quando os fatos forem controvertidos; **g)** quando o *mandamus* for decidido em única instância pelos tribunais superiores e for denegatória a decisão, é possível a interposição de recurso ordinário dirigido ao STJ e ao STF (destinado apenas ao Impetrante), no qual, como o próprio nome já sugere, é cabível o reexame de provas; **h)** eventual apelação contra a sentença concessiva da segurança será dotada apenas de efeito devolutivo; **i)** conclusão ao relator no prazo de 24 (vinte e quatro) horas a partir da distribuição (Parágrafo único do art. 17 da Lei nº 1.533/51); **j)**

possui preferência de processamento e de julgamento, sendo preterido apenas pelo *habeas corpus*; **l)** a eficácia predominante das sentenças proferidas no *writ* é a mandamental, consistindo em ordem auto-executável para que seu destinatário cumpra a determinação *in natura*; **m)** apresenta uma versatilidade que lhe oferece ampla utilização e emprego, inclusive para atacar atos judiciais (quando ajuizado como sucedâneo recursal); **n)** diferentemente da maioria das outras ações (excepcionadas, por exemplo, a ação rescisória e anulatória de atos processuais), o *mandamus* presta-se a discutir não só questões de direito material, mas também de direito processual; **o)** outro ponto a ser considerado é o de que no mandado de segurança não há condenação da parte vencida no pagamento de honorários de sucumbência, o que pode recomendar o emprego desse instrumento para evitar que uma disputa em torno de valores elevados culmine com o agravamento destes em até 20% (vinte por cento), como pode ocorrer, por exemplo, nas demandas tributárias, sem falar que a condenação ao pagamento dos honorários no *mandamus* poderia causar um desestímulo quanto ao seu uso, “representando forte barreira psicológica – o chamado argumento *ad terrorem* referido magistralmente por Moniz de Aragão – a impedir a plena efetividade dessa garantia constitucional”.²¹⁴

Nos tópicos seguintes, será feita uma análise mais detalhada de cada uma dessas peculiaridades, que fazem do mandado de segurança um remédio jurídico “potenciado” e “reforçado”.

3.2 DA DISTRIBUIÇÃO E DOS PROCEDIMENTOS CARTORÁRIOS

A distribuição tem lugar, de acordo com os arts. 251 e 252 do CPC, onde houver mais de um juiz (*rectius*: juízo) ou mais de um escrivão, situação na qual os processos

²¹⁴ CAVALCANTE, Mantovanni Colares. **Mandado de segurança**. São Paulo : Dialética, 2002. p. 220.

deverão ser sorteados dentre aqueles abstratamente competentes, de forma alternada, com rigorosa atenção ao princípio da igualdade.²¹⁵

Como é cediço, as regras de distribuição servem para concretizar a competência onde há mais de um juízo e foram criadas com olhos no princípio do juiz natural – que é, sobretudo, o juiz legalmente competente.²¹⁶

A importância do tratamento da distribuição neste estudo diz respeito aos prejuízos que seu retardamento pode causar à parte impetrante, principalmente naqueles casos urgentes. Algumas situações freqüentes encontradas no foro são as seguintes: **a)** liberação de mercadorias perecíveis oriundas de outro Estado da federação, apreendidas em razão de pretensas irregularidades tributárias; **b)** obtenção de Certidão Negativa de Débito para participação em licitação; **c)** obtenção de medicamentos fundamentais para a sobrevivência da pessoa; **d)** impetração do *writ* na véspera, para ingresso em instalação na qual será realizado concurso público, quando para a realização da prova o edital prevê exigências ofensivas à razoabilidade (como a apresentação de carteira da OAB, por exemplo, haja vista o verbete sumular nº 266 do STJ).

Nas situações arroladas acima, se o requerimento de liminar não for apreciado a tempo, o Magistrado poderá se deparar com indesejáveis conseqüências no plano empírico, que vão desde a deterioração de mercadorias, até o óbito do jurisdicionado que necessita do remédio.

Defende-se aqui que, nos casos mais urgentes, a distribuição do mandado de segurança seja feita de imediato, a fim de se evitar prejuízo às situações “agônicas” tão freqüentes no foro.

²¹⁵ DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Direito processual civil**: tutela individual e coletiva, Vol. I. 5. ed. Salvador: JusPODIUM, 2005, p. 101.

²¹⁶ Idem, *ibidem*.

Até a implantação da “justiça virtual” em todo o país, é recomendável a existência de uma *distribuição eletrônica* que seja deflagrada *várias vezes* ao dia. Em pleno século XXI, não há mais espaço para os sorteios morosos realizados apenas uma vez ao dia. É necessária uma mudança imediata, nos moldes daquela adotada recentemente pelo Pretório Excelso (STF), que atende aos cânones ora propostos.

O constituinte derivado demonstrou preocupação com a temática em apreço. Tanto é assim que a EC 45/04 introduziu relevante mudança na Constituição, no sentido de prever que a distribuição de processos será imediata, em todos os graus de jurisdição (art. 93, inc. XV).

No tocante aos procedimentos cartorários, até o advento do denominado “processo virtual” – que poderá colaborar com a agilização tão desejada por todos – a recomendação é no sentido de que sejam abolidas as providências desnecessárias, como por exemplo carimbar cada uma das folhas dos autos antes de numerá-las e rubricá-las, ou mesmo repetir procedimentos já adotados em primeiro grau, como ocorre com as reatuações promovidas pelos tribunais.

Os procedimentos cartorários desnecessários atrasam a chegada dos autos às mãos do juiz e, mormente nos casos urgentíssimos com pedido de liminar, podem até mesmo frustrar o resultado útil do processo. No atual estágio de desenvolvimento humano, não é crível que os autos demorem *dias* para chegar ao gabinete do julgador.

Por outras palavras, de nada vale a agilidade na distribuição se o Cartório ou Secretaria retarda a entrega dos autos ao magistrado. E tamanha foi a preocupação do legislador com tal assunto que o Parágrafo único do art. 17 da Lei nº 1.533/51 deixa clara a necessidade de se imprimir celeridade ao exame do *mandamus*, ao prever, expressamente, que o prazo de conclusão dos autos ao juiz ou relator (Desembargador, Ministro), não poderá exceder de 24 (vinte e quatro) horas, a contar a distribuição.

É preciso lembrar, outrossim, que nas academias jurídicas há uma absurda carência no tocante à disciplina de *administração judiciária*, quando é cediço que o juiz, querendo ou não, figura como diretor e gestor das atividades realizadas pelo cartório do juízo. E um dos dramas mais visíveis é exatamente este: candidatos recém-aprovados nos concursos para a magistratura (e que nunca tiveram contato com aspectos administrativos) tornam-se gestores de cartórios do dia para a noite.

Embora a questão da administração judiciária extravase os limites deste trabalho, é necessário realçar a importância da capacitação dos magistrados no campo administrativo, a fim de que sejam racionalizados e aperfeiçoados os procedimentos utilizados nas Varas.

Faz-se mister, mais do que nunca, uma mudança de mentalidade que subverta os valores anacrônicos que baldam a eficácia da administração judiciária brasileira. Neste particular, um estudo mais aprofundado da efetividade pode ser um bom começo.

3.3 COMPETÊNCIA

Um dos aspectos mais particulares do mandado de segurança diz respeito à competência para o seu processamento.

Isso porque, para a verificação do órgão jurisdicional competente para processar e julgar o *mandamus*, é preciso, primeiramente, identificar a autoridade coatora, pois o grau hierárquico dela e o seu eventual *status* de autoridade federal serão fundamentais para apurar onde a demanda deverá ser ajuizada.

Em se tratando do aspecto *hierárquico*, a competência para examinar o *writ* impetrado contra atos de autoridades dos mais altos escalões costuma pertencer aos tribunais,

calhando ressaltar que nesses casos deve haver previsão expressa na Constituição (Federal ou Estadual).

Com efeito, a jurisprudência não vem admitindo que diplomas infraconstitucionais estabeleçam prerrogativas de foro não previstas nas Cartas Magnas.

Cumpra saber, outrossim, se o ato foi praticado por autoridade federal, pois nestes casos a competência pertencerá à Justiça Federal. Considerar-se-á federal a autoridade coatora se as conseqüências de ordem patrimonial do ato impugnado houverem de ser suportadas pela União ou entidade por ela controlada.

Feitas essas considerações preliminares, cumpre saber em que medida o princípio da efetividade pode influenciar a análise dos temas referentes à competência.

O primeiro aspecto a ser realçado diz respeito à concessão de liminares em casos urgentes por órgão jurisdicional incompetente.

O assunto tem grande relevância prática, pois na prática forense não são poucos os casos nos quais os órgãos judicantes incompetentes, diante de situações “agônicas” (isto é, urgentíssimas), remetem os autos ao órgão competente sem analisar o requerimento de liminar, muitas vezes comprometendo o próprio resultado útil do processo.

A partir do momento em que a efetividade é encarada como princípio constitucional e encontra previsão entre os direitos fundamentais do cidadão, a conduta supracitada deve ser repudiada com veemência, pois se não for possível aguardar a remessa dos autos ao órgão competente, *primeiro* o julgador deve se preocupar com a tutela de urgência e, *só depois*, com a questão da competência.

Dito de outro modo, se a remessa ao órgão competente antes da apreciação da liminar puder comprometer o resultado útil do processo, uma eventual colisão entre os

princípios da *efetividade* e do *juiz natural* deve ser resolvida em favor do primeiro, com a utilização da técnica da ponderação.

Outra situação muito comum, que inspira uma releitura, diz respeito ao ajuizamento do *mandamus* perante órgão incompetente porque a autoridade coatora foi indicada de forma errônea. A título ilustrativo, imagine-se o caso no qual o impetrado deveria ser o Gerente de Vantagens e Benefícios mas a parte impetrante, por equívoco, indicou o Secretário Estadual de Recursos Humanos, cujo respectivo remédio heróico, no caso do Estado do Espírito Santo, deve ser aforado originariamente no TJES.

Alguns tribunais, diante de tal cenário, vêm extinguindo o processo de forma prematura, ao argumento de que não seria possível ao juiz ou tribunal determinar que o impetrante retifique o engano no qual incorreu.

Sob o prisma da efetividade, entretanto, seria mais adequado possibilitar ao impetrante a emenda da petição inicial e, cumprida tal providência, efetuar a remessa dos autos ao órgão competente. Tal medida atende não só ao (sub)princípio da economia processual referido no *item 2.8.7* – pois torna desnecessária a propositura de nova demanda e a repetição do pagamento das custas – como também evita a interposição de possíveis recursos que só viriam a emperrar ainda mais a máquina judiciária.

Nos casos em que não é perceptível à primeira vista o equívoco na indicação, caso a autoridade de hierarquia superior venha a defender o mérito do ato impugnado em suas informações, cumpre recordar a possibilidade de utilização da *teoria da encampação*, segundo a qual passa a figurar como impetrado o aludido superior hierárquico. E isso repercute, obviamente, na competência para apreciar o *mandamus*, pois torna *competente* o órgão *originariamente incompetente*. Acerca do tema, serão tecidas considerações mais alongadas no tópico referente à legitimidade *ad causam* no mandado de segurança.

Outra situação delicada, que inspira cuidados, refere-se à invalidação dos atos decisórios praticados quando verificada a incompetência do órgão processante. A indagação que carece de resposta é a seguinte: seria inflexível a regra estampada no § 2º do art. 113 do CPC?

Defende-se, aqui, que não. Sempre que estiverem em jogo direitos fundamentais de grande significação ou mesmo o próprio resultado útil do processo, é possível manter o ato decisório incólume até a sua análise pelo órgão jurisdicional competente. Imagine-se, por exemplo, a situação de cidadão que, graças à decisão proferida no *mandamus*, vem recebendo medicamento indispensável, cuja supressão poderá custar-lhe a própria vida. Como neste caso a invalidação imediata da decisão poderá ocasionar indiscutível risco de morte, não se pode admitir que uma exigência formal venha a preponderar sobre a vida humana e sobre a própria efetividade da tutela jurisdicional.

Em recente julgado²¹⁷, o Tribunal de Justiça do Espírito Santo decidiu que o § 2º do art. 113 do CPC deveria ser interpretado sob a lente do Princípio Constitucional da Efetividade, mormente diante do risco de frustração da própria eficácia do processo. E exatamente para não comprometer o resultado útil buscado pelo autor/agravado, o sodalício capixaba assentou que caberia à Justiça competente apreciar a matéria.

Quer a lição doutrinária, quer a decisão judicial supracitada, parecem estar escoradas na denominada “interpretação *de acordo* com a constituição” pois utilizam os princípios constitucionais como premissas hermenêuticas no processo interpretativo.

Isso possui um aspecto positivo, pois os princípios constitucionais processuais não atuam apenas como garantidores de direitos fundamentais processuais, mas também como diretrizes para a fixação de critérios de interpretação do Direito.

²¹⁷ BRASIL, Tribunal de Justiça do Espírito Santo. Recurso de Agravo Interno no Agravo de Instrumento nº 024.06.901122-9. Relatora: Desembargadora Catharina Novaes Barcellos. 4ª Câmara Cível. J. 21/11/06, DJES 12/01/07.

Por fim, o que o tribunal deve fazer se, ao apreciar o recurso ou a remessa necessária relativos ao *writ*, verificar a existência de dúvida objetivamente justificável quanto à competência do órgão *a quo*?

SAMUEL MEIRA BRASIL JÚNIOR, com refinado tirocínio, oferece um exemplo que auxilia a compreensão da questão ora proposta:

[...] Em alguns Estados, o Código de Organização Judiciária outorga competência para julgar mandados de segurança apenas às varas de fazenda pública. Não obstante, alguns juízes entendem que a competência é da vara cível, nas hipóteses em que a parte não é pessoa jurídica de direito público, *v.g.*, em mandado de segurança impetrado em face de ato de dirigente de sociedade de economia mista, tendo, por objeto, um procedimento licitatório. Aqui, poderia haver dúvida sobre quem detém a competência. Nesse caso – e se o órgão revisor do julgado for competente para o recurso de ambos os juízos – não vemos razão para deixar de convalidar a sentença.²¹⁸

O presente trabalho segue a mesma linha de raciocínio sustentada por BRASIL JÚNIOR, que assim sintetiza seu entendimento:

Se houver dúvida objetivamente justificável quanto à competência do órgão judicante, o órgão revisor (tribunal) pode convalidar a sentença proferida por juiz absolutamente incompetente, se e somente se tiver competência recursal, inclusive em razão da especificidade da matéria.²¹⁹

3.4 A DISTINÇÃO ENTRE AÇÃO, PROCESSO, PROCEDIMENTO E TUTELA

A jurisdição, como é cediço, é exercida pelo juiz e por meio do processo. Em outras palavras, o processo é o instrumento pelo qual o Estado exerce a jurisdição.

²¹⁸ BRASIL JÚNIOR, Samuel Meira. **Justiça, direito e processo**: a argumentação e o direito processual de resultados justos. São Paulo : Atlas, 2007. p. 135.

²¹⁹ BRASIL JÚNIOR, Samuel Meira. **Justiça, direito e processo**: a argumentação e o direito processual de resultados justos. São Paulo : Atlas, 2007. p. 161.

Para o exercício da jurisdição por meio do processo são traçados, pela lei, vários procedimentos, cuja estrutura se destina ao atendimento das sutilezas e peculiaridades do direito material discutido.

Na prática forense, são muito comuns as confusões entre os institutos da “ação”, do “processo”, do “procedimento” e da “tutela”.

Embora se costume dizer que alguém ajuizou uma “ação ordinária” ou mesmo uma “ação de rito ordinário”, cumpre ressaltar que a *ação*, rigorosamente falando, não possui *procedimento* nem se pode confundi-la com este.

A *ação*, conforme definição clássica, vem a ser um direito subjetivo público e abstrato exercido contra o Estado, por meio do qual se pode pedir a este a tutela jurisdicional.

No caso das expressões supracitadas, “ordinário” é o *procedimento* de que um *processo* se valerá durante o exercício da função jurisdicional com vistas à concessão de tutela jurisdicional. Não a “ação” em si mesma considerada.²²⁰

Procedimento, portanto, é o lado extrínseco, palpável, sensível e constatável objetivamente, pelo qual se desenvolve o *processo* ao longo do tempo²²¹.

Existe muita cautela, por parte dos processualistas, no emprego do vocábulo *processo*. Há mais de um século, obra bastante festejada denunciava o vício em que incorria a doutrina anterior, de conceituar o processo como a mera marcha, ou avanço gradual, em direção ao provimento jurisdicional demandado. Defini-lo assim equivaleria a reduzi-lo a simples *procedimento*, quando o processo é uma entidade complexa, que deve ser

²²⁰ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**: teoria geral do direito processual civil, *Volume I*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 453.

²²¹ Idem, *ibidem*, p. 446.

encarada pelo dúplice aspecto da relação entre seus atos (procedimento) e também da relação entre os seus sujeitos (relação jurídica processual)²²².

Também não se confundem, tecnicamente falando, os conceitos de “tutela” e “procedimento”, pois a primeira vem a ser exatamente a proteção buscada em juízo, ao passo que o segundo, como já se fez questão de demonstrar, traduz a feição ritual (ou aspecto externo) do processo.

Costuma-se dizer, com certa freqüência, que o mandado de segurança estaria encartado entre as denominadas “tutelas jurisdicionais diferenciadas” – assim denominadas, insta frisar, aquelas que não estivessem jungidas ao procedimento ordinário, notadamente mais extenso e moroso.

Com o devido respeito, tal concepção não parece ser a mais abalizada, pois a diferença do *mandamus* não está, propriamente, na *tutela* oferecida, mas sim no *procedimento* compacto que o caracteriza. Por isso, defende-se que o remédio heróico é exemplo de *procedimento diferenciado* e não de *tutela diferenciada*. Não destoia de tal orientação a lição de LUIZ GUILHERME MARINONI²²³:

Antes de tudo, corrija-se a impropriedade de se falar em tutelas jurisdicionais diferenciadas no lugar de procedimentos (ou técnicas) jurisdicionais diferenciados, uma vez que, conforme já amplamente demonstrado, a tutela é o resultado, no plano jurídico-substancial, proporcionado pelo procedimento. A necessidade de “tutelas diferenciadas aos direitos” é que demonstrou a insuficiência de um único “procedimento” para a “tutela” dos direitos, e, assim, a necessidade de procedimentos diferenciados.

CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO²²⁴, com seu refinado tirocínio, assevera que embora seja usual associar a *ação* ao *instituto jurídico* posto a fundamento da demanda (v.g.,

²²² DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. Vol. I, 5 ed. São Paulo : Malheiros Editores, 2002. p. 204.

²²³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil, volume 1** : teoria geral do processo. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2006. p. 426.

²²⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. Vol. I, 5 ed. São Paulo : Malheiros Editores, 2002. p. 342.

ação renovatória, ação de prestação de contas, ação de usucapião etc.) ou mesmo ao *resultado* postulado pelo demandante (v.g., ação de anulação e substituição de títulos ao portador), representa uma impropriedade confundir procedimentos especiais com *ação*.

Ao fazer menção aos procedimentos especiais, CASSIO SCARPINELLA BUENO²²⁵ afirma que o vocábulo *ação* é mal-empregado quando acompanha os nomes dos procedimentos especiais (v.g., “ação de consignação em pagamento”, “ação possessória”, “ação monitória” etc.). Para o referido processualista, o que difere estas “ações” entre si não é a *ação* em si mesma considerada – até porque esta não aceitaria variações – mas, mais propriamente, o tipo de tutela jurisdicional solicitada e o procedimento, isto é, a forma de organização dos atos e fatos do processo ao longo do tempo.

A contribuição dos referidos doutrinadores é importante para os fins aqui almejados, pois durante muito tempo os autores trataram do mandado de segurança realçando seu caráter de “ação constitucional típica” – e delineando, inclusive, “condições da ação especiais” a par das já existentes, como ocorre com o “direito líquido e certo”.

Pouca importância se deu, entretanto, à abordagem do mandado de segurança enquanto tipo de *procedimento* que é distinguido dos demais por apresentar características ligadas às técnicas processuais que abarca.

3.5 AS CONDIÇÕES DA AÇÃO E O MANDADO DE SEGURANÇA

A análise do mandado de segurança não dispensa o estudo das categorias da teoria geral do processo, inclusive das denominadas *condições da ação*.

²²⁵ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**: teoria geral do direito processual civil, *Volume 1*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 452.

Embora sejam variadas as abordagens do tema, acolhe-se, aqui, uma idéia lastreada na noção de “modelo constitucional de processo”, que encontra na Constituição a base para o direito de provocar o Estado-juiz em busca de uma manifestação sobre determinada situação da vida.

Distingue-se, portanto, o “direito constitucional de demandar” ou “direito constitucional de ação” (incondicionado, amplo e irrestrito, consistente no “poder de agir em juízo”), do direito “processual de ação”, que, por sua vez, depende do implemento das denominadas “condições da ação”.

Com efeito, todas as vezes nas quais o jurisdicionado invoca esta manifestação do poder do Estado, está o juiz obrigado a lhe dar uma resposta, ainda que esta cristalize a extinção “anormal” do processo.

Destarte, mesmo quando alguma das condições da ação não está presente e o juiz indefere a inicial em razão disso, há prestação jurisdicional por parte do Estado. Nesse caso, conquanto a sentença do magistrado tenha caráter nitidamente processual – já que não abordou o mérito – não há como negar que houve exercício da função jurisdicional.

Acerca do tema, merece transcrição a lição de ARLETE INÊS AURELLI²²⁶:

[...] Assim, a sentença terminativa proferida pelo juiz possui efeitos jurídicos que não podem ser desprezados, embora não sejam tão profundos como os da sentença de mérito. Em razão disso, claramente se pode concluir pela existência de dois direitos autônomos e interligados de forma que um decorre do outro. De fato, nas sentenças terminativas há o exercício do direito constitucional de ação, que é amplo e irrestrito. Mas não há o direito processual de ação, que exige, para sua constituição, a presença das condições da ação.

²²⁶ AURELLI, Arlete Inês. **O juízo de admissibilidade na ação de mandado de segurança**. São Paulo : Malheiros Editores, 2006. p. 107.

Por isso, podem ser identificados dois tipos de direito de ação: a *ação constitucional*, de natureza genérica e especificada no art. 5º, inc. XXXV, da CF/88, e a *ação processual*, que embora seja decorrente da ação constitucional, com ela não se confunde, sendo regulada no processo.²²⁷

Bem ponderadas as coisas, pode-se dizer que o acolhimento das condições da ação pela técnica processual atende até mesmo a razões de economia processual, pois impede que atos sejam praticados em juízo inutilmente.

Mas esse aspecto vantajoso das condições da ação não afasta os riscos oriundos da sua utilização abusiva e indiscriminada. Para todos os efeitos, elas não podem ser enxergadas como se fossem panacéia destinada à cura de todos os males, até porque, em inúmeras situações, o vício pode ser sanado com a simples emenda da petição inicial, sem necessidade de extinguir prematuramente o processo.

Lamentavelmente, mesmo nos casos passíveis de regularização, ainda é corriqueiro o indeferimento liminar da inicial por ausência de condições da ação como a legitimidade para a causa e o “interesse-adequação”. Essa visão do juízo de admissibilidade, sem dúvida alguma, demonstra que o *processualismo* ainda norteia a atividade profissional de boa parte dos magistrados brasileiros.

De uma maneira geral, ainda são poucos os julgadores que raciocinam o processo a partir da Carta Magna, ou melhor, “conforme à Constituição”. Em temas tormentosos como o das “condições da ação”, ainda é rara a utilização de uma técnica processual de viés instrumentalista para impedir a prolação de sentenças terminativas, mesmo quando existem alternativas jurídicas plausíveis para propiciar um julgamento de mérito.

Embora seja pesarosa tal constatação, é preciso reconhecer que em qualquer área do conhecimento humano – inclusive na seara jurídica – a idéia do emprego do menor

²²⁷ AURELLI, Arlete Inês. **O juízo de admissibilidade na ação de mandado de segurança**. São Paulo : Malheiros Editores, 2006. p. 107.

esforço possível independentemente das conseqüências ainda representa uma tentação das mais sedutoras para qualquer profissional. Afinal de contas, quando comparadas as sentenças processuais e as de mérito, não se pode negar que a elaboração das primeiras costuma ser muito mais rápida e singela, pois dispensa estudos no campo do direito material e, para os adeptos da Teoria da Asserção, também a análise da prova acostada aos autos. Além disso, para fins de contabilização da produtividade dos juízes, muitas vezes não há distinção entre sentenças “terminativas” e “definitivas”, o que de certa forma estimula a prolação daquelas.

Mas, em nome da efetividade processual, é preciso resistir ao “canto das sereias” do formalismo excessivo e estéril para oferecer ao jurisdicionado a desejada tutela jurisdicional, consubstanciada num provimento de mérito. Só assim será possível alcançar o escopo social da jurisdição, consistente na promoção do bem comum mediante a pacificação dos conflitos com justiça.

Considerando que o tema das condições da ação possui uma amplitude incompatível com os contornos delimitados no presente estudo, não se pretende aqui esgotá-lo. Por isso, sua investigação estará limitada ao estritamente necessário para os objetivos deste trabalho, que dizem respeito à relativização ou flexibilização da técnica para o alcance do máximo de resultados no plano do direito material.

A seguir, com base na posição perfilhada pelo Código de Processo Civil de 1973, serão analisadas as condições da ação de mandado de segurança e as propostas desse estudo para que sejam mais freqüentes as soluções no plano do mérito.

3.5.1 Legitimidade *ad causam*

De uma forma bem sucinta, pode-se dizer que a legitimidade *ad causam* diz respeito à pertinência subjetiva para figurar nos pólos da relação processual.

Em se tratando do mandado de segurança, é bem amplo o leque dos seus legitimados ativos, abarcando pessoas físicas, jurídicas, entes despersonalizados e, até mesmo, pessoas jurídicas de direito público interno.²²⁸

O Ministério Público também possui legitimidade para impetrar o *mandamus*, e, de acordo com alguns julgados do STJ, não somente em casos que envolvam interesses transindividuais, até porque o *Parquet* tem legitimidade para, via ação mandamental, requerer o cumprimento de políticas sociais.²²⁹

Além disso, cumpre recordar que a Lei n° 8.069/90, em seu art. 201, inc. IX, elenca entre as atribuições do Ministério Público a impetração de mandado de segurança em qualquer juízo, instância ou tribunal, na defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis afetos à criança e ao adolescente.

Diante de tal cenário, há amparo jurídico para que o Ministério Público possa figurar como substituto processual em ações mandamentais envolvendo: **i)** obtenção de vagas em escolas e creches; e **ii)** o fornecimento de medicamentos e tratamentos a crianças e adolescentes.

Mas as conquistas em termos da legitimidade extraordinária do *Parquet* não ficam por aqui, pois o STJ já assentou que:

[...] constitui função institucional e nobre do Ministério Público buscar a entrega da prestação jurisdicional para obrigar o Estado a fornecer medicamento essencial à saúde de pessoa carente, especialmente quando sofre de doença grave que se não tratada poderá causar, prematuramente, a sua morte²³⁰.

²²⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança n° 9.930. 1ª Seção. Relator: Ministro Teori Albino Zavascki. J. 24/11/2004, DJU 17/12/2004.

²²⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n° 503.028. 2ª Turma. Relator: Ministra Eliana Calmon. J. 20/04/2004, DJU 16/08/2004.

²³⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n° 23184. 1ª Turma. Relator: Ministro José Delgado. J. 27/02/2007, DJU 19/03/2007.

Questão interessante, nos casos de impetração do *mandamus* pelo MP, diz respeito à necessidade da colheita da promoção do órgão de execução na condição de fiscal da lei.

Se nas ações civis públicas ajuizadas o Superior Tribunal de Justiça já entendeu dispensável a manifestação do Ministério Público como *custos legis*²³¹, a mesma razão também vale para o *writ*, haja vista a inviabilidade de atuação com imparcialidade quando se assume a condição de sujeito parcial, ainda que na condição de substituto processual.

Ainda sob o ângulo do Ministério Público, outra dúvida muito comum diz respeito à legitimidade ativa para a impetração do *mandamus* contra atos judiciais. No caso de um ato praticado por Desembargador, por exemplo, a qual órgão de execução do Ministério Público compete adotar as medidas cabíveis? E no caso do ato de um juiz?

É preciso recordar, em primeiro plano, que o *Parquet* é uno e indivisível, razão pela qual a legitimidade ativa para a impetração do *mandamus* não é do Promotor de Justiça nem do Procurador de Justiça, mas do Ministério Público representado pelo órgão de execução que possua atribuição legal para tanto. Acerca do tema, há um julgado bastante didático oriundo do STJ, no qual o referido Tribunal pontifica o seguinte:

[...] O Ministério Público é uno e indivisível. A pluralidade de órgãos não afeta a característica orgânica da instituição. Ao membro do Ministério Público, como ao juiz, é vedado atuar fora dos limites de sua designação. Há, por isso, órgãos que atuam em 1ª instância e outros em 2ª instância. O Promotor não atropela o Procurador. O órgão que atua em 1ª instância pode solicitar prestação jurisdicional em 2º grau. Exemplificativamente, a interposição de apelação, no juízo em que atua. O Recurso Especial, porém, no mesmo processo, será manifestado pelo órgão que oficia junto ao Tribunal. Distingue-se, pois, postular 'ao' tribunal do postular 'no' tribunal. O Promotor tem legitimidade para impetrar mandado de segurança descrevendo, na causa de pedir, ilegalidade ou abuso de poder do juiz de direito.²³²

²³¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n° 16409. 1ª Turma. Relator: Ministro Luiz Fux. J. 17/02/2004, DJU 22/03/2004.

²³² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n° 5562. 6ª Turma. Relator: Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro. J. 19/12/1995, DJU 13/05/1996.

No caso dos atos praticados em primeiro grau, o art. 32, inc. I, da Lei Federal nº 8.625/93, é claro ao atribuir ao Promotor de Justiça a impetração de *habeas corpus*, mandado de segurança e o requerimento de correição parcial, inclusive perante os Tribunais locais competentes. Neste caso, não há dúvida de que o *Parquet* estará postulando ‘ao’ Tribunal, e não ‘no’ Tribunal.

Embora haja entendimento doutrinário em sentido divergente, o STJ já decidiu que falece ao membro do MP que oficia perante o primeiro grau de jurisdição legitimidade para impetrar mandado de segurança perante o Tribunal de Justiça, contra ato praticado por um de seus Desembargadores.²³³

Aspecto mais instigante, até mesmo por estar repleto de importantes questões práticas, diz respeito à legitimidade passiva no bojo do *mandamus*.

A indagação que não poderia faltar, até mesmo por ser “lugar comum” no trato do tema, é a referente ao *status* da denominada “autoridade coatora”. Seria ela a parte passiva no *writ*?

Embora a pergunta já tenha provocado discussões mais acaloradas, pode-se dizer que tanto a doutrina quanto a jurisprudência mais atualizadas defendem que a parte passiva no remédio heróico não é a autoridade coatora, mas sim a pessoa jurídica a cujos quadros ela pertence, até porque, em última instância, caberá à segunda suportar as conseqüências jurídicas de uma eventual concessão da segurança.

Conquanto haja entendimento no sentido do *status* de substituto processual da autoridade coatora, parece ser mais adequado o entendimento de que esta assume a posição de “representante” da pessoa jurídica. As aspas no vocábulo se justificam porque, para alguns – principalmente para os defensores da Teoria Organícista, de OTTO VON GIERKE – não seria exatamente um caso de representação, mas sim de

²³³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 13568. 3ª Turma. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. J. 03/12/2001, DJU 18/02/2002.

“apresentação”, pois o órgão, seja ele singular ou coletivo, não “representa” a entidade, mas sim é fragmento dela. Logo, quando se “notifica” o coator, automaticamente se está “citando” a pessoa jurídica.

Durante muito tempo, insta frisar, não era incomum encontrar julgados acolhendo a “ilegitimidade passiva” da autoridade coatora “A” ou “B”²³⁴. Mas tal posição, em que pese o brilho dos seus defensores, não se apresenta como a mais adequada, pois a autoridade coatora, como afirmado acima, é mera “representante” da pessoa jurídica de que faz parte, razão pela qual sua indicação equivocada não pode conduzir à extinção do mandado de segurança por ilegitimidade passiva com base no inc. VI do art. 267 do CPC.

Questão interessante, e que não poderia faltar no presente trabalho, diz respeito à aplicação da denominada “Teoria da Encampação”.

Em razão da estrutura complexa dos órgãos administrativos – como sói ocorrer com os fazendários – são comuns os equívocos praticados no momento de se indicar a autoridade coatora. A “Teoria da Encampação”, como será visto a seguir, serve exatamente para mitigar essa intrincada tarefa de apontar a autoridade correta.

De acordo com a referida construção teórica, se a autoridade hierarquicamente superior (apontada como coatora nos autos do mandado de segurança) defende o mérito do ato impugnado ao prestar informações, torna-se legítima para figurar no *writ* como impetrada. Nesse sentido aponta recentíssimo julgado do STJ, no qual se assentou que “a autoridade hierarquicamente superior, apontada como coatora nos autos de mandado de segurança, que defende o mérito do ato impugnado ao prestar informações, torna-se legitimada para figurar no pólo passivo do writ.”²³⁵

²³⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo. Mandado de Segurança nº 100.96.001539-2. Pleno. Relator: Desembargador Maurílio Almeida de Abreu. J. 17/02/1997, DJES 03/04/1997.

²³⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança nº 12.126. 3ª Seção. Relatora: Ministra Thereza de Assis Moura. J. 24/10/2007, DJU 05/11/2007.

O nome adotado para a teoria não parece muito adequado, pois a figura da *encampação*, como sabido, “é a retomada coativa do serviço, pelo poder concedente, durante o prazo da concessão, por motivo de interesse público.”²³⁶

Se a idéia é demonstrar um superior hierárquico que, embora não investido originariamente de atribuições para tanto, substitui o seu subordinado na prática de determinado ato ou função, talvez fosse melhor designá-la de “teoria da avocação”. Cumpre transcrever, aqui, a percepção de HELY LOPES MEIRELLES sobre este último instituto:

Avocar é chamar a si funções originariamente atribuídas a um subordinado. Nada impede tal prática, que, porém, só deve ser adotada pelo superior hierárquico quando houver motivos relevantes para tal substituição, isto porque a avocação de um ato sempre desprestigia o inferior e, não raro, desorganiza o normal funcionamento do serviço. Pela avocação substitui-se a competência do inferior pela do superior hierárquico, com todas as conseqüências dessa substituição, notadamente a deslocação do juízo ou da instância para ajustá-lo ao da autoridade avocante em caso de demanda.²³⁷

Da noção exposta acima, é possível extrair os dois pressupostos da “Teoria da Encampação”, que são os seguintes: **i)** hierarquia entre a autoridade erroneamente apontada como coatora e aquela que, efetivamente, deveria prestar as informações; **ii)** aquele que “encampa” deve ter hierarquia superior.

Com base nos referidos pressupostos, o subordinado não pode encampar o ato praticado pelo seu superior. Ocorreria, na verdade, verdadeira usurpação.²³⁸

Como as autarquias possuem autonomia de gestão para a persecução de sua destinação específica, não se achando integradas na estrutura orgânica do Executivo, nem hierarquizadas a qualquer chefia, o STJ vem afastando a incidência da construção teórica em comento quando as autoridades pertencem a pessoas jurídicas diversas,

²³⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 24. ed., São Paulo : Malheiros Editores, 1999. p. 353.

²³⁷ Idem, *ibidem*, p. 107.

²³⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário no Mandado de Segurança nº 21.271. 1ª Turma. Relator: Ministro Teori Albino Zavascki. J. 03/08/2006, DJU 11/09/2006.

como pode ocorrer quando se indica como autoridade um Secretário de Estado no lugar do Presidente de determinada autarquia.²³⁹

Examinando-se a jurisprudência do STJ, é possível perceber a existência de 02 (duas) correntes sobre o alcance da “Teoria da Encampação”. A primeira delas, que tem no Recurso Especial nº 755.815 um dos seus exemplos²⁴⁰, defende a aplicabilidade da encampação somente se a autoridade, em suas informações, não suscitou a sua “ilegitimidade”. Para a segunda corrente, entretanto – que encontra respaldo no Recurso Ordinário no Mandado de Segurança nº 17.802 – é indiferente a alegação da “ilegitimidade” pela autoridade coatora, bastando que ela defenda o ato impugnado.

Deve prevalecer, até pela sua contribuição para a efetividade processual, a segunda posição.

Para tentar afastar a aplicação da “Teoria da Encampação”, a Administração vem alegando que a sua utilização viola o contraditório e a ampla defesa, pois pelo *princípio da eventualidade* cabe à parte alegar em contestação toda a matéria de defesa.

Em que pese o brilho de tal orientação, esse não parece ser o melhor caminho a ser trilhado.

Isso porque, se a pessoa jurídica é a verdadeira parte passiva no *mandamus* e a autoridade (independente de qual seja) ofereceu as informações de forma cabal, abordando com profundidade tanto a matéria fática quanto a jurídica, não há nenhuma violação aos princípios estampados no inc. LV do art. 5º da Carta Magna, pois além de poder *participar* do processo, ainda teve a mais ampla possibilidade de *influenciar* a formação do convencimento do julgador.

²³⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 226.189. 6ª Turma. Relatora: Ministra Thereza de Assis Moura. J. 09/11/2006, DJU 04/12/2006.

²⁴⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 755.815. 5ª Turma. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima. J. 28/06/2007, DJU 06/08/2007.

De mais a mais, não se pode admitir que um princípio de estatura infraconstitucional – como sói ocorrer com a *eventualidade* – se sobreponha a postulados de envergadura constitucional como a *efetividade* e a *duração razoável do processo*, que a Constituição Republicana cataloga como direitos fundamentais do cidadão, com repercussão hermenêutica inclusive no bojo do *mandamus*, um dos mais importantes remédios constitucionais previstos no texto constitucional.

Uma outra vantagem da “Teoria da Encampação” que merece ser destacada é a seguinte: ela é capaz de afastar a preliminar de incompetência absoluta do Tribunal para apreciar, originariamente, o mandado de segurança.²⁴¹

Ainda no campo das mitigações pretorianas para a complicada atividade de se apontar a autoridade correta, também merece realce o entendimento recente de se afastar a “ilegitimidade” da autoridade coatora se esta pertence à mesma pessoa jurídica de direito público que, no final das contas, irá sofrer os efeitos do provimento final. Nesse sentido, o STJ já decidiu que²⁴²:

[...] A errônea indicação da autoridade coatora não implica ilegitimidade ad causam passiva se aquela pertence à mesma pessoa jurídica de direito público; porquanto, nesse caso, não se altera a polarização processual, o que preserva a condição da ação.

Mas as “suavizações” efetuadas pelos tribunais não terminam por aqui. Num julgado recente, no qual os impetrantes – pessoas extremamente carentes – ajuizaram o *mandamus* indicando como autoridade coatora a pessoa jurídica de direito público, o Tribunal de Justiça do Espírito Santo proferiu a decisão cristalizada na ementa que segue:

I- Em tempos nos quais se reconhece que a interpretação das regras processuais deve estar necessariamente calcada em premissas teleológicas, não se pode desconhecer a influência das ondas renovatórias do processo,

²⁴¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 784.681. 5ª Turma. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima. J. 18/10/2007, DJU 05/11/2007.

²⁴² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário no Mandado de Segurança nº 20.142. 2ª Turma. Relator: Ministro Humberto Martins. J. 01/03/2007, DJU 12/03/2007.

cujo ideário preconiza, em apertada síntese, o acesso à ordem jurídica justa, calcada num processo de resultados.

[...]

III- Se há inequívoca divergência doutrinária e até mesmo jurisprudencial sobre o tema da legitimidade passiva no mandado de segurança, o jurisdicionado não pode servir como bode expiatório da polêmica, mormente quando sabemos que o direito processual atravessa sua fase instrumentalista, na qual se busca mitigar os rigores do formalismo exagerado no seio do processo.

IV- A pessoa jurídica de direito público a suportar os ônus da sentença proferida em mandado de segurança é parte legítima para figurar no pólo passivo da relação processual.²⁴³

Não diverge de tal entendimento o Colendo STJ, que em caso semelhante assentou que “a pessoa jurídica de direito público a suportar os ônus da sentença proferida em mandado de segurança é parte legítima para figurar no pólo passivo do feito, por ter interesse direto na causa”²⁴⁴.

3.5.2 Interesse processual

De acordo com a lição clássica de LIEBMAN, pode-se afirmar presente o interesse processual “quando há para o autor utilidade e necessidade de conseguir o recebimento de seu pedido, para obter, por esse meio, a satisfação do interesse (material) que ficou insatisfeito pela atitude de outra pessoa”.²⁴⁵

De uma forma bem ampla, pode-se dizer que o interesse processual (também denominado de “interesse de agir”) se divide em duas modalidades: **i) interesse-utilidade**, por meio do qual se preconiza que a jurisdição será útil toda vez que puder propiciar ao demandante o resultado favorável pretendido; **ii) interesse-necessidade**, que se fundamenta na premissa de que a jurisdição tem que ser encarada como a última forma de solução de conflito.

²⁴³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Espírito Santo. Agravo de Instrumento n° 02106900114-3. Relatora: Catharina Maria Novaes Barcellos. 4ª Câmara Cível. J. 05/06/2007. DJES 16/07/2007.

²⁴⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n° 547.235. 1ª Turma. Relator: Ministro José Augusto Delgado. J. 18/12/2003, DJU 22/03/2004.

²⁴⁵ LIEBMAN, Enrico Tullio. **O despacho saneador e o julgamento do mérito**. São Paulo : Bushatsky, 1976. p. 125.

Exemplo de falta de interesse processual já reconhecido pelo STJ diz respeito à interposição de recurso simultânea à impetração do *mandamus*, que induziria à carência da ação mandamental.²⁴⁶

Há doutrinadores de grande influência (entre os quais pode ser citado CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO²⁴⁷) que, ao dissertarem sobre o assunto, citam uma outra modalidade, consubstanciada no *interesse-adequação*. Para a referida corrente doutrinária, o provimento e o procedimento desejados também devem ser adequados, a fim de que fique configurado o “interesse de agir”.

Em que pese o brilho de tal construção, defende-se aqui que ela tem suas raízes fincadas no terreno do *processualismo*, não se afeiçoando à fase *instrumentalista* pela qual passa o processo civil contemporâneo.

Acerca do tema, serão tecidos comentários mais detalhados no tópico seguinte.

3.5.2.1 Reflexões sobre o “interesse-adequação” (ausência do “direito líquido e certo” e art. 18 da Lei nº 1.533/51)

Numa incursão histórica pelo processo civil brasileiro, depreende-se que durante muito tempo predominou a idéia de que a falta do interesse-adequação deveria conduzir à extinção imediata do processo sem julgamento de mérito, inclusive no bojo do mandado de segurança. Paradigmática, a esse respeito, é a lição de ANA DE LOURDES COUTINHO SILVA PISTILLI²⁴⁸:

²⁴⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 19.495. 3ª Turma. Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros. J. 16/05/2006, DJU 05/06/2006.

²⁴⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Execução civil**. 6. ed., São Paulo : Malheiros Editores, 1998. p. 406.

²⁴⁸ PISTILLI, Ana de Lourdes Coutinho Silva. **Mandado de segurança e coisa julgada**. São Paulo : Atlas, 2006. p. 148.

Percebida desde logo a necessidade de provas que não sejam meramente documentais, a petição inicial deverá ser indeferida (art. 8º, caput, da Lei nº 1.533/51).

Se disso se convencer o magistrado após as informações, deverá julgar o impetrante carecedor da ação por falta de interesse de agir, em razão da inadequação da via processual, uma vez que o mandado de segurança não admite dilação probatória. O processo deverá ser extinto sem apreciação do mérito [...].

Assim, a impossibilidade da comprovação dos fatos que fundamentam a impetração por meio de prova documental pré-constituída acarreta a ausência de uma das condições da ação (interesse de agir, modalidade adequação), de sorte que o aventado ato coator não poderá ser questionado pela via especial do mandado de segurança.

Embora tal posicionamento seja muito respeitável, o presente trabalho não o acolhe, pelas razões que serão expostas a seguir.

Durante a fase da autonomia do direito processual civil, a abordagem dos institutos e categorias jurídicas desse ramo foi feita de forma predominantemente tecnicista, demonstrando pouca ou nenhuma preocupação com o direito material subjacente e com o aspecto social do processo.

Ocorre, entretanto, que os tempos são outros. É cediço que o processo civil, na atualidade, está atravessando a denominada “fase instrumentalista”, segundo a qual as regras processuais devem estar direcionadas, na maior medida possível, à realização do resultado previsto no plano do direito material.

E nem poderia ocorrer de forma diferente, pois o princípio do acesso à justiça catalogado no inc. XXXV do art. 5º da CF/88, antes entendido como uma advertência ao legislador, é hoje encarado como vetor normativo dirigido ao juiz, ao qual cumpre zelar incessantemente pela busca da “tutela jurisdicional adequada”, assim compreendida aquela prestada de forma tempestiva, efetiva e, sobretudo, aderente ao direito material subjacente.

Por isso, vem mudando não só o método de pensamento do direito processual, mas também a sua própria principiologia, que encontra na Constituição Republicana os seus postulados fundamentais.

E diante dessa revisão paradigmática ocorrida no seio do processo civil brasileiro, não há mais lugar para o “processualismo” de outrora, ou seja, deve ser afastado o formalismo processual que não esteja ancorado em relevantes princípios e garantias extraídos da própria Carta Magna.

Nesse contexto, deve ser repensado o denominado “interesse-adequação”, “pois procedimento é dado estranho no estudo do direito de ação e, ademais, eventual equívoco na escolha do procedimento é sempre sanável (art. 250 e 295, V, do CPC-73)”.²⁴⁹

Merece transcrição integral a contribuição de FREDIE DIDIER JÚNIOR²⁵⁰:

Não há erro de escolha do procedimento que não possa ser corrigido, por mais discrepantes que sejam o procedimento indevidamente escolhido e aquele que se reputa correto. Um exemplo talvez sirva para expor o problema: se o caso não é de mandado de segurança, pode o magistrado determinar a emenda da petição inicial, para que o autor providencie a adequação do instrumento da demanda ao procedimento correto. Não existisse o inciso V do art. 295, que expressamente determina uma postura do magistrado no sentido aqui apontado, sobraria a regra da instrumentalidade das formas, prevista nos arts. 244 e 250 do CPC, que impõe o aproveitamento dos atos processuais, quando houver erro de forma.

Trabalhando com um contexto de aproveitamento dos atos já praticados, JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE leciona que “a ausência de interesse processual, especialmente no que se refere à adequação, não deve, em princípio, levar à extinção sem julgamento de mérito”.²⁵¹

²⁴⁹ DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Direito processual civil**: tutela jurisdicional individual e coletiva. 5. ed., Salvador : JusPODIVM, 2005. p. 199.

²⁵⁰ Idem, *ibidem*, p. 202-203.

²⁵¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo : Malheiros Editores, 2006. p. 359.

Com efeito, é preciso interpretar as regras processuais sob um prisma teleológico, que leve em conta a concepção do processo como “método” a serviço do direito material. Se não for assim, o instrumento em questão estará despido de sua função social e também da premissa metodológica instrumentalista que deve regê-lo, mormente em tempos nos quais se reconhece a efetividade processual como um dos mais altaneiros princípios constitucionais, capaz, inclusive, de flexibilizar os rigores do formalismo estéril para propiciar uma tutela jurisdicional adequada.

Feitas essas considerações de ordem introdutória, cumpre focalizar as duas situações mais corriqueiras de falta de *interesse-adequação* nas quais é possível utilizar a idéia ora defendida. Serão utilizadas, aqui, as contribuições de dois autores que afastam os rigores do formalismo no tocante ao tópico ora apreciado.

De acordo com RODRIGO KLIPPEL, é comum o reconhecimento da ausência do interesse-adequação quando o procedimento do mandado de segurança é utilizado em situação na qual é imperativa a produção de prova oral em audiência²⁵². Também se enquadra aqui, por razões óbvias, a necessidade de realização de prova pericial, que é inviável no procedimento do *writ*.

JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE²⁵³, em nota de rodapé, também cita um outro exemplo, que diz respeito a um caso concreto no qual o *mandamus* foi impetrado após o prazo de 120 (cento e vinte) dias, aspecto este que, segundo alguns autores, acarretaria a extinção do processo por ausência de *interesse-adequação*.

Embora seja comum a abordagem do mandado de segurança apenas enquanto *ação*, defende-se, aqui, a necessidade de se encarar o *mandamus* também como “procedimento diferenciado”, a fim de que a necessidade de dilação probatória ou mesmo a ultrapassagem do prazo de 120 (cento e vinte) dias não conduzam a uma

²⁵² KLIPPEL, Rodrigo. **Teoria geral do processo civil**. Niterói : Impetus, 2007. p. 222.

²⁵³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo : Malheiros Editores, 2006. p. 369-370.

sentença terminativa, com a necessidade subsequente de propositura de nova demanda.

Como regra, os preceitos processuais que dispõem sobre os procedimentos são de ordem pública e, portanto, indisponíveis, haja vista terem sido estabelecidos no interesse da jurisdição e não no das partes. A princípio, portanto, não cabe ao autor escolher o rito a ser seguido, mas sim identificá-lo no ordenamento legal e observar as suas regras²⁵⁴.

É certo que em algumas situações, excepcionalmente, existe a possibilidade de escolha. É o que ocorre, por exemplo, com o procedimento monitório, o do mandado de segurança e o dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais.

Com efeito, o mandado de segurança é um tipo de *procedimento diferenciado*²⁵⁵, criado pelo legislador como uma opção mais célere para a tutela das situações de direito que se enquadrem na moldura prevista constitucionalmente.

A jurisprudência pacífica dos tribunais entende que, uma vez verificada a inadequação do procedimento do mandado de segurança à situação jurídica discutida, deve-se extinguir o processo, sem julgamento de mérito, por carência de ação.²⁵⁶

O entendimento sedimentado dos tribunais, entretanto, peca por não aplicar ao caso medida idêntica permitida em outras situações, qual seja, a de converter o procedimento do mandado de segurança no que se entende correto, e dar seguimento ao processo. O *writ of mandamus* é um procedimento e como tal deve ser visto. Caso se inicie uma relação processual por meio dele, de forma equivocada, deve o órgão jurisdicional corrigi-lo de ofício, tomando as providências cabíveis. Se é possível converter o rito sumário no ordinário, quando a demanda exige prova pericial muito

²⁵⁴ SANTOS, Nelton. **Código de processo civil interpretado** (Coord.: Antônio Carlos Marcato). 2 ed., São Paulo : Atlas, 2005. p. 963-964.

²⁵⁵ KLIPPEL, Rodrigo. **Teoria geral do processo civil**. Niterói : Impetus, 2007. p. 343.

²⁵⁶ Idem, *ibidem*.

complexa; se é possível, em regra, adotar o procedimento ordinário para cumular pedidos que sigam ritos diferentes, qual o impedimento em se converter o mandado de segurança em demanda sob o rito comum ordinário ou sumário, adequado para o caso? *A priori*, nenhum.²⁵⁷

Com o devido respeito, não merece credibilidade o argumento de que seria inválida a conversão procedimental ora defendida porque “traria prejuízo ao réu”. Ora! Como bem pontificou a Ministra Nancy Andrichi no voto condutor proferido no bojo do REsp nº 918.888 (no qual, diga-se de passagem, houve conversão do rito sumário para o ordinário),

[...] Por prejuízo deve ser entendido aquele que vulnera, de alguma forma, a possibilidade de defesa – o que não ocorreu na espécie –, não se podendo albergar a tese de que a ampliação dos elementos outorgados ao juiz para a melhor composição, possível, da lide, seja entendido como prejuízo para a parte adversa.

Ao revés, a utilização do rito ordinário, possibilita maior dilação na fase probatória, ficando, assim, afastado qualquer prejuízo no tocante à produção de defesa.²⁵⁸

É lógico que, se a petição inicial depender de ajustes para a conversão procedimental, deve o juiz determinar a intimação do autor para que a regularize, nos termos do art. 284 do CPC.

A idéia ora defendida, ao contrário do que se pode pensar, está longe de ser meramente cerebrina, pois pode ter grande utilidade na praxe forense. Um exemplo pode facilitar a compreensão da solução ora alvitrada.

Se ao analisar a petição inicial o magistrado verifica que o impetrante teve ciência do ato impugnado há mais de 120 (cento e vinte) dias – circunstância impeditiva do emprego do procedimento diferenciado previsto na Lei nº 1.533/51 – ao invés de extinguir o processo por carência de ação motivada pela inadequação do procedimento,

²⁵⁷ KLIPPEL, Rodrigo. **Teoria geral do processo civil**. Niterói : Impetus, 2007. p. 344.

²⁵⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 918.888. 3ª Turma. Relatora: Ministra Nancy Andrichi. J. 28/06/2007, DJU 01/08/2007.

basta converter o rito ao ordinário, determinando a emenda da inicial, caso haja necessidade, visto que o juízo (geralmente Vara da Fazenda Pública) continua competente para conhecer a demanda sob o rito comum.²⁵⁹

Alguma complicação se terá quando a alteração do procedimento causar modificação da competência.

Se a conversão do procedimento cria uma situação de incompetência, como o vício criado é de incompetência absoluta, cognoscível de ofício pelo órgão julgador, basta converter o rito e remeter os autos, nos termos do art. 113 do CPC, a nova distribuição entre os órgãos que tenham, em abstrato, competência para conhecer e julgar a demanda contra o Poder Público.²⁶⁰

Questão instigante – e pouco comentada pela doutrina – é se a conversão do procedimento pode ocorrer em grau recursal.

De acordo com MONIZ DE ARAGÃO²⁶¹, a conversão do procedimento pode ocorrer em qualquer fase do processo, inclusive em grau de recurso.

O entendimento adotado pelo referido doutrinador, com o qual se concorda, tem inteira aplicabilidade quando o tribunal verificar que a adoção de prova unicamente documental não implicou violação ao contraditório e à ampla defesa.

Destarte, se diante do caso concreto estiver claro que foi respeitado o contraditório no *mandamus*, não há nenhum óbice no sentido de que o procedimento seja convertido pelo relator ao longo do procedimento recursal.

²⁵⁹ KLIPPEL, Rodrigo. **Teoria geral do processo civil**. Niterói : Impetus, 2007. p. 344.

²⁶⁰ *Ibidem*, p. 345.

²⁶¹ *Apud* DINAMARCO, Pedro da Silva. **Código de processo civil interpretado** (Coord.: Antônio Carlos Marcato). 2 ed., São Paulo : Atlas, 2005. p. 963-964.

Basta uma interpretação evolutiva do art. 250 do CPC – cujo teor reflete a regra do aproveitamento dos atos processuais – para se admitir a possibilidade de adaptação do procedimento erroneamente utilizado, colocando-o na rota correta.

Ainda que necessária a produção de prova diversa da documental, ainda há chance de aproveitar os atos processuais. Explica-se.

Numa visão ainda mais vanguardista, caso admitida a conversão em grau recursal para o procedimento comum, eventuais provas diversas da documental porventura cabíveis poderiam ser produzidas com observância do § 4º do art. 515 do CPC, segundo o qual constatando a ocorrência de nulidade sanável, o tribunal poderá determinar a realização ou renovação do ato processual (mediante a intimação das partes, naturalmente), e sempre que possível prosseguirá no julgamento da apelação.

Outro aspecto instigante, que também provoca controvérsia, consiste em saber se é possível também a adequação do processo (e não só do procedimento).

Na seara doutrinária, a matéria sob exame não é nada pacífica, havendo duas posições muito bem delineadas sobre o assunto.

De acordo com a primeira delas (mais restritiva), se alguém ajuíza demanda executiva ou cautelar no lugar de ação de conhecimento, o caso é de carência de ação por falta de interesse processual e não de mera inadequação do procedimento, comportando, pois, o indeferimento liminar da petição inicial²⁶². Para os defensores de tal orientação, eventual conversão nesses casos não implicaria mera adequação ou alteração, mas verdadeira reformulação do pedido.

Há uma outra corrente entendendo que é possível a alteração do tipo de *processo* (o que é diferente de “tipo de procedimento”), mas desde que isso ocorra antes da

²⁶² SANTOS, Nelton. **Código de processo civil interpretado** (Coord.: Antônio Carlos Marcato). 2 ed., São Paulo : Atlas, 2005. p. 963-964.

citação²⁶³. Assim, se a parte ajuizou execução sem título executivo, não pode pedir sua conversão para processo de conhecimento após a citação do réu, quando se dá a estabilização da demanda.

Neste particular, entende-se que a segunda posição perfilha a posição mais afinada com a efetividade processual. Explica-se.

Ainda hoje, são muito comuns na praxe forense as denominadas “cautelares satisfativas”. Embora a expressão não seja das mais técnicas (haja vista que *assegurar* é uma coisa e *satisfazer* é outra bem diferente), não há como afastar os olhos dessa incômoda realidade, que muitas vezes conduz a sentenças terminativas.

Como muitas vezes há identidade entre o tipo de tutela/técnica processual (mandamental) pleiteada na cautelar e no mandado de segurança, há casos nos quais os magistrados vêm efetuando a conversão do processo cautelar no processo cognitivo do *writ*.

Um exemplo claro ocorreu no Estado do ES há alguns anos, quando, ao serem aprovados em vestibulares, menores que não haviam concluído o ensino médio ajuizaram “cautelares satisfativas” no afã de se submeterem ao exame supletivo. Como nestes casos a Diretora do Centro de Estudos Supletivos sempre recusava as solicitações, houve uma verdadeira avalanche de demandas na justiça capixaba, muitas delas com o perfil acima mencionado. Alguns juízes das Varas da Fazenda Pública contrários ao uso da “cautelar satisfativa” (mas imbuídos de espírito instrumentalista) admitiam a conversão das cautelares em ações mandamentais, nas quais figurava como autoridade coatora a Sr^a Diretora do Centro de Estudos Supletivos. A despeito das críticas se possa opor a tal posicionamento, é certo que ele impediu a extinção prematura de dezenas de processos.

²⁶³ DINAMARCO, Pedro da Silva. **Código de processo civil interpretado** (Coord.: Antônio Carlos Marcato). 2 ed., São Paulo : Atlas, 2005. p. 750-753.

Mas não é só! O processualista SÉRGIO FERRAZ, com seu habitual brilho, cita em sua obra um julgado no qual medida cautelar de exibição de documentos foi transformada em mandado de segurança, após determinação (acatada) de emenda à inicial. Foram invocados, no caso, os postulados do livre acesso à jurisdição e da economia processual²⁶⁴.

Outro exemplo interessante é apontado por RODRIGO KLIPPEL²⁶⁵. O referido processualista menciona a situação na qual a parte impetra mandado de segurança com a finalidade de conferir efeito suspensivo a recurso de agravo regimental, no Judiciário do Espírito Santo. No âmbito deste Pretório, insta frisar, o art. 50, “d” do Regimento Interno determina que o Tribunal Pleno é o competente para processar e julgar essa demanda. Entretanto, nos termos da pacífica jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, no caso em tela, deve-se seguir o procedimento cautelar para o fim pretendido.

De acordo com o referido autor, cuja lição merece acolhida, ao invés de se extinguir a demanda por inadequação procedimental, deve-se converter o procedimento mandamental no cautelar inominado. Entretanto, mais uma vez, tal atitude acarretará incompetência, visto que essa medida cautelar, no Tribunal de Justiça do Espírito Santo, que é o paradigma do exemplo, é de competência de uma das câmaras cíveis isoladas. Mais uma vez não há problema, pois a incompetência criada pela conversão procedimental é absoluta e pode ser conhecida de ofício, remetendo-se os autos para distribuição para o órgão competente, nos termos do art. 113 do CPC, o que, repita-se, é medida de economia processual, e que provê tutela jurisdicional célere, dando rendimento à norma constitucional do art. 5º, LXXVIII da CF/88 (*princípio da duração razoável do processo*).

A conversão procedimental, portanto, é medida das mais propícias à obtenção da efetividade da tutela, pois garante a duração razoável do processo, a economia

²⁶⁴ FERRAZ, Sérgio. **Mandado de segurança**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p. 24.

²⁶⁵ KLIPPEL, Rodrigo. **Teoria geral do processo civil**. Niterói : Impetus, 2007. p. 344.

processual e o acesso à justiça. Respalhada em tais razões, a 3ª Câmara Cível do TJES já nulificou sentença de carência proferida em processo executivo lastreado em contrato de abertura de crédito porque o Órgão *a quo* não determinou a conversão do procedimento executivo em monitório.²⁶⁶

Por tudo o que foi exposto, poderia ser revisto o posicionamento dominante nos tribunais, em prol da efetividade e da instrumentalidade do processo.²⁶⁷

3.5.2.2 A concessão de liminar satisfativa no *mandamus* causa o desaparecimento do “interesse-utilidade”?

Situação curiosa, de grande ocorrência na praxe forense, refere-se ao exaurimento do mandado de segurança pela satisfação plena do impetrante quando da obtenção da medida liminar.

Imagine-se, por exemplo, que a pretensão deduzida pelo impetrante no *mandamus* reside apenas em ter vista dos autos de processo administrativo ou mesmo extrair cópias dos documentos que o instruem. A partir do momento em que, liminarmente, consegue obter a providência postulada judicialmente, continuaria presente a condição do interesse processual?

Quer em sede de informações, quer no bojo do parecer oferecido pelo Ministério Público, é muito comum a invocação da preliminar de “perda do objeto” (*rectius*: perda superveniente do interesse processual), ao argumento de que a satisfação antecipada da pretensão torna desnecessária a análise do mérito da causa.

²⁶⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Espírito Santo. Apelação Cível nº 024.95.007138-1. 3ª Câmara Cível. Relator: Desembargador Ronaldo Gonçalves de Sousa. J. 13/02/2007, DJ 14/03/2007.

²⁶⁷ KLIPPEL, Rodrigo. **Teoria geral do processo civil**. Niterói : Impetus, 2007. p. 345.

Embora tal orientação agregue a simpatia de certa corrente jurisprudencial, não parece ser esta a melhor solução a ser oferecida. Explica-se.

Duas das principais características da liminar no mandado de segurança são a sua provisoriedade e a relação de dependência com a tutela final, que a substitui.

Por isso, a concessão de liminar satisfativa não caracteriza a “perda do objeto”, haja vista que é provimento de natureza provisória, necessitando de pronunciamento definitivo acerca da questão de fundo.

A favor de tal argumento também pesa o fato de que, como a Lei nº 1.533/51 não possui regra expressa sobre o assunto, aplica-se subsidiariamente ao caso o § 5º do art. 273 do CPC, segundo o qual concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o processo até final julgamento.

De mais a mais, a posição ora defendida é importante para fins de fixação de responsabilidades, como bem esclarece CASSIO SCARPINELLA BUENO²⁶⁸:

Ao contrário do sistema francês que admite, no *référé*, ação de cognição sumária que inverte o ônus da propositura da ação de cognição plena para a parte contrária, o sistema brasileiro (seja no mandado de segurança, seja, mesmo, no caso de antecipação de tutela, onde o § 5º do art. 273 do CPC, em que se deixa claro que, com ou sem a antecipação, a ação prossegue até seu término) não dispõe de regra similar. Assim, imperioso que o mandado de segurança tenha normal tramitação até final (*sic*) para que se possa definir com ânimo de definitividade se a liminar deveria mesmo ter sido concedida (já que os efeitos de sua revogação são retroativos [...]) ou não. Só assim é que será possível, ao mesmo tempo, fixar a responsabilização do Estado, do agente estatal (autoridade coatora) e do impetrante [...].”

Outra vantagem relativa ao julgamento de mérito diz respeito à maior estabilidade deste, haja vista o respaldo da coisa julgada material.

²⁶⁸ BUENO, Cassio Scarpinella. **Liminar em mandado de segurança**: um tema com variações. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 309-310.

Bem ponderadas as coisas, é certo que boa parte dessa discussão perderia razão de ser se o ordenamento jurídico pátrio já contemplasse a denominada “estabilização das tutelas de urgência”, que, grosso modo, pretende conferir estabilidade à antecipação de efeitos da tutela final, dotando a respectiva decisão de imutabilidade.

3.5.3 Possibilidade jurídica da demanda

A possibilidade jurídica é, sem dúvida alguma, a mais polêmica das condições da ação.

E a cizânia se inicia com a sua própria designação, pois enquanto para alguns ela diria respeito apenas ao “pedido”, para outros ela diria respeito à “demanda”, isto é, não abarcaria apenas o pedido, mas também a causa de pedir e as partes. Será utilizada, aqui, a segunda concepção, que contempla todos os elementos da demanda (partes, pedido e causa de pedir).

Mas as controvérsias não terminam por aí. Discute-se, outrossim, se a possibilidade jurídica da demanda realmente possui aplicabilidade no ordenamento nacional, haja vista a disposição do art. 3º do CPC, segundo o qual para propor ou contestar ação é necessário ter “interesse e legitimidade”.

Ao menos sob a lente do direito processual positivado, reputa-se que a resposta é positiva, pois o inc. VI do art. 267 do CPC estampa entre as causas de extinção do processo sem julgamento de mérito a ausência das condições da ação, inserindo entre elas a possibilidade jurídica.

Debate-se, também, sobre a natureza do provimento no qual é reconhecida a impossibilidade jurídica. Nesse caso, o processo estaria sendo extinto *com* ou *sem* julgamento de mérito?

Embora o referido inc. VI do art. 267 do CPC faça referência à extinção *sem julgamento de mérito*, há autores que se contrapõem a tal idéia, quer porque na terceira edição de seu *Manuale* LIEBMAN deixou de contemplar entre as condições da ação a ora estudada, quer porque ela representaria uma “improcedência macroscópica” afirmada desde logo, que, em última instância, resolveria a lide e eliminaria definitivamente a crise de direito material.²⁶⁹

Independentemente da orientação doutrinária abraçada, é certo que na obra doutrinária de autores como ARLETE INÊS AURELLI²⁷⁰ e VICENTE GRECO FILHO²⁷¹, as hipóteses traçadas no art. 5º da Lei nº 1.533/51 são elencadas como exemplos de impossibilidade jurídica do uso do *mandamus*.

Entretanto, depois de mais de meio século, é cediço que a doutrina e a jurisprudência se incumbiram de mitigar o rigor do dispositivo supracitado. No caso do ato disciplinar, por exemplo, o aumento da sindicabilidade dos atos administrativos fez com que no Projeto de Lei nº 5.067/2001 a situação hoje descrita no inc. III do art. 5º da Lei nº 1.533/51 fosse eliminada. Trata-se, sem dúvida alguma, de caso no qual a mudança no plano do direito material trouxe repercussões na seara processual.

Além disso, sempre que qualquer das hipóteses do preceito em comento acarretar violação inconcebível ao direito a uma tutela jurisdicional adequada, é possível defender uma interpretação conforme à Constituição para superar as vedações legais. Tudo dependerá, obviamente, da análise do caso concreto, bem como dos bens e interesses eventualmente envolvidos.

3.5.4 Direito líquido e certo: condição especial da ação?

²⁶⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo : Malheiros Editores, 2006. p. 278.

²⁷⁰ AURELLI, Arlete Inês. *O juízo de admissibilidade na ação de mandado de segurança*. São Paulo : Malheiros Editores, 2006. p. 188-196.

²⁷¹ GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. v. 1, 7. ed., São Paulo : Saraiva, 1992. p. 85.

Antes de saber se o direito líquido e certo se insere entre as condições da ação, é preciso pesquisar o seu significado. Afinal de contas, é possível afirmar na atualidade que a liquidez e a certeza dizem respeito ao “direito” discutido?

Embora boa parte da doutrina afirme que líquido e certo é o “direito”²⁷², não parece ser essa a posição mais abalizada sobre o tema.

Segundo ADA PELLEGRINI GRINOVER, “a base da definição do *direito líquido e certo* repousa na indiscutibilidade dos fatos, que devem ser comprovados documentalmente, sem possibilidade de instrução probatória”²⁷³.

A respeito do assunto, merece transcrição a opinião de CLAYTON MARANHÃO²⁷⁴:

Mas o que vem a ser o chamado direito líquido e certo? Cuida-se de conceito tipicamente processual, que, na realidade, significa certeza e liquidez do fato, jamais do direito ou da lei. Portanto, é o fato que deve ser líquido e certo, ainda que complexo, isto é, fato documentalmente provado, sem necessidade de dilações probatórias.

Não diverge de tal orientação o processualista BARBOSA MOREIRA²⁷⁵:

Para fins de mandado de segurança, para a feição do cabimento desse remédio, trata-se de saber se os fatos, ou o fato de que se originou o alegado direito, comportam, ou não, a demonstração mediante apresentação apenas da prova documental preconstituída. É esse o sentido último, é esse o resultado final a que se chega quando se analisa a exigência de que exista um direito líquido e certo. A exigência é, na verdade, um fato de que se afirma ter nascido esse direito, seja suscetível de comprovação mediante documento preconstituído.

²⁷² BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da constituição brasileira. 8. ed., Rio de Janeiro : Renovar, 2006. p. 185.

²⁷³ GRINOVER, Ada Pellegrini. Mandado de segurança contra ato jurisdicional penal. In: GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Mandado de Segurança**. Belo Horizonte : Del Rey, 1996. p. 32.

²⁷⁴ MARANHÃO, Clayton. In: FARIAS, Cristiano Chaves; DIDIER JR., Fredie (Coords.). **Procedimentos especiais cíveis**: legislação extravagante. São Paulo : Editora Saraiva, 2003. p. 149.

²⁷⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Mandado de segurança – uma apresentação. In: GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Mandado de Segurança**. Belo Horizonte : Del Rey, 1996. p. 81.

Diante disso, HUGO DE BRITO MACHADO SEGUNDO conclui que “a liquidez e certeza de um direito, para fins de mandado de segurança, estão relacionadas ao componente factual, ou à inexistência de controvérsia quanto aos fatos que lhe servem de suporte”²⁷⁶.

É preciso ter consciência, portanto, de que no plano semântico a expressão em comento é vaga e imprecisa, razão pela qual sua interpretação literal pode conduzir o intérprete ao equívoco, pois a liquidez e certeza não se referem ao *direito*, mas sim ao *fato*, que deve ser incontroverso.

Pois bem. Feita essa abordagem inicial, cumpre saber em qual categoria jurídica o direito líquido e certo se insere.

JOSÉ HENRIQUE MOUTA ARAÚJO²⁷⁷ identifica 03 (três) posições teóricas sobre o assunto. Para elas, o direito líquido e certo pode ser: **a)** condição especial da ação; **b)** pressuposto processual; **c)** o próprio mérito da demanda mandamental.

Para CASSIO SCARPINELLA BUENO, por exemplo, direito líquido e certo é apenas uma condição da ação do mandado de segurança, assimilável ao interesse de agir e que, uma vez presente, autoriza o questionamento do ato coator por essa via especial e de rito sumaríssimo.²⁷⁸

Já LEONARDO GRECO, Professor da Faculdade de Direito de Campos, afirma que o direito líquido e certo é pressuposto processual objetivo, ao aduzir que:

O direito líquido e certo no mandado de segurança diz respeito à desnecessidade de dilação probatória para elucidação dos fatos em que se fundamenta o pedido. Trata-se de pressuposto processual objetivo (adequação

²⁷⁶ MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Processo tributário**. São Paulo : Atlas, 2004. p. 308.

²⁷⁷ ARAÚJO, José Henrique Mouta. **Mandado de segurança: questões controvertidas**. Salvador : Editora JusPodivm, 2007. p. 28-33.

²⁷⁸ BUENO, Cássio Scarpinella. **Mandado de segurança: comentários às Leis n. 1.533/51, 4.348/64 e 5.021/66.3**. ed. São Paulo : Saraiva, 2007. p. 17.

do procedimento) que não subtrai do autor o direito à jurisdição sobre o litígio, mas apenas invalida a busca através da via do mandado de segurança.²⁷⁹

Embora utilizando terminologia distinta daquela preferida por LEONARDO GRECO, não diverge de tal entendimento o processualista baiano FREDIE DIDIER JÚNIOR²⁸⁰, cuja lição merece ser reproduzida para fins de cotejo:

Direito líquido e certo é requisito constitucional para a utilização devida do procedimento especial do mandado de segurança, que somente serve para a tutela de direitos cujos fatos alegados possam ser provados dentro da estreita instrução probatória para esse procedimento prevista. [...] A constatação de que o erro de procedimento, mesmo no mandado de segurança, pode ser sanado com a simples determinação de emenda da petição inicial, sem qualquer alteração da demanda (permanecem iguais o pedido, a causa de pedir e as partes), já revela que não se trata o 'direito líquido e certo' de uma condição da ação, mas de um requisito intrínseco de admissibilidade do procedimento.

Também é muito comum, principalmente na esfera jurisprudencial, encontrar julgados nos quais o direito líquido e certo é focalizado como se fora o próprio mérito de demanda principal, quando é cediço que, a bem da verdade, o mérito do *mandamus* compreende a “ilegalidade e o abuso de poder”.

Vistas as três correntes existentes sobre o tema, cumpre asseverar que um dos exemplos mais claros do *processualismo* no bojo do mandado de segurança reside na inserção do direito líquido e certo como “condição especial da ação”.

Para os adeptos de tal orientação doutrinária, a ausência do direito líquido e certo – que alguns equiparam ao interesse processual, na modalidade adequação –, conduziria o processo à extinção *sem julgamento de mérito*, entendimento este que não se afina com a doutrina contemporânea sobre o tema. Isso porque, de acordo com MARINONI e ARENHART²⁸¹,

²⁷⁹ GRECO, Leonardo. **A teoria da ação no processo civil**. São Paulo: Dialética, 2003. p. 44.

²⁸⁰ DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Pressupostos processuais e condições da ação**: o juízo de admissibilidade do processo. São Paulo : Saraiva, 2005. p. 291-292.

²⁸¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 71.

A sentença que afirmou que a via escolhida pelo autor não era adequada não permite que o autor volte a juízo através da via já afirmada inadequada, e nesse sentido produz coisa julgada material, impedindo a propositura da ação que já foi proposta.

Ora, se o direito líquido e certo realmente fosse “condição da ação assimilável ao interesse de agir”, uma vez constatada a ausência dele o impetrante não poderia ajuizar novo mandado de segurança, em razão da coisa julgada material.

Mas, ao discorrer sobre o direito líquido e certo, CASSIO SCARPINELLA BUENO afirma o seguinte²⁸²:

Trata-se, friso, de *condição da ação* do mandado de segurança, instituto de caráter nitidamente processual. À sua falta, segue decisão de *carência da ação*, facultada a repositura da *mesma* ação (do *mesmo* mandado de segurança), desde que superados os óbices que levaram à sua extinção [...].

Destarte, se o direito líquido e certo realmente fosse condição da ação assimilável ao interesse de agir, não seria possível a sua repositura, em razão da coisa julgada material.

Além disso, por uma questão lógica, aqueles que sustentam o “direito líquido e certo” como condição da ação prevista pela Carta Magna deveriam reputar inconstitucional o Parágrafo único do art. 6º da Lei nº 1.533/51, que admite a juntada posterior dos documentos. A rigor, se as condições da ação devem estar presentes “desde o ajuizamento”, como conviver com tal incoerência?

Não fosse o bastante, a concepção do direito líquido e certo como condição da ação não está em sintonia com a efetividade processual que se espera de um remédio potenciado e reforçado, inserido no bojo da jurisdição constitucional. Afinal de contas, na exegese dos assuntos afetos ao *mandamus* e aos demais remédios constitucionais, encontra plena incidência o brocardo “restrinja-se o odioso e amplie-se o favorável”.

²⁸² BUENO, Cassio Scarpinella. **Mandado de segurança**: comentários às leis n. 1.533/51, 4.348/64 e 5.021/66. 3. ed. São Paulo : Saraiva, 2007. p. 17.

Por entender que o perfil constitucional do mandado de segurança exige uma interpretação que propicie a sua máxima efetividade, adota-se, aqui, a mesma posição defendida por FREDIE DIDIER JR. e LEONARDO GRECO, que enxergam o “direito líquido e certo” como um pressuposto processual relativo à adequação do procedimento.

Com base nesse entendimento, é possível defender que, nas situações de controvérsia fática no mandado de segurança, o erro de procedimento pode ser sanado com a conversão procedimental de ofício (permanecendo iguais o pedido, a causa de pedir e as partes) ou mesmo com a simples determinação de emenda da petição inicial.

Bastaria, portanto, a invocação dos arts. 250 e 295, V (ambos do CPC), para evitar a extinção prematura do processo, sem julgamento de mérito.

3.6 RESTRIÇÕES AO CABIMENTO DO MANDADO DE SEGURANÇA: UMA ANÁLISE SOB A LENTE DA EFETIVIDADE

Examinando-se a evolução do princípio do acesso à justiça no Brasil, é possível perceber que ele enfrentou não só alterações terminológicas, mas também mudanças no plano da significação e da própria abrangência.

Se em meados do século passado – época do advento da Lei nº 1.533/51 – o postulado em questão era confundido com o próprio direito subjetivo público de ação, na atualidade ele é encarado como direito a uma tutela jurisdicional adequada, isto é, tempestiva, efetiva e adaptada às necessidades no plano do direito material.

E por falar em direito material, ao longo de mais de meio século foram muitas as alterações registradas, que incluem não só a maior sindicabilidade dos atos

administrativos, mas também a exigibilidade em juízo (justiciabilidade ou justicialidade) dos direitos fundamentais a prestações positivas do Estado.

A partir do momento em que o direito material muda, os reflexos são imediatamente sentidos no plano do direito processual, principalmente no plano das condições da ação.

Isso porque, embora as reminiscências da fase autonomista ainda preconizem a irracional separação entre direito material e processo, ambos estão intimamente correlacionados, como será possível ver logo a seguir.

3.6.1 Recurso administrativo com efeito suspensivo

O inc. I do art. 5º da Lei nº 1.533/51, como é cediço, elenca que o mandado de segurança não será cabível no caso de ato de que caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, independente de caução.

Em linha de princípio, cumpre ressaltar que não são poucos os doutrinadores que defendem a inconstitucionalidade do dispositivo legal em questão. Figuram entre eles NELSON NERY JUNIOR e ROSA MARIA ANDRADE NERY²⁸³, como bem mostra o trecho abaixo:

Limites inconstitucionais: As limitações impostas pela LMS 5º à admissibilidade do *writ* são inconstitucionais. Não pode a lei ordinária limitar o exercício de instituto previsto e regulado expressamente na CF 5º LXIX, norma constitucional essa que tem competência exclusiva para fixar as peias e as amarras do mandado de segurança. Como a CF 5º LXIX não remeteu o regulamento do MS para a lei, os requisitos para a concessão do *writ* são somente aqueles que a norma constitucional estipula. A lei somente pode traçar regras para o procedimento do MS, mas não sobre o *direito material*

²⁸³ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor**. 9. ed., São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 1.290.

processual ao MS. Doutrina e jurisprudência têm minimizado ou mesmo desconhecido essa limitação da LMS 5º.

Seguindo essa linha de raciocínio, quando o constituinte quis afastar alguma matéria do alcance dos *writs* o fez expressamente, como ocorre com o § 2º do art. 142 da Carta Magna de 1988, que afastou o *habeas corpus* no caso de punições disciplinares militares.

Outra crítica muito utilizada pelos estudiosos diz respeito à inconstitucionalidade da imposição de prévio exaurimento das vias administrativas para o acesso ao Judiciário, pois isso violaria a inafastabilidade do controle jurisdicional prevista no inc. XXXV do art. 5º do texto constitucional. Mais uma vez, defende-se que somente o constituinte originário poderia ter criado exceções à regra, a exemplo do que acontece com a justiça desportiva (art. 217, §§ 1º e 2º, da CF/88).

A doutrina faz menção, com certa frequência, ao § 4º do art. 153 da CF/69 (na redação dada pela EC nº7, de 13/04/1977), cujo teor era o seguinte:

Art. 153. [...]

§ 4º. A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual. O ingresso em juízo poderá ser condicionado a que se exauram previamente as vias administrativas, desde que não exigida garantia de instância, nem ultrapassado o prazo de cento e oitenta dias para a decisão sobre o pedido.

Num cotejo entre o inc. XXXV do art. 5º da CF/88 com o § 4º do art. 153 da CF/69 (na redação dada pela EC nº7, de 13/04/1977), sustenta-se que no sistema da nova Carta não mais se admite a jurisdição condicionada ou instância administrativa de curso forçado.

Todas as teses acima, sem exceção, são muito respeitáveis, pois ostentam o refinado raciocínio dos seus defensores. De acordo com elas, portanto, o art. 5º da Lei nº 1.533/51 não teria sido recepcionado pela Constituição de 1988.

Entretanto, não se pode perder de vista que, na moderna teoria constitucional, a declaração de inconstitucionalidade é encarada como medida excepcional. Exatamente por isso, alguns autores vêm defendendo um critério ou método hermenêutico denominado de “interpretação conforme à Constituição”, que tenta extrair do *texto* uma exegese compatível com os preceitos da Lei Maior.

Por isso, defende-se aqui uma “interpretação conforme” do aludido dispositivo, a fim de que sua inconstitucionalidade somente seja reconhecida quando, no caso concreto, sua aplicação vier a implicar violação frontal à tutela jurisdicional adequada prevista na *Lex Legum*.

Veja-se, por exemplo, o caso dos atos omissivos. Tratando-se de *omissão* do Poder Público, mesmo que caiba recurso, pode o interessado impetrar o mandado, conforme aponta o verbete sumular nº 429 do STF; isto, por uma razão óbvia: se há omissão, não há como suspender os seus efeitos.

Situação das mais interessantes, que vêm chegando aos Tribunais com frequência cada vez maior, é a seguinte: é possível a impetração de mandado de segurança para atacar o ato omissivo consubstanciado na demora para o julgamento do recurso administrativo?

A matéria ganha relevância principalmente em virtude da inserção, no art. 5º da CF/88, do inc. LXXVIII, segundo o qual “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Quer com base no dispositivo constitucional em tela, quer com base no art. 49 da Lei Federal nº 9.784/99 (que regula os processos administrativos, fixando um prazo para a respectiva decisão), há alguns julgados reconhecendo a omissão e estipulando prazo para o ato decisório da Administração.

Em recente julgado, por exemplo, o STF fixou o prazo de 30 (trinta) dias para apreciação de recurso administrativo, ao argumento de que “a inércia da autoridade coatora em apreciar recurso administrativo regularmente apresentado, sem justificativa razoável, configura omissão impugnável pela via do mandado de segurança²⁸⁴”.

O Colendo STJ, em dois precedentes, também vem seguindo a mesma trilha. No primeiro deles, referente a uma autorização para funcionamento de rádio comunitária, entendeu-se desarrazoada a espera de dois anos para a obtenção de uma resposta para o funcionamento²⁸⁵. No segundo, por sua vez, o processo já perdurava havia 04 (quatro) anos – tempo reputado suficiente para ensejar um pronunciamento da Administração –, razão pela qual asseverou-se que “o acúmulo de serviço não representa uma justificativa plausível para a morosidade estatal, pois o particular tem constitucionalmente assegurado o direito de receber uma resposta do Estado à sua pretensão”²⁸⁶.

Noutro giro, quando o assunto envolve atos comissivos atacados por recurso com efeito suspensivo, a posição predominante é a seguinte: como a decisão administrativa ainda não é exequível, faleceria ao Impetrante o *interesse processual*. Mas é óbvio que se ele desiste do recurso ou deixa de apresentá-lo no prazo legal, há interesse para a impetração do remédio heróico.

Cumpra fazer, entretanto, uma advertência: mesmo no caso de atos comissivos impugnados por recurso dotado de efeito suspensivo, situações concretas (embora raras) podem indicar a existência do *interesse processual*. Veja-se, a propósito, o exemplo abaixo.

²⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 24167. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Tribunal Pleno. j. 05/10/2006, DJU 02/02/2007.

²⁸⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança nº 11.563. Relator: Ministra Eliana Calmon. 1ª Seção. j. 28/06/2006, DJU 07/08/2006.

²⁸⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança nº 10.478. Relator: Ministro Humberto Martins. 1ª Seção. j. 28/02/2007, DJU 12/03/2007.

No mês de março de 2007, o indivíduo “A” sofre um sério acidente automobilístico, deixando seu veículo sem condições de locomoção. Um mês depois (isto é, em abril), recebe em sua residência 18 (dezoito) notificações provenientes do Órgão de Trânsito local, todas elas relativas a supostas infrações cometidas durante o período no qual o veículo estava na oficina sem condições de trânsito. Inconformado com tamanha injustiça, interpõe os recursos administrativos cabíveis e, simultaneamente, comunica o fato à autoridade policial local, que, 03 (três) dias depois, descobre um outro automóvel circulando com placa “clonada” – fato este apurado em inquérito policial e exaustivamente noticiado na imprensa escrita da cidade. Mas “A”, por não estar atravessando um momento de muita sorte, descobre em junho que sua esposa corre risco de morte, ocasionado por um tumor cerebral passível de extração por meio de uma dispendiosa cirurgia, que deverá ser realizada – impreterivelmente – dentro de 10 (dez) dias. Ocorre, entretanto, que o único bem disponível de “A” é o seu veículo, e nenhum dos potenciais interessados se arriscou a efetuar o negócio jurídico sabendo da pendência administrativa. Pergunta-se: diante de situação tão grave, seria razoável opor a ausência de “interesse processual” para impedir que “A” obtenha a tutela jurisdicional? A resposta para tal indagação é oferecida pelo processualista CASSIO SCARPINELLA BUENO²⁸⁷:

A hipótese descrita no inciso I do art. 5º da Lei n. 1.533/51 não pode, entretanto, conduzir ao afastamento da impetração toda vez que [...] a esfera administrativa, por imposições legais, tornar-se onerosa, seja do ponto de vista temporal (demora indeterminada para apreciação do pleito do particular), seja do ponto de vista econômico [...]. Da mesma forma, quando a apresentação do recurso na esfera administrativa não for mecanismo apto para evitar a consumação da lesão ou da ameaça que fundamenta o questionamento do ato ou fato ainda em sede da Administração Pública.

3.6.2 Ato judicial

²⁸⁷ BUENO, Cassio Scarpinella. **Mandado de segurança**: comentários às leis n. 1.533/51, 4.348/64 e 5.021/66. 3. ed. São Paulo : Saraiva, 2007. p. 58.

A segunda situação, catalogada no inc. II do art. 5º da Lei nº1.533/51, dispõe não ser cabível o *mandamus* para atacar despacho ou decisão judicial, quando haja recurso previsto nas leis processuais ou possa ser modificado por via de correção.

Quer sob o aspecto doutrinário, quer sob o jurisprudencial, não há dúvida na atualidade acerca do cabimento do remédio heróico para contrastar pronunciamentos judiciais.

Mas, como bem adverte TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER²⁸⁸,

[...] não se pode fazer uso do *writ* de maneira *indiscriminada* contra os atos praticados pelo juiz, sob pena de tornar-se inútil ou de utilidade significativamente reduzida toda a sistemática de normas que dispõem sobre os recursos e sobre as ações impugnativas. O meio “normal” para se atacarem os atos judiciais são os *recursos*, que são figuras especificamente criadas com o escopo de provocar o reexame da matéria decidida pelo Poder Judiciário, possibilitando-se, assim, que seja proferida outra decisão no lugar daquela de que se recorreu.

Por isso, pode-se dizer que em se tratando da impugnação de atos judiciais, o *mandamus* aparece com *função complementar*, isto é, para cobrir as falhas existentes no sistema criado pelo legislador ordinário²⁸⁹.

EDUARDO TALAMINI²⁹⁰, em estudo sobre o tema, arrola as seguintes hipóteses nas quais o “comportamento” jurisdicional pode ser controlado pela via do *mandamus*: **a)** decisões das quais não caiba recurso nenhum, ou seja, naquelas hipóteses em que o ordenamento não prevê recurso para a impugnação do ato; **b)** decisão da qual não caiba recurso com efeito suspensivo ou apto a desde logo propiciar a providência negada pela decisão; **c)** omissões, em si mesmas não recorríveis; **d)** para amparar terceiros em relação ao processo, atingidos por seus atos; **e)** sentença juridicamente inexistente ou absolutamente ineficaz.

²⁸⁸ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Nulidades do processo e da sentença**. 4. ed., São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1998. p. 288

²⁸⁹ WATANABE, Kazuo. **Controle jurisdicional**: princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional no sistema jurídico brasileiro e mandado de segurança contra atos judiciais. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1980. p. 105.

²⁹⁰ TALAMINI, Eduardo. O emprego do mandado de segurança e do habeas corpus contra atos revestidos pela coisa julgada. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coords.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis**, vol. 9. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 168-171.

No caso da alínea “a” (decisões das quais não caiba recurso), a doutrina e a jurisprudência citam os seguintes exemplos: **i)** decisão que converte o agravo de instrumento em agravo retido²⁹¹; **ii)** pronunciamento do relator que indefere a antecipação de tutela na esfera recursal; **iii)** decisões interlocutórias proferidas nos Juizados Especiais Cíveis das quais não caiba agravo de instrumento, ressalvada apenas a situação específica na qual a legislação admite tal recurso no âmbito da tutela de urgência (art. 5º da Lei nº 10.259/2001); **iv)** controle sobre a competência dos juizados especiais, efetuada pela Justiça Comum Estadual²⁹²; **v)** decisão monocrática do relator que nega seguimento a agravo interno²⁹³; **vi)** acórdão que, em embargos de declaração considerados protelatórios, aplicou à embargante multa de 1% (um por cento) sobre valor da causa, em demanda envolvendo quantias vultosas²⁹⁴; **vii)** decisões interlocutórias na Justiça do Trabalho, pois nesse âmbito especializado o agravo somente é cabível contra decisões que indeferem o processamento de recursos.

Na situação descrita na alínea “b” (decisão da qual não caiba recurso com efeito suspensivo ou apto a desde logo propiciar a providência negada pela decisão), cumpre ressaltar que ela já foi muito mais invocada no passado, quando não havia previsão legal para a concessão do efeito suspensivo ao agravo de instrumento. Na atualidade, entretanto, com a possibilidade de antecipação da tutela recursal, tornou-se mais rara a utilização do mandado de segurança neste particular, calhando frisar que, no tocante aos recursos dirigidos aos Tribunais Superiores – geralmente despidos do efeito suspensivo – o *mandamus* não se apresenta como o remédio mais adequado, quer porque a competência para o seu julgamento não seria do STF ou do STJ (mas sim do Tribunal local), quer porque a jurisprudência consagrou o cabimento da medida cautelar aforada nas instâncias superiores.

²⁹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Mandado de Segurança nº 22.847. Relatora: Ministra Fátima Nancy Andriahi. 3ª Turma. j. 01/03/2007, DJU 26/03/2007.

²⁹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Mandado de Segurança nº 17.524. Relatora: Ministra Fátima Nancy Andriahi. Corte Especial. j. 02/08/2006, DJU .

²⁹³ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Mandado de Segurança nº 2001.02.01.012520-6. Relatora: Desembargadora Vera Lúcia Lima. 3ª Seção Especializada. j. 17/08/2006, DJ de 31/08/2006.

²⁹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 25.293-0. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. 1ª Turma. j. 07/03/2006, DJU 05/06/2006.

Na hipótese da alínea “c” (concernente às omissões, em si mesmas não recorríveis), é comum a seguinte indagação: caso o juiz protele indefinidamente a prolação da sentença, seria cabível a impetração do *mandamus*?

Neste pormenor, concernente a *ato omissivo*, a jurisprudência costuma se referir ao cabimento da correção parcial, que é uma providência administrativa ou disciplinar destinada à correção de *error in procedendo* caracterizador de abuso ou inversão tumultuária da marcha do processo²⁹⁵. Corrobora tal entendimento a doutrina, mas desde que se entenda a medida constitucional (aspecto colocado em dúvida por alguns estudiosos) e seu processamento tenha aptidão para evitar qualquer lesão ou ameaça ao direito daquele que se afirma prejudicado²⁹⁶.

Em que pese o brilho de tal posicionamento, não é essa a posição defendida no presente trabalho. Isso porque o inc. II do art. 5º da Lei nº 1.533 se refere apenas a “despacho ou decisão judicial”. Ora! Se a despeito das súplicas verbais da parte e do seu advogado o Magistrado retarda indefinidamente a prolação de uma sentença ou de outro pronunciamento judicial (às vezes até mesmo por anos a fio!), não há que se falar em “despacho ou decisão judicial”, mas sim em autêntica *omissão* no tocante a estes. Considerando a celeuma jurisprudencial sobre o cabimento do agravo neste caso e também que a interpretação do *mandamus* deve ser a mais favorável possível no sentido de ampliar o acesso à tutela jurisdicional adequada (isto é, tempestiva, efetiva e adequada às sutilezas no plano material), não se pode oferecer interpretação extensiva ao inc. II, como se o legislador tivesse dito menos do que queria.

Por isso, se o retardamento excessivo na apreciação de recursos administrativos já vem dando azo à impetração do remédio heróico – inclusive com decisões fixando prazo para o julgamento – por que não admiti-lo, também, no caso de provimentos judiciais na mesma situação?

²⁹⁵ ORIONE NETO, Luiz. **Recursos Cíveis**. São Paulo : Saraiva, 2002. p. 169.

²⁹⁶ BUENO, Cassio Scarpinella. **Mandado de segurança**: comentários às leis n. 1.533/51, 4.348/64 e 5.021/66. 3. ed. São Paulo : Saraiva, 2007. p. 64.

A alínea “d”, por sua vez, enfatiza o cabimento do *writ* para amparar terceiros em relação ao processo, atingidos por seus atos.

Cuida-se de situação mais corriqueira na prática forense, na qual o terceiro –que não figurou na relação processual e não está sujeito à coisa julgada – acaba sendo atingido, no plano empírico, pelos efeitos da sentença.

Com efeito, na medida em que detenha interesse jurídico, o terceiro pode usar o *mandamus* para impugnar a decisão proferida em processo alheio que o atinge. Nessa hipótese, não há propriamente mandado de segurança *contra a coisa julgada*, mas sim a aceitação do *writ* precisamente porque *não há coisa julgada para o terceiro* (art. 472 do CPC)²⁹⁷.

Tamanho foi o aporte de situações semelhantes no STJ, que tal Tribunal cunhou o enunciado sumular nº 202, segundo o qual “a impetração de segurança por terceiro, contra ato judicial, não se condiciona à interposição de recurso”.

No âmbito do Colendo STJ, há certa divergência sobre a utilização do *mandamus* quando cabíveis, também, os embargos de terceiro (art. 1.046 do CPC). Já se decidiu, por exemplo, que “não cabe mandado de segurança contra decisão judicial em face da qual o CPC oferece a ação de embargos de terceiro à execução”²⁹⁸. Em julgados mais recentes do mesmo Órgão Colegiado, entretanto, prevaleceu entendimento diverso, no sentido de que “é lícito ao terceiro prejudicado requerer mandado de segurança contra ato judicial, em lugar de interpor, contra ele, embargos de terceiro”²⁹⁹.

Em busca de uma solução conciliadora, a orientação aqui preconizada é a seguinte: se matéria puder ser provada documentalmente, é plenamente possível o uso do

²⁹⁷ TALAMINI, Eduardo. O emprego do mandado de segurança e do habeas corpus contra atos revestidos pel coisa julgada. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coords.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis**, vol. 9. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 168-170.

²⁹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Mandado de Segurança nº 21.324. 3ª Turma. Relatora: Ministra Fátima Nancy Andriighi. j. 25/09/2006, DJU 09/10/2006.

²⁹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Mandado de Segurança nº 22.741. 3ª Turma. Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros. j. 05/06/2007, DJU 18/06/2007.

mandamus, até porque a referência a “recurso” no inc. II do art. 5º da Lei nº 1.533/51 não pode ser elasticada a ponto de abarcar uma *ação*, como ocorre com os embargos de terceiro. Dentro da idéia de “fungibilidade dos meios” defendida no presente trabalho, nada impede que o Órgão Julgador, para evitar prejuízo ao direito da parte, admita uma demanda ou outra, observando, naturalmente, o aspecto referente à competência jurisdicional.

Mas se a matéria exigir produção de provas diversas da documental, reputa-se mais prudente o uso dos embargos de terceiro, nos quais é permitida a discussão ampla das matérias de fato e de prova, contando, inclusive, com a possibilidade de proteção liminar (art. 1.051 do CPC).

Bastante instigante, também, é a alínea “e”, relativa à sentença juridicamente inexistente ou absolutamente ineficaz.

Os exemplos citados pela doutrina dizem respeito, por exemplo, ao ajuizamento do *mandamus* por quem não foi validamente citado e não participou do processo³⁰⁰.

Uma das hipóteses mais emblemáticas, aqui, parece se referir à exigência do litisconsórcio necessário, em que disposição expressa de lei (veja-se, a propósito, a parte final do art. 47 do CPC) faz menção ao assunto.

Um exame da casuística pode colaborar para a compreensão desse último tópico. Imagine-se, por exemplo, que o concursando “X” ajuíza sua demanda em busca da nulificação de determinado concurso no qual não obteve aprovação. Neste caso, como a decisão judicial repercutirá na esfera jurídica dos candidatos aprovados, estes devem figurar como litisconsortes necessários, sob pena de ineficácia do provimento judicial.

³⁰⁰ TALAMINI, Eduardo. O emprego do mandado de segurança e do habeas corpus contra atos revestidos pel coisa julgada. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coords.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis**, vol. 9. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 168-171.

Em caso semelhante, apreciado pelo STJ, foi admitido o uso do *mandamus* para anular a decisão judicial, a fim de que fossem citados os candidatos aprovados. A ementa do acórdão³⁰¹, inclusive, merece ser reproduzida:

[...] A impetração de segurança por terceiro, contra ato judicial, não se condiciona a interposição de recurso" (Súmula nº 202/STJ). 2. Os candidatos que foram aprovados e devidamente nomeados em concurso público são litisconsortes necessários na ação em que se busca a anulação do certame, pelo que há necessidade de sua citação para integrar a lide. 3. Recurso ordinário conhecido e parcialmente provido. Segurança concedida em parte para que seja anulada a decisão combatida nesta ação mandamental, a fim de que sejam citados os candidatos-servidores litisconsortes.

Mas, no tópico deste trabalho dedicado à busca da justiça no caso concreto (item 1.9), acentuou-se que em virtude da própria problematicidade inerente ao fenômeno jurídico, o processo civil contemporâneo procura construir soluções justas, pensadas à luz da concretude das situações analisadas. E no mandado de segurança, insta frisar, não ocorre de forma diferente.

Embora seja idéia assente a de que o *mandamus* não se presta como sucedâneo recursal para atacar decisões não recorridas (sob pena de o *writ* ser transformado num "super-recurso"), aos poucos a jurisprudência vem mitigando o rigor de tal entendimento para tutelar o direito do jurisdicionado em *situações excepcionais*, envolvendo flagrante ilegalidade ou abuso de poder.

Foi o que ocorreu em recente julgado no qual o STJ, considerando que a determinação de complementação de parcela de precatório sob pena de seqüestro de renda do município foi expedida pelo juiz da execução (incompetente para tanto), entendeu configurada a hipótese de excepcionalidade para admitir o *mandamus* contra decisão não atacada por recurso³⁰².

³⁰¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Mandado de Segurança nº 19.448. 5ª Turma. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima. j. 07/03/2006, DJU 01/08/2006.

³⁰² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Mandado de Segurança nº 17.958. 1ª Turma. Relatora: Ministra Denise Arruda. j. 13/09/2005, DJU 24/10/2005.

Não prospera, neste pormenor, a orientação de que haveria “preclusão” no tocante ao uso do *mandamus* se o recurso adequado não foi interposto. Com a devida *venia*, os efeitos da preclusão operam no âmbito endoprocessual (ou seja, do bojo do mesmo processo), não abarcando, portanto, o processo deflagrado a partir da impetração do *writ*.

Também merecem referência, aqui, os julgados envolvendo os denominados “atos teratológicos” (isto é, portadores de gritante ilegalidade e abuso de poder), nos quais a jurisprudência vem flexibilizando o rigor do inc. II do art. 5º da Lei nº 1.533/51 e do verbete sumular nº 267 do STF, segundo o qual “não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição”.

Acerca do tema, é lapidar a lição de EDUARDO TALAMINI³⁰³:

Em certa medida, a diretriz jurisprudencial do cabimento do mandado de segurança contra “decisões teratológicas”, tão criticada por sua inegável imprecisão e atecnia, contém o núcleo, a idéia central – ainda que não sistematizada e formulada, ainda que meramente intuída – da necessidade de ponderação dos valores envolvidos. De acordo com essa orientação, em casos limites, gravíssimos, extraordinariamente aberrantes, decisões judiciais podem ser impugnadas pelo mandado de segurança mesmo fora dos limites ditados em homenagem àquelas outras garantias acima mencionadas. Admite-se, assim, o emprego do mandado de segurança contra atos que eram recorríveis e mesmo contra atos que foram objeto de todos os recursos possíveis.

A título ilustrativo, cumpre trazer à baila decisão relativamente recente do Plenário do STF³⁰⁴, na qual, em situação gravíssima, admitiu-se o emprego do *mandamus* contra ato do Ministro-presidente que já consistia na confirmação de reiteradas decisões anteriores de outros tribunais (indeferimento de pedido de suspensão de decisão contra o Poder Público). Por outras palavras, àquela altura já estavam preclusos todos os recursos e meios de impugnação contra uma liminar.

³⁰³ TALAMINI, Eduardo. O emprego do mandado de segurança e do habeas corpus contra atos revestidos pel coisa julgada. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coords.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis**, vol. 9. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 166-167.

³⁰⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 24.159. Pleno. Relatora: Ministra Ellen Gracie. j. 26/06/2003, DJU 31/10/2003.

Ante o exposto, pode-se concluir que em situações excepcionais, apuradas de acordo com a *gravidade* dos casos concretos – o que exigirá, obviamente, uma *ponderação dos bens e interesses* em jogo – é possível mitigar o entendimento cristalizado acerca da impossibilidade do uso do *mandamus* como “sucedâneo recursal”, para proteger direitos fundamentais em risco.

Como o *writ* não pode ser descartado nestes casos raros e peculiares, afigura-se descabida a prolação automática de uma sentença meramente processual.

3.6.3 Ato discricionário

Ao classificarem os atos administrativos de acordo com o *critério da liberdade de ação*, alguns administrativistas se referem aos atos *vinculados* e aos *discricionários*.

Embora a classificação e a terminologia reportadas acima gozem de certo prestígio na doutrina, entende-se mais precisa a sugerida por VITOR NUNES LEAL³⁰⁵, para quem não existe *ato discricionário*, mas sim um *poder discricionário*. Segundo o eminente publicista, nenhum ato administrativo pode ser considerado discricionário, em sua integralidade, pois todos os atos administrativos contêm parcela vinculada, notadamente no que respeita à *competência*, à *finalidade* e à *forma*. Tais elementos, segundo ele, mantêm-se em todos os atos administrativos, mesmo quando há discricionariedade.

Antes de continuar a exposição, cumpre distinguir discricionariedade e vinculação. Acerca do tema, reproduz-se a lição de MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO³⁰⁶:

³⁰⁵ *Apud* CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A fazenda pública em juízo**. 5. ed., São Paulo : Dialética, 2007. p. 475.

³⁰⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 13. ed., São Paulo : Atlas, 2001. p. 197.

[...] a atuação da Administração Pública no exercício da função administrativa é vinculada quando a lei estabelece a única solução possível diante de determinada situação de fato; ela fixa todos os requisitos, cuja existência a Administração deve limitar-se a constatar, sem qualquer margem de apreciação subjetiva.

E a atuação é discricionária quando a Administração, diante do caso concreto, tem a possibilidade de apreciá-lo segundo critérios de oportunidade e conveniência e escolher uma dentre duas ou mais soluções, todas válidas para o direito.

Percebe-se, portanto, que o conceito de discricionariedade corresponde a certa margem de liberdade de escolha conferida ao administrador público, que, diante de vicissitudes e circunstâncias de dada situação concreta, possa sopesá-las para decidir a melhor providência a ser adotada.

Feitas essas considerações, cumpre ressaltar doutrina contemporânea, sem exceção, tem consagrado a limitação ao poder discricionário, possibilitando um maior controle do Judiciário sobre os atos que dele derivem.³⁰⁷ Mas nem sempre foi assim.

Numa análise da evolução do controle da discricionariedade, houve uma *primeira fase* de imunidade jurisdicional, correspondente ao período em que o poder discricionário era considerado um poder político, não passível de apreciação judicial.³⁰⁸

Depois veio uma *segunda fase*, na qual o Poder Judiciário passou a controlar os atos da Administração, porém de forma limitada, porque praticamente apreciava os vícios de competência e de forma e o controle era o mais simples possível.³⁰⁹

No desenvolvimento desta escalada evolutiva, foi dado mais um importante passo, por meio do qual foi elaborada a *teoria do desvio do poder* e, logo em seguida, a *teoria dos motivos determinantes*. Com a construção destas duas teorias, elaboradas pelos órgãos de jurisdição administrativa do sistema francês, houve um grande avanço em

³⁰⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 15. ed., Lúmen Júris Editora: Rio de Janeiro, 2006. p. 40.

³⁰⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade administrativa e controle judicial da administração. In SALES, C. A. (Org.). **Processo civil e interesse público**: o processo como instrumento de defesa social. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 183.

³⁰⁹ Idem, ibidem.

termos de controle porque dois aspectos do ato administrativo – a finalidade e o motivo –, que antes não admitiam apreciação judicial por não constituírem elementos integrantes do ato administrativo, passaram a ser assim considerados; como consequência lógica, passaram a ser objeto de exame pelo Judiciário.³¹⁰

Na atualidade, o pós-positivismo gerou reflexos no Direito Administrativo, permitindo um maior controle dos atos da Administração. Há quem diga, inclusive, que a partir de agora a discricionariedade está atrelada aos princípios constitucionais da Administração Pública (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência) e também às pautas da razoabilidade e proporcionalidade.

Por isso, a Administração deve obedecer não apenas à lei em sentido formal, mas também aos princípios que estejam implícita ou expressamente previstos na Constituição. Por outras palavras, a superação do positivismo legalista fez com que a sindicabilidade jurisdicional da atividade administrativa não vinculada represente um controle de *juridicidade*, e não apenas de legalidade³¹¹.

Essa rápida análise da evolução da discricionariedade demonstra que o princípio da legalidade foi sofrendo uma ampliação, passando de um enfoque meramente *formal* para um outro, de cunho *material*. Demonstra, também que, em contrapartida, a discricionariedade diminuiu, porque na medida em que a atuação da Administração Pública passou a submeter-se a uma legalidade mais ampla é evidente que a esfera de imunidade dos atos discricionários está mais restrita.³¹²

Nada obstante exista significativa corrente doutrinária e jurisprudencial no sentido de que a conveniência e oportunidade da Administração não podem ser substituídas pela do juiz, alguns julgados, de forma mais incisiva, defendem até mesmo o controle das

³¹⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade administrativa e controle judicial da administração. In SALES, C. A. (Org.). **Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social**. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 183.

³¹¹ MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da administração pública**. 2. ed., São Paulo : Dialética, 2004. p. 212.

³¹² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. Cit., p. 183, nota 310.

razões de conveniência e oportunidade (isto é, o *mérito* do ato administrativo), como bem demonstra a ementa abaixo³¹³:

[...] Na atualidade, a Administração pública está submetida ao império da lei, inclusive quanto à conveniência e oportunidade do ato administrativo. [...] O Poder Judiciário não mais se limita a examinar os aspectos extrínsecos da administração, pois pode analisar, ainda, as razões de conveniência e oportunidade, uma vez que essas razões devem observar critérios de moralidade e razoabilidade.

Seja como for, reputa-se necessária e salutar a ampliação da área de atuação do Poder Judiciário, tanto para coibir arbitrariedades – em regra praticadas sob o manto da assim chamada “discricionariedade” – quanto para conferir-se plena aplicação ao preceito constitucional catalogado no inc. XXXV do art. 5º da Carta Magna.

Em se tratando da utilização do mandado de segurança para combater os atos oriundos da atuação discricionária, o controle a ser efetuado pelo magistrado poderá focalizar, entre outros (dependendo da corrente doutrinária seguida), os seguintes aspectos: **a)** motivação do ato; **b)** sua conformidade com os princípios do contraditório, da ampla defesa e também com aqueles catalogados no art. 37, “caput”, da Carta Magna; **c)** ocorrência de excesso ou de abuso, mediante a aplicação das pautas da razoabilidade e da proporcionalidade.

Com efeito, se antes do aumento da sindicabilidade dos atos administrativos discricionários eram comuns as sentenças terminativas calcadas na *carência de ação* (quer por *impossibilidade jurídica do pedido*, quer por *falta de interesse processual*), agora há respaldo para a prolação de provimentos de mérito em muitos casos.

Trata-se de um indiscutível exemplo da aplicação do item 1.7 deste trabalho, no qual foi destacada a *influência do direito material no processo*.

³¹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 429570. 2ª Turma. Relatora: Ministra Eliana Calmon. j. 11/11/2003, DJU 22/03/2004.

3.6.4 Ato disciplinar

Ainda de acordo com o art. 5º, inc. III, da Lei nº 1.533/51, o mandado de segurança seria incabível para atacar *ato disciplinar*, salvo quando praticado por autoridade incompetente ou com inobservância de formalidade essencial.

De acordo com HELY LOPES MEIRELLES, uma das características do poder disciplinar é o seu discricionarismo³¹⁴. Diante de tal assertiva, bem se compreende a razão pela qual o legislador de 1951 inseriu a restrição em apreço, que retrata um legado da concepção reinante na época acerca do restrito alcance do controle jurisdicional dos atos praticados com base no poder discricionário. Ocorre, entretanto, que foi expressiva a evolução registrada desde então.

CARLOS MÁRIO DA SILVA VELLOSO³¹⁵, Ministro aposentado do STF, é um dos críticos da restrição ora abordada. Na sua ótica, o art. 5º, III, da Lei n. 1.533/51 deve ser interpretado em harmonia com os incisos XXXV e LXIX da Constituição, de tal modo que a expressão “inobservância de formalidade essencial” seja interpretada da seguinte maneira:

Deve-se entender que o citado dispositivo legal está se reportando aos elementos essenciais do ato administrativo – competência, forma, objeto, motivo e finalidade – sem exceção, mesmo porque todo ato administrativo deve ser examinado em função de seus elementos. Se qualquer deles contiver vício, o ato é nulo. E o ato disciplinar é espécie de ato administrativo.

Os doutrinadores que se opõem a esse entendimento defendem que a apreciação de outros aspectos que não a *forma* e a *competência* significaria o exame do mérito do ato disciplinar ou, por outras palavras, da conveniência, oportunidade, justiça ou injustiça da punição³¹⁶.

³¹⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 24. ed. São Paulo, Malheiros Editores, 1999. p. 109.

³¹⁵ VELLOSO, Carlos Mário da Silva. **Temas de direito público**. Belo Horizonte : Del Rey, 1994. p. 154-155.

³¹⁶ DI PIETRO. Mandado de segurança: ator coator e autoridade coatora. In: GONÇALVES, Aroldo Plínio (Coord.). **Mandado de segurança**. Belo Horizonte : Del Rey, 1996. p. 155.

De acordo com MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO³¹⁷, a legalidade pode estar em qualquer um dos cinco elementos do ato administrativo (sujeito, objeto, forma, motivo e finalidade), razão pela qual o exame deles não significará, necessariamente, o exame do mérito. E oferece os seguintes exemplos: (i) se diante de uma infração de trânsito a Administração aplica a pena de apreensão de veículo em situação que a lei não prevê, a ilegalidade estará no *objeto*; (ii) na hipótese em que a pessoa punida por infração de trânsito comprove, de forma cabal, que na data e horário designado no auto de infração o veículo se encontrava em uma oficina mecânica para fins de reparos, o vício estará no *motivo*, que, no caso, era inexistente; (iii) ou ainda a hipótese em que se demonstre que o ato foi praticado com desvio de poder, quando o vício estará na *finalidade*.

E prossegue sua lição esclarecendo que não é a natureza do ato que afasta o mandado de segurança, mas sim a eventual dificuldade da comprovação dos fatos. Para manter a fidelidade do texto com as idéias da autora, transcreve-se a sua lição:

O que pode ocorrer, em determinadas hipóteses, é a ausência de liquidez e certeza do direito, por envolver matéria de prova. Nos casos de desvio de poder, por exemplo, a prova é bastante difícil, porque a autoridade que se desvia da finalidade própria do ato não declara a sua real intenção, sendo a comprovação feita por indícios que cercam a prática do ato, nem sempre possíveis de serem demonstrados pela via do mandado de segurança; principalmente se depender de provas outras que não as documentais. Mas essa é uma dificuldade que ocorre com qualquer outro tipo de ato administrativo que não o disciplinar [...].

Não parece divergir das idéias da referida Professora um julgado bastante recente do STF proferido em caso que envolvia ato praticado no exercício do poder disciplinar. De acordo com a ementa do julgado, “o controle jurisdicional pode e deve incidir sobre os elementos do ato, à luz dos princípios que regem a atuação da Administração”³¹⁸.

³¹⁷DI PIETRO. Mandado de segurança: ator coator e autoridade coatora. In: GONÇALVES, Aroldo Plínio (Coord.). **Mandado de segurança**. Belo Horizonte : Del Rey, 1996. p. 155.

³¹⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso em Mandado de Segurança nº 24.699. 1ª Turma. Relator: Ministro Eros Grau. j. 30/11/2004, DJU 01/07/2005.

A exemplo que vem ocorrendo com os atos oriundos do exercício do poder discricionário, aqui também vem sendo utilizada a pauta da proporcionalidade, no sentido dosar as penas aplicadas, quanto estas se apresentam excessivamente gravosas quando comparadas com a insignificância da atuação do agente³¹⁹.

Antes de continuar a análise, cumpre fazer uma advertência: a discricionariedade, bem ao contrário do que sustenta da doutrina mais antiga, não é consequência automática da utilização, nos textos normativos, de “conceitos indeterminados”. Nem sempre isso acontece.

Só há efetivamente discricionariedade quando expressamente atribuída à autoridade administrativa, pela norma jurídica válida, esse espaço decisório. Por outras palavras, a discricionariedade resulta de expressa atribuição normativa à autoridade administrativa, e não da circunstância de serem ambíguos ou equívocos os vocábulos usados nos textos normativos, dos quais afloram, por obra da interpretação, as normas jurídicas. Destarte, comete erro quem confunde discricionariedade com interpretação do direito³²⁰.

Acerca do tema, calha trazer à baila a contribuição doutrinária de LEONARDO JOSÉ CARNEIRO DA CUNHA³²¹:

[...] impõe-se observar que há dois tipos de conceitos imprecisos, mas determináveis, quais sejam aqueles dotados de conteúdo empírico ou de noções da experiência e os que ostentam conteúdo de valor.

Em se tratando de conceitos empíricos ou de experiência, são determináveis mediante exercício de interpretação baseado em elementos objetivos, tirados da experiência, que possibilitam a delimitação do conceito de forma a alcançar uma única solução válida perante o ordenamento positivo. Nesse caso, é bem de ver, não há discricionariedade, mas mera interpretação da norma jurídica.

Se, no entanto, a lei albergar conceitos de valor, para cuja delimitação houver necessidade de apreciação subjetiva da Administração Pública, aí haverá, então, discricionariedade.

³¹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança nº 7.983-0. 3ª Seção. Relator: Ministro Helio Quaglia Barbosa. j. 30/03/2005, DJU .

³²⁰ GRAU, Eros. **O direito posto e o direito pressuposto**. 5. ed. São Paulo : Malheiros Editores, 2003. p. 191.

³²¹ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A fazenda pública em juízo**. 5. ed., São Paulo : Dialética, 2007. p. 475.

Assim, os atos administrativos que envolvem a aplicação de “conceitos indeterminados” estão sujeitos ao exame e controle do Poder Judiciário, pois a interpretação destes reclama a escolha de uma, entre várias interpretações possíveis, em cada caso, de modo que essa escolha seja apresentada como adequada.

Em situação que envolvia a aplicação de penalidade no campo disciplinar, o STF já entendeu que “os atos administrativos que envolvem a aplicação de ‘conceitos indeterminados’ estão sujeitos ao exame e controle do Poder Judiciário”³²².

Como se pode perceber, tamanha é a inconveniência da manutenção de tal dispositivo no ordenamento pátrio que o Projeto de Lei nº 5.067/2001, que dispõe sobre o mandado de segurança e dá outras providências, simplesmente aboliu o ato disciplinar do rol do art. 5º, numa expressão inequívoca do descabimento da restrição ora examinada no cenário contemporâneo.

Por tais razões, revelam-se inadequadas as sentenças que, no caso do inc. III, insistem em reconhecer a falta de interesse processual ou mesmo de possibilidade jurídica do pedido. Cuida-se, sem dúvida alguma, de mais uma influência inequívoca do direito material sobre o processo (aspecto focalizado no item 1.7 deste trabalho).

3.6.5 Coisa julgada

O CPC, em seu art. 467, estabelece que “denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário e extraordinário”.

³²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso em Mandado de Segurança nº 24.699. 1ª Turma. Relator: Ministro Eros Grau. j. 30/11/2004, DJU 01/07/2005.

Na seara doutrinária, é comum a menção à coisa julgada *material* e à *formal*. Enquanto esta seria a inimpugnabilidade da sentença no processo em que foi proferida, aquela seria a qualidade que torna imutável e indiscutível o comando que emerge da parte dispositiva da sentença de mérito não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário³²³.

Examinando-se a jurisprudência sumulada do STF, extrai-se do seu verbete n°268 que “não cabe mandado de segurança contra decisão judicial com trânsito em julgado”. No mesmo sentido, inclusive, aponta o inc. III do art. 5° do Projeto de Lei n° 5.067/2001 (que dispõe sobre o mandado de segurança e dá outras providências).

Considere-se, também, que referência da súmula à coisa julgada tem sentido amplo, dizendo respeito tanto à coisa julgada formal quanto à material³²⁴.

Diante de tal cenário, por que discutir o *mandamus* contra coisa julgada na atualidade?

Em um interessante julgado citado por NELSON NERY JUNIOR³²⁵, entendeu-se cabível a impetração de um mandado de segurança que tinha função rescindente. Reproduz-se, a seguir, a nota na qual o referido processualista faz menção ao julgado:

Quando coexistem decisões conflitantes sobre a mesma causa, sendo uma delas nula porque proferida por juízo absolutamente incompetente, colocando em risco a higidez da prestação jurisdicional reclamada, admite-se o MS com função rescindente, de caráter satisfativo, para expurgar-se do mundo jurídico a indesejável antinomia entre acórdãos versando a mesma matéria (TJSP, 5° Gr. Câms. Civs., MS 213962-2/5, rel. designado Des. Donaldo Armelin, m.v. (6x5), j. 31.8.93).

³²³ NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor**. 3. ed., São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 467.

³²⁴ SALLES, Carlos Alberto. Mandado de segurança contra atos judiciais: as súmulas 267 e 268 do STF revisitadas. In: BUENO, Cássio Scarpinella; ALVIM, Eduardo Arruda; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). In: **Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança: 51 anos depois**. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 139-140.

³²⁵ NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor**. 3. ed., São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 1.808.

Pode-se pensar, à primeira vista, que a questão ora tratada possui interesse meramente histórico, porque antes da inserção da tutela antecipada no CPC e da banalização do uso na rescisória – que, diga-se de passagem, foi positivada expressamente no ordenamento pátrio pela Lei nº 11.280, de 16.2.2006 – alguns entreviam a possibilidade de dano irreparável para a parte em razão da antiga redação do art. 489 do CPC, o que justificaria o manejo do *writ* para a obtenção da liminar nele prevista.

Ocorre, entretanto, que embora a modificação legislativa tenha inviabilizado a impetração do *mandamus* no caso acima (havendo respaldo para sentença terminativa por falta de interesse processual), a doutrina especula outras situações nas quais o *writ* seria cabível. Entre elas, estariam encartadas as hipóteses nas quais o ordenamento veda o uso da ação rescisória – como ocorre, por exemplo, no âmbito dos juizados especiais³²⁶ – ou quando ele simplesmente não a prevê, em situações bastante graves.

Outra inquietação doutrinária, merecedora da habitual atenção, diz respeito à perplexidade oriunda da divergência de tratamento oferecida ao *habeas corpus* e ao mandado de segurança, haja vista o cabimento do primeiro para atacar até mesmo sentenças civis de mérito que já transitaram em julgado³²⁷ – e que, portanto, estão acobertadas pela coisa julgada material.

Sempre se justificou a divergência de tratamento das duas ações com base na essencialidade do bem jurídico protegido pelo *habeas corpus*, qual seja, o *direito de liberdade*.

Ocorre, entretanto, que nas últimas décadas tem mudado o perfil dos direitos materiais instrumentalizados pelo *mandado de segurança*, antes reservado sobretudo para questões de índole patrimonial (que não são, necessariamente, menos importantes que

³²⁶ TALAMINI, Eduardo. O emprego do mandado de segurança e do *habeas corpus* contra atos revestidos pela coisa julgada. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coords.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis**, vol. 9. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 166-173-178.

³²⁷ Idem, *ibidem*.

o bem jurídico mencionado acima, principalmente quando disserem respeito a verbas de caráter alimentar, essenciais para a própria subsistência do ser humano). Agora, insta frisar, o *mandamus* vem sendo utilizado também para a obtenção de medicamentos e tratamentos, sem os quais os jurisdicionados, muitas vezes, correm flagrante risco de morte. Seria possível, diante desse novo estado de coisas, oferecer ao *mandamus* o mesmo tratamento dispensado ao *habeas corpus*?

Trata-se de pergunta instigante, que exige algumas considerações complementares.

Se bem analisado o verbete nº 268 do STF, é possível depreender que a vedação sumulada excede em muito os limites previstos no inc. II do art. 5º da Lei nº 1.533/51 e ao próprio direcionamento constitucional do *mandamus*. A referida ação constitucional, nos termos do disposto na Constituição Republicana e nas suas leis de regência, não comporta qualquer restrição, podendo ser invocado em qualquer situação na qual o ato ilegal ou abusivo de autoridade pública ponha em risco o direito do jurisdicionado³²⁸.

A própria coisa julgada, na atualidade, também vem sofrendo uma nova leitura, não sendo segredo para ninguém o intenso debate sobre a sua “relativização”, quer nos casos de *inconstitucionalidade*, quer nos casos de *injustiça flagrante e manifesta* da decisão.

Além disso, não se pode perder de vista que a ação rescisória, pela própria dicção do “caput” do art. 485 do CPC, somente se refere aos *provimentos de mérito*, não se aplicando àqueles cujo teor não contemplou o *meritum causae*.

Diante desse novo cenário, propõe-se o seguinte caso: “A”, portadora de doença gravíssima, procura a Defensoria Pública de sua cidade para ajuizar demanda no sentido de compelir o Estado a fornecer-lhe medicamentos não contemplados na lista

³²⁸ SALLES, Carlos Alberto. Mandado de segurança contra atos judiciais: as súmulas 267 e 268 do STF revisitadas. In: BUENO, Cássio Scarpinella; ALVIM, Eduardo Arruda; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). In: **Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança: 51 anos depois**. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 139.

elaborada pelo Sistema Único de Saúde (SUS). Proposta a demanda em face da União, do Estado e do Município, o Julgador, de forma inacreditável, extingue o processo sem julgamento de mérito por impossibilidade jurídica do pedido, quer porque as normas da CF/88 sobre o direito social à saúde seriam “programáticas”, quer porque o Estado (*lato sensu*) não é obrigado a fornecer remédios fora dos casos catalogados na referida lista. Ocorre, entretanto, que em virtude do excesso de serviço o recurso de apelação é interposto intempestivamente e, em virtude disso, não é admitido.

Conquanto exista corrente doutrinária muito respeitável defendendo que a sentença sob exame seria de mérito – passível, portanto, de desconstituição via ação rescisória – lamentavelmente ainda não é esse o tratamento oferecido pelo CPC, como se pode extrair do inc. VI do seu art. 267.

Diante de situação extrema como esta, alguns aspectos não podem ser desprezados: **i)** a existência de certa dúvida sobre o remédio jurídico adequado para atacar a coisa julgada; **ii)** o aparente descabimento da rescisória (ao menos de acordo com o sistema codificado); **iii)** o desrespeito flagrante a um direito fundamental social previsto no art. 6º da Carta Magna, amplamente reconhecidos pelos Tribunais Superiores em casos idênticos.

Salvo melhor juízo, reputa-se aplicável ao caso a lição de CARLOS ALBERTO DE SALLES³²⁹, cujo teor é o seguinte:

[...] nos casos em que a coisa julgada encerre decisão frontalmente contrária a preceitos basilares de direito, ensejando risco de lesão irreparável ao interessado, admitir-se-ia a formulação de pedido de rescisão do julgado por meio de mandado de segurança.

A Súmula 268 necessitaria, nesse sentido, de uma revisão com o propósito de um abrandamento de seus termos. “Pode-se prever que virá o dia (como veio para a Súmula 267) em que será abrandado o rigor da tese consagrada na Súmula 268 e o procedimento do mandado de segurança, embora sumário, passará a ser considerado compatível com a garantia do devido processo legal

³²⁹ SALLES, Carlos Alberto. Mandado de segurança contra atos judiciais: as súmulas 267 e 268 do STF revisitadas. In: BUENO, Cássio Scarpinella; ALVIM, Eduardo Arruda; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). In: **Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança**: 51 anos depois. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 147.

nos casos para cuja solução, mesmo em se tratando de rescindir sentença, seja ele suficiente e adequado”. Esse entendimento, a bem de uma mais efetiva e completa proteção jurisdicional, há de prosperar em relação à matéria.

3.6.6 Atos *interna corporis* políticos

JAIRO GILBERTO SCHÄFER, em artigo específico sobre o ato político³³⁰, conceitua-o como “ato estatal não-normativo, que veicula uma orientação política superior do Estado, decorrente diretamente da Constituição, que possui ampla possibilidade de conformação quanto aos fins a serem atingidos”.

No tocante à definição de atos *interna corporis*, cumpre transcrever o magistério clássico de HELY LOPES MEIRELLES³³¹:

Interna corporis são só aquelas questões ou assuntos que entendem direta e imediatamente com a economia interna da corporação legislativa, com seus privilégios e com a formação ideológica da lei, que, por sua própria natureza, são reservados exclusivamente ao Plenário da Câmara. Tais são os atos de escolha de Mesa (eleições internas), os de verificação de poderes e incompatibilidades de seus membros (cassação de mandatos, concessão de licenças etc.) e os de utilização de suas prerrogativas institucionais (modo de funcionamento da Câmara, elaboração de regimento, constituição de comissões de serviços auxiliares, etc.) e a valoração das decisões.

Decidiu-se pelo exame conjunto dos atos sob exame não porque signifiquem a mesma coisa – aspecto passível de ser extraído dos próprios conceitos –, mas sim porque o controle deles na atualidade segue premissas bastante parecidas, como será demonstrado abaixo.

Durante muitos anos, em nome do Princípio da Separação dos Poderes previsto no art. 2º da Constituição Republicana, prevaleceu um verda deiro tabu na jurisprudência no

³³⁰ SCHÄFER, Jairo Gilberto. O problema da fiscalização da constitucionalidade dos atos políticos em geral. **Revista Interesse Público**, n° 35, janeiro/fevereiro de 2006. Porto Alegre : Notadez, p. 90.

³³¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 24. ed., São Paulo : Malheiros Editores, 1999. p. 639-640.

tocante à sindicabilidade dos atos políticos e também dos *interna corporis*. No casos destes, afetava ainda mais a possibilidade de controle a indevida hipertrofia do próprio conceito de “ato interna corporis”, como se ele abarcasse praticamente todos os atos da corporação legislativa.

Há alguns anos, entretanto, o STF vem entendendo que a intervenção do Poder Judiciário, nas hipóteses de suposta lesão a direitos subjetivos amparados pelo ordenamento jurídico do Estado, reveste-se de plena legitimidade constitucional, ainda que essa atuação institucional se projete na esfera orgânica do Poder Legislativo.

Isso significa, portanto, que nenhum dos Poderes da República está acima da Constituição e das leis. Por outras palavras, nenhum órgão do Estado – situe-se ele no Poder Judiciário, no Executivo ou no Legislativo – é imune à força da Carta Magna e ao império das leis.

Em tempos nos quais é freqüente a menção à “politização do direito” e à “judicialização da política”, não se pode perder de vista a existência de uma *separação de funções* (e não de “poderes”, como se costuma falar), até porque, na verdade, todos os “poderes” estão abaixo da Constituição. Destarte, o poder estatal é um só, materializado na Constituição, da qual se extrai que a separação das funções não pode ser utilizada como pretexto ou subterfúgio para a supressão do direito constitucional de demandar e de obter uma tutela jurisdicional adequada e tempestiva, preferencialmente com solução do conflito surgido no plano do direito material.

A cláusula do “judicial review”, que reside no texto da própria Constituição da República, rompe – ao viabilizar a tutela jurisdicional do Estado – qualquer círculo de imunidade que vise a afastar, numa comunidade estatal concreta, o predomínio da lei e do direito sobre a arbitrariedade do Poder Público.

Se é certo, portanto, que os atos “interna corporis” e os de índole política são abrangidos pelos círculos de imunidade que excluem a possibilidade de sua revisão

judicial, não é menos exato que essa particular qualificação das condutas legislativas/políticas (sejam positivas ou negativas) não pode justificar ofensas a direitos públicos subjetivos.

Não obstante as supracitadas peculiaridades dos atos “*interna corporis*”, é essencial proclamar que a discricção dos corpos legislativos não pode extravasar os limites constitucionais nem ultrapassar as raias que condicionem o exercício legítimo do poder.

Por isso, quer em um caso, quer em outro, revela-se legítima a intervenção jurisdicional sempre que forem ultrapassados os limites delineados pela Constituição ou ocorra um exercício das atribuições institucionais com ofensa a direitos públicos subjetivos impregnados de qualificação constitucional.

A ocorrência de desvios jurídico-constitucionais nos quais incida uma Comissão Parlamentar de Inquérito, por exemplo, justifica, plenamente, o exercício, pelo Judiciário, da atividade de controle jurisdicional sobre eventuais abusos legislativos, sem que isso caracterize situação de ilegítima interferência na esfera orgânica de outro Poder da República.

Num estudo muito instigante sobre a fiscalização da constitucionalidade dos atos políticos em geral, JAIRO GILBERTO SCHÄFER³³² entende que a jurisprudência do STF caminha no sentido de aproximar o conceito de ato político do instituto da questão *interna corporis*, extraindo da cláusula do *judicial review* o desaparecimento de qualquer círculo de imunidade que vise a afastar, numa comunidade estatal concreta, o domínio da lei e do direito sobre a arbitrariedade do Poder Público, em virtude de viabilizar a Constituição da República a invocação da tutela jurisdicional do Estado. Neste contexto, o tratamento jurisdicional do ato político limita-se à verificação de sua adequação aos pressupostos constitucionais autorizadores do ato, preservando-se a esfera de competência que foi atribuída constitucionalmente aos órgãos de soberania.

³³² SCHÄFER, Jairo Gilberto. O problema da fiscalização da constitucionalidade dos atos políticos em geral. **Revista Interesse Público**, n° 35, janeiro/fevereiro de 2006. Porto Alegre : Notadez, p. 89.

A jurisprudência, aos poucos, vem assimilando as lições doutrinárias, como se pode extrair de recente julgado do TJES, no qual se entendeu que “os atos *interna corporis* da Assembléia Legislativa e das Comissões Parlamentares não se sujeitam ao controle do poder judiciário, ressalvados os atos que implicam violação a garantias constitucionais mínimas”³³³.

Não parece divergir de tal orientação o Colendo STJ, que em julgado relativamente recente³³⁴ assentou o seguinte:

[...] Não prospera a assertiva de que não cabe ao Poder Judiciário examinar matéria *interna corporis* da Câmara Municipal. Essa premissa não deve ser adotada de modo absoluto. Em verdade, não há vedação para que o Judiciário possa examinar se o ato, praticado sob o pálio de questão *interna corporis*, está ou não em sintonia com os comandos constitucionais, legais e regimentais. Entendimento harmônico com a doutrina e a jurisprudência.

Destarte, a partir do momento em que a jurisprudência admite o controle de atos “*interna corporis*” que atentem contra os ditames da Constituição e das Leis, abre-se uma nova ensanча no campo do “judicial review”, pois a idéia que sempre predominou na doutrina foi a da incognoscibilidade pelo Judiciário dos aludidos atos.

Ora, se já se reconhece a evolução no campo do direito material no sentido de permitir o controle judicial também sobre as situações supracitadas, é imediato o reflexo na esfera processual, pois a partir de agora não existe mais respaldo para a pronúncia da carência de ação por *impossibilidade jurídica do pedido* ou mesmo por *falta de interesse processual*.

Mas não termina por aí a influência do direito material sobre o processo. Outro exemplo muito presente na jurisprudência diz respeito à imposição do litisconsórcio no mandado

³³³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Espírito Santo. Agravo Regimental no Mandado de Segurança n° 100.06.000371-0. Tribunal Pleno. Relator: Desembargador Samuel Meira Brasil Junior. J. 09/03/2006, DJES 31/03/2006.

³³⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n° 469.475. 2ª Turma. Relator: Ministro Franciulli Netto. j. 13/05/2003. DJU 08/09/2003.

de segurança sempre que o resultado da demanda puder atingir a esfera jurídica de outras pessoas, isto é, os direitos de terceiros.

Sendo o processo um instrumento que busca a realização do direito material nele veiculado, são as necessidades ditadas pelo direito substancial que estabelecerão a (in)suficiência do instrumento que é colocado à disposição das partes.³³⁵

3.6.7 Prestações positivas do Estado

Uma das grandes mudanças de paradigma ocorridas ao longo do século XX foi a atribuição à norma constitucional do *status* de norma jurídica. Superou-se, assim, o modelo que vigorou na Europa até meados do século passado, no qual a Constituição era vista como um documento essencialmente político, um convite à atuação dos Poderes Públicos. A concretização de suas propostas ficava invariavelmente condicionada à liberdade de conformação do legislador ou à discricionariedade do administrador. Ao Judiciário, não se reconhecia qualquer papel relevante na realização do conteúdo da Constituição.³³⁶

Uma vez investida na condição de norma jurídica, a norma constitucional passou a desfrutar dos atributos essenciais do gênero, dentre os quais a *imperatividade*. Não é próprio de uma norma jurídica sugerir, recomendar, aconselhar, alvitrar. Normas jurídicas e, *ipso facto*, normas constitucionais contêm comandos, mandamentos, ordens, dotados de força jurídica e não apenas moral. Logo, sua inobservância há de deflagrar um mecanismo próprio de coação, de cumprimento forçado, apto a garantir-lhes a efetividade.

³³⁵ CUNHA, Rosanne Gay. **O princípio da vedação de insuficiência: uma visão garantista positiva do processo civil**. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/edicao_011/rosane_cunha.htm>. Acesso em: 03 jul. 2007. p. 5.

³³⁶ BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas – Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira**. 8. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 288.

Durante muitos anos, se o cidadão pleiteasse um medicamento ou tratamento à custa do Estado, ou mesmo uma vaga em escola do ensino fundamental, havia grande chance de se deparar com sentença terminativa, quer porque isso poderia afetar a Separação dos Poderes (haja vista que não competiria ao Judiciário substituir o Executivo em se tratando da implementação de políticas públicas), quer porque as disposições constitucionais acerca da saúde e da educação eram consideradas meramente “programáticas”, isto é, instituíam um programa a ser implementado gradativamente pelos poderes públicos.

Na atualidade, contudo, é visível o avanço da exigibilidade em juízo (“justicialidade” ou “justiciabilidade”) dos direitos fundamentais a prestações positivas do Estado. Acerca do tema, reputa-se muito abalizado o pensamento de EDUARDO TALAMINI³³⁷:

Inicialmente, cabe distinguir entre as hipóteses normativas constitucionais de que se extrai apenas o dever de o Estado realizar políticas públicas de caráter social e aquelas que, mais do que a imposição de diretrizes objetivas estatais, embasam direitos subjetivos públicos. No primeiro caso, dentro de certas condições, poder-se-á falar em restrições mais amplas à tutela jurisdicional. Já no segundo, em regra, é viável o recurso do cidadão ao Judiciário, para a fruição concreta da utilidade assegurada pelo direito fundamental de cunho social (que, então, pode ser qualificado como “direito originário a prestações sociais”). Os direitos sociais à saúde e ao ensino fundamental, por exemplo, podem ter sua efetividade atingida através da tutela jurisdicional (inclusive, de caráter individual), independentemente de amparo em regras infraconstitucionais.

Examinando-se a jurisprudência do STF e do STJ, são inúmeras as decisões que reconhecem um direito público subjetivo público à saúde, impondo ao Estado (*lato sensu*) o dever de prestar tratamento médico adequado, medicamentos e também aparelhos médicos a quem deles precise.

Na prática forense, o mandado de segurança vem sendo utilizado com freqüência para a postulação de tais direitos, sendo freqüente a invocação, pelas Autoridades Coatoras

³³⁷ TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer:** e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, Arts. 461 e 461-A, CDC, Art. 84). 2. ed. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 139-140.

(além da preliminar de “impossibilidade jurídica do pedido”, de cunho quase “obrigatório”), da denominada “reserva do possível”, que diz respeito às limitações orçamentárias para a consecução das políticas públicas. Embora mereça respeito tal argumento, merecem transcrição as idéias de AMÉRICO BEDÊ FREIRE JÚNIOR³³⁸, segundo o qual:

Será que é possível falar em falta de recursos para a saúde quando existem, no mesmo orçamento, recursos com propaganda do governo? Antes de os finitos recursos do Estado se esgotarem para os direitos fundamentais, precisam estar esgotados em áreas não prioritárias do ponto de vista constitucional e não do detentor do poder.

Como se pode perceber, cuida-se de mais uma mudança no plano do direito material que repercute positivamente na esfera processual, permitindo que também nessa hipótese seja oferecida uma sentença de mérito ao jurisdicionado.

3.7 PETIÇÃO INICIAL

Na exata observação de CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *demanda* é ato de pedido de providência jurisdicional e, “como *ato* que é, não se confunde com a *ação*, que é um *poder*, mas constitui o primeiro ato do exercício desta”³³⁹.

O móvel concreto da *demanda* no processo civil é a petição inicial, veículo que a revela para o cenário jurisdicional e oficializa a pretensão do autor perante o Estado, apresentando o modo e a forma pelos quais aquela vontade pode ser satisfeita.³⁴⁰ Trocando em miúdos, pode-se dizer que *a petição inicial instrumentaliza a demanda*.

³³⁸ FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **O controle judicial de políticas públicas**. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 74.

³³⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**, v. 2, São Paulo: Malheiros, 2001. p. 45.

³⁴⁰ OLIVEIRA, Vallisney de Souza. **Nulidade da sentença e o princípio da congruência**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 124.

Tanto a Lei nº 1.533/51 (art. 6º) quanto o CPC – aplicável subsidiariamente – estabelecem que o juiz, ao receber a petição inicial, faça uma análise preliminar do conteúdo desta, para verificar sua conformidade com as regras processuais. Tal análise, insta frisar, extrapola os limites da relação processual, pois não se restringe ao exame dos requisitos formais, nem daqueles pressupostos necessários à constituição da relação processual³⁴¹.

Isso porque, depois de examinar os requisitos formais da inicial e concluir pela presença dos pressupostos processuais, quer o legislador que o juiz faça uma análise preliminar da relação substancial, pois é possível que essa cognição sumária ou superficial da causa de pedir e do pedido já permita concluir que o autor – isto é, aquele que exerceu seu direito constitucional de demandar – jamais poderá obter um provimento favorável. Ora, se desde logo se verifica que o demandante não poderá obter a tutela jurisdicional do Estado, não há motivo para o prosseguimento daquele processo. Admite-se, então, a sua extinção de plano, medida esta que além de implicar economia de tempo e dinheiro, ainda permite que o juiz passe a cuidar de casos nos quais sua atividade se mostre útil.³⁴²

Tal conclusão, inclusive, pode ser extraída do art. 8º da Lei nº 1.533/51, segundo o qual a inicial será desde logo indeferida *quando não for caso de mandado de segurança*. Logo, para saber se é cabível ou não a ação constitucional em apreço, é preciso, mesmo que de forma sumária, uma análise da causa de pedir e do pedido.

Como se pode perceber, são muitos os aspectos relevantes atinentes à petição inicial do mandado de segurança, razão pela qual será feito um estudo detalhado dos aspectos mais palpitantes acerca do tema.

³⁴¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo**: influência do direito material sobre o processo. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001. p. 71.

³⁴² Idem, *ibidem*, p. 72.

3.7.1 Do cabimento emenda da inicial

3.7.1.1 Aspectos gerais

Sob a lente do sistema codificado (CPC de 1973), se a petição inicial contiver irregularidade(s) por lhe faltar algum(ns) dos seus requisitos, via de regra é possível corrigi-la, emendá-la. É o que se extrai da literalidade do art. 284 do CPC.

Há alguma controvérsia, entretanto, acerca da possibilidade de emenda da inicial do mandado de segurança, pois o art. 8º da L. 1.533/51 determina o *indeferimento imediato* das prefaciais, e, segundo regra tradicional de eliminação de antinomias, “a disposição da lei especial deve prevalecer sobre a geral”.

Mas, numa *filtragem* que leve em consideração o *princípio da efetividade processual*, não há dúvida de que a vedação de emenda da inicial contida no referido dispositivo não passa pelo filtro axiológico da Carta Magna de 1988, pois está em desconformidade com o modelo constitucional de processo.

Em termos de efetividade processual, o procedimento do mandado de segurança não pode ser menos favorável do que o procedimento comum. Sustentar o contrário implica desconsiderar o caráter de remédio constitucional reforçado e potencializado do *mandamus*.

O doutrinador HELY LOPES MEIRELLES³⁴³ e o STJ, encampando posições instrumentalistas, aceitam a emenda da inicial do mandado de segurança, invocando, principalmente, razões de economia e de celeridade processual na impetração.

³⁴³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, hábeas data**. 20. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1998. p. 69.

Segundo alguns autores, a emenda da petição inicial configura direito subjetivo do autor e constitui cerceamento desse direito de defesa – inclusive com violação aos incs. XXXV e LV do art. 5º da CRFB – o indeferimento liminar da exordial, sem dar-se oportunidade ao autor para emendá-la, em sendo a emenda possível.³⁴⁴ Não diverge de tal posicionamento a jurisprudência contemporânea do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual o rigor excessivo não se coaduna com os princípios da efetividade do processo e da instrumentalidade das formas, além de revelar verdadeira violação aos princípios constitucionais do devido processo legal e do acesso à justiça.³⁴⁵

Além disso, não se pode perder de vista aqui a advertência feita no *item 1.12* desta dissertação, não só no que diz respeito ao reconhecimento das lacunas ontológicas e axiológicas, mas também no tocante à mitigação do critério de solução de antinomias segundo o qual “a norma especial prevalece sobre a geral” em algumas situações.

3.7.1.2 É possível a emenda após a citação/notificação?

Ao travar o primeiro contato com os autos, compete ao Juiz efetuar uma leitura atenta e criteriosa da petição inicial e dos documentos que a instruem, para que nenhum vício passe despercebido.

Embora se trate de medida trabalhosa, ela pode ser essencial para poupar tempo no futuro e, o que é melhor, propiciar a tão desejada sentença de mérito. Afinal de contas, nada mais frustrante do que observar, no momento da prolação da sentença, que era caso de litisconsórcio necessário passivo (e o litisconsorte não foi citado) ou mesmo que não foram juntados documentos essenciais para o desate da lide.

³⁴⁴ NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria. **Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor**. 3. ed., São Paulo:Revista dos Tribunais, 1997. p. 568.

³⁴⁵ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 671.986. Relator: Ministro Luiz Fux. 1ª Turma. j. 27/09/2005. DJU 10/10/05.

Nem se argumente, aqui, que se cuida de medida inviável no cotidiano forense, haja vista o excesso de trabalho dos juízes. Com o devido respeito, tal escusa não procede.

Isso porque, como geralmente há requerimento de liminar no *mandamus*, querendo ou não o juiz será obrigado a examinar – mesmo que em sede de cognição sumária – a petição inicial e a documentação a ela acostada.

Com um pouco de paciência e de boa vontade, é perfeitamente possível sanar os vícios da exordial antes da citação/notificação, o que dispensaria, portanto, uma determinação de emenda no futuro.

Caso as cautelas acima não sejam observadas, ou, mesmo se seguidas à risca, passe em branco alguma irregularidade, cumpre ressaltar que nem tudo está perdido.

Isso porque, na atualidade, a jurisprudência já admite a emenda da inicial depois da citação³⁴⁶. E mais: de acordo com STJ, o deferimento de prazo para emendar após a contestação não importa violação ao art. 284 do CPC, pois referido dispositivo não estabelece “tempo preclusivo qualquer para que o juiz proveja relativamente à perfectibilidade da peça inaugural da ação”³⁴⁷.

Embora os julgados citados no rodapé não tenham focalizado especificamente o mandado de segurança, não há razão para que ele receba tratamento diferenciado neste particular, até porque, como remédio constitucional reforçado e potencializado, sua técnica processual não pode estar aquém daquela cristalizada, por exemplo, no procedimento comum ordinário.

³⁴⁶ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 671.986. Relator: Ministro Luiz Fux. 1ª Turma. j. 27/09/2005. DJU 10/10/05.

³⁴⁷ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 101.013. Relator: Ministro Hamilton Carvalhido. 6ª Turma. j. 11/06/2003. DJU 18/08/2003.

Nesta hipótese, naturalmente, caso a autoridade coatora já tenha apresentado suas informações, em respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa deverá ser ouvida após a emenda.

3.7.1.3 A emenda da inicial e o princípio da cooperação

Em virtude do princípio da cooperação (já mencionado acima), cumpre evitar o lacônico e enigmático despacho “emende-se a inicial”, pois ele dificulta a retificação (=conserto) da petição. Embora não compita ao juiz proferir lições magistrais sobre a adequação formal da peça vestibular, recomenda-se que ele discrimine os vícios da peça. Neste sentido, inclusive, apontam os julgados mais recentes do STJ³⁴⁸.

Embora boa parte da doutrina prelecione que o descumprimento da diligência (de emenda) ocasiona o indeferimento da petição inicial (nos termos do inc. VI do art. 295 do CPC), há julgados no sentido de que pode haver mais de uma determinação de emenda da peça, se a primeira correção não foi satisfatória³⁴⁹.

Mão não é só. Se os despachos que determinaram a emenda foram lacônicos e enigmáticos, não apontando as irregularidades existentes, não parece absurda a hipótese de se aceitar mais de 02 (duas) determinações de emenda, pois, nestes casos, não é razoável exigir que a parte adivinhe o vício da inicial, transformando o processo num jogo de “tentativa e erro”.

³⁴⁸ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 837.449. Relatora: Ministra Denise Arruda. 1ª Turma. j. 08/08/2006, DJU 31/08/2006.

³⁴⁹ NEGRÃO, Theotônio. **Código de processo civil e legislação processual em vigor**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 270.

Embora o interstício estabelecido para a emenda no art. 284 do CPC seja de 10 (dez) dias, a jurisprudência do STJ assentou que tal prazo é dilatatório (e não peremptório), razão pela qual a emenda deve ser aceita mesmo que feita a destempo.³⁵⁰

Há um julgado muito interessante do STJ³⁵¹, no qual o *mandamus* apontou como autoridade coatora, inicialmente, “o Distrito Federal na pessoa de seu procurador ou quem suas vezes fizer”. Ante a flagrante irregularidade, o Juiz determinou a emenda, e o Impetrante, primeiro, indicou a “Secretaria de Estado de Saúde do Distrito Federal” e, depois, o respectivo Secretário. Tendo em vista que a competência para julgar o *writ* no qual figurasse como impetrado o Secretário de Estado era do Tribunal, os autos foram remetidos para lá. Ocorre, entretanto, que o TJDF, *sem facultar a emenda*, extinguiu o processo sem julgamento de mérito, por entender que deveria figurar como impetrado o Governador. Em sede de Recurso Ordinário em Mandado de Segurança, entretanto, o Colendo STJ entendeu aplicável ao caso o art. 284 do CPC, a fim de que fosse franqueada à parte a emenda da inicial.

Embora a parte passiva do *mandamus* seja a pessoa jurídica da qual faz parte a autoridade coatora, mesmo que se entendesse correto o entendimento do TJDF no sentido da “ilegitimidade” do Sr. Secretário – hipótese admitida apenas para fins de argumentação – cumpre ressaltar que, mesmo assim, ainda seria possível opor ressalvas ao resultado do julgamento, pois o STJ, em julgado recentíssimo, reconheceu ao autor a possibilidade de emendar a inicial para a correção do pólo passivo da relação processual³⁵². Se tal posição vier a prevalecer na jurisprudência brasileira – o que seria bastante louvável – perderá aplicabilidade, na prática, o inc. II do art. 295 do CPC, segundo o qual a petição inicial será indeferida quando a parte for manifestamente ilegítima.

³⁵⁰ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 638.353. Relator: Ministro José Delgado. 1ª Turma. j. 19/08/2004. DJU 20/09/2004.

³⁵¹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 20.193. Relator: Ministro Nilson Naves. 6ª Turma. j. 03/08/2006, DJU 05/02/2007.

³⁵² BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 614.430. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima. 5ª Turma. j. 27/02/2007, DJU 12/03/2007.

Entende-se que tal medida é salutar porque além de atender à economia processual, também exime a parte de novas despesas e evita a propositura de uma outra ação.

3.7.1.4 Petição inicial não assinada

No cotidiano forense, são numerosas as petições apócrifas (isto é, sem assinatura) que chegam ao conhecimento dos magistrados brasileiros.

No caso do mandado de segurança, isso também costuma ocorrer com frequência, sendo diferentes, entretanto, as formas de se enquadrar o referido vício e as conseqüências jurídicas daí decorrentes.

Para os sectários da posição mais formalista, trata-se de ato inexistente, haja vista constituir a assinatura um requisito indispensável para a validade e autenticidade do ato.

Uma outra orientação mais liberal, de viés instrumentalista, entende que se trata de irregularidade sem maior importância, perfeitamente passível de ser sanada pela parte, nos moldes do art. 284 do CPC.

Embora seja respeitável a primeira posição, cujo enfoque é mais ortodoxo, a segunda corrente oferece uma interpretação mais afinada com os princípios do acesso à justiça e da efetividade, pois permite ao impetrante o saneamento da irregularidade sem trazer qualquer prejuízo à defesa impetrado.

O Colendo STJ, partilhando do mesmo entendimento ora perfilhado, já decidiu que a ausência de assinatura na petição nas instâncias ordinárias é um vício sanável, a teor do que reza o art. 13 do CPC, aplicável analogicamente à irregularidade de

representação postulatória, de forma que se deve proceder à abertura de prazo razoável para o saneamento da irregularidade³⁵³.

3.7.1.5 Emenda da inicial efetuada de ofício pelo magistrado

Outra questão bastante instigante diz respeito à possibilidade de o magistrado emendar, de ofício, a petição inicial do mandado de segurança.

Mesmo para o cidadão bem informado, nem sempre é fácil detectar, em meio ao intrincado cipoal de atribuições e competências da Administração Pública, o agente que deverá figurar como autoridade coatora no seio do *mandamus*.

Há pelo menos três razões muito claras para isso: **a)** a estrutura complexa dos órgãos administrativos; **b)** as reorganizações administrativas efetuadas a cada mudança de governo, com a criação/supressão de Ministérios, Secretarias, entre outros; **c)** delegações de funções/atribuições, que, muitas vezes, não possuem a devida publicidade.

Isso leva o impetrante a cometer equívocos no momento de indicar a autoridade coatora, sendo comuns na praxe forense pequenos erros como indicar o Diretor ao invés do Superintendente, o Secretário no lugar do Coordenador etc.

O que fazer nesses casos? Pode o juiz emendar a petição inicial de ofício?

Com base no princípio da efetividade processual, entende-se que se não restar configurado “erro grosseiro” na indicação errônea da autoridade impetrada, é possível ao magistrado efetuar pequenas correções de ofício, até porque ele, pelo contato diário

³⁵³ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 652.641. Relator: Ministro Luiz Fux. 1ª Turma. j. 02/12/2004, DJU 28/02/2005.

com matéria, tem melhores condições de conhecer as atribuições e funções dos agentes estatais. A mesma orientação, insta frisar, vem sendo seguida pela jurisprudência contemporânea do STJ³⁵⁴.

A expressão “erro grosseiro”, utilizada freqüentemente pela jurisprudência, insere-se no rol dos denominados “conceitos jurídicos indeterminados”, dependentes de concretização judicial a ser efetuada em cada caso. Embora reconheça a imprecisão técnica da locução “conceitos indeterminados” – pois se o conceito não for, em si, uma suma determinada de idéias, sequer chega a ser conceito – não se recusa a *vagueza semântica* da expressão em apreço.

Embora a configuração do “erro grosseiro” exija concretização judicial – dependente, por conseguinte, de verificação das sutilezas do caso concreto – é possível oferecer um exemplo, qual seja, o de se indicar a pessoa jurídica ao invés do seu agente (situação passível de emenda pela parte, naturalmente).

Outra questão das mais instigantes é a seguinte: se o magistrado, fora das situações de erro grosseiro, indica a autoridade coatora, há lastro para sentença terminativa ou mesmo para a invalidação dos atos processuais praticados?

Mesmo que não se entenda recomendável a emenda pelo julgador fora das situações de erro grosseiro, se o juiz o fez e foi observado o contraditório e a ampla defesa (isto é, o devido processo constitucional), não há nulidade a ser cominada.

A mesma conclusão se extrai ao examinar a questão sob a lente do princípio da instrumentalidade, pois se a finalidade do ato foi alcançada e não houve prejuízo ao contraditório, o vício foi sanado.

³⁵⁴ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 685.567. Relator: Ministro Luiz Fux. 1ª Turma. j. 13/09/2005, DJU 26/09/2005.

Em julgado bastante recente sobre o assunto, o STJ, baseado no inc. LXXVIII do art. 5º da CRFB/88, decidiu que na hipótese apreciada – na qual houve indicação da autoridade coatora pelo magistrado – o mandado de segurança não deveria ser extinto sem julgamento de mérito, sob pena de a prestação jurisdicional se fazer em desrespeito ao direito fundamental catalogado no inciso supracitado³⁵⁵.

3.7.1.6 É possível determinar a emenda para a juntada de documentos?

Quer na doutrina, quer na jurisprudência, a questão sob exame, sem dúvida alguma, não é das mais pacíficas.

O Tribunal Superior do Trabalho, por exemplo, no enunciado nº 415 de sua Súmula (OJ nº 52 da SDI-II, Res. 137/05 - DJU 22.8.05), estampa o seguinte: *“exigindo o mandado de segurança prova documental pré-constituída, inaplicável se torna o art. 284 do CPC quando verificada, na petição inicial do ‘mandamus’, a ausência de documento indispensável ou de sua autenticação.”*

O Superior Tribunal de Justiça, por outro lado, embora reconheça a sumariedade do rito procedimental do mandado de segurança, vem admitindo que seja oportunizada ao impetrante a emenda da inicial para fins de juntada de documentos comprobatórios da liquidez e certeza do direito alegado, nos termos do art. 284 do CPC³⁵⁶.

Se a questão é controvertida na jurisprudência dos tribunais superiores, no plano doutrinário não ocorre de forma diversa.

³⁵⁵ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança nº 9.526. Relator para o acórdão: Ministro Paulo Medina. 3ª Seção. j. 09/08/2006, DJU 12/03/2007.

³⁵⁶ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 783.165. Relator: Ministro Luiz Fux. 1ª Turma. j. 27/02/2007, DJU 15/03/2007.

Segundo EDUARDO ARRUDA ALVIM³⁵⁷, em decorrência da aplicação subsidiária do CPC ao processo de mandado de segurança, é acertada a posição jurisprudencial que vem ensejando ao impetrante a possibilidade de emendar a inicial juntando a documentação necessária à propositura da ação, nos termos do art. 284 do CPC.

ARLETE INÊS AURELLI, por outro lado, entende que o conceito de direito líquido e certo é rígido, razão pela qual, com exceção das hipóteses excepcionais que elenca, a prova documental deve vir com a inicial. Na ótica da referida autora, trata-se de vício substancial, que não pode ser sanado posteriormente.³⁵⁸

Pois bem. Embora boa parte da doutrina não admita a aplicação do art. 284 do CPC no *mandamus* para a juntada da documentação necessária à propositura da ação, defende-se que não é este o entendimento mais sintonizado com o princípio da efetividade.

Mesmo para os defensores do “direito líquido e certo” como “condição especial” da ação mandamental – posição não acolhida no presente trabalho – é preciso recordar que boa parte da doutrina admite a possibilidade de implemento superveniente da condição da ação. Neste sentido, cumpre transcrever a lição de NELSON NERY JUNIOR e ROSA MARIA ANDRADE NERY³⁵⁹:

“[...] ausente uma das condições da ação quando de seu ajuizamento, mas implementada no curso do processo, o juiz deve proferir sentença de mérito, sendo-lhe vedado extinguir o processo sem julgamento de mérito.”

Além disso, por uma questão lógica, aqueles que sustentam o “direito líquido e certo” como condição da ação deveriam reputar inconstitucional o Parágrafo único do art. 6º da Lei nº 1.533/51, que admite a juntada posterior dos documentos. A rigor, se as

³⁵⁷ ALVIM, Eduardo Arruda. **Mandado de segurança no direito tributário**. São Paulo: RT, 1998. p. 95.

³⁵⁸ AURELLI, Arlete Inês. **O juízo de admissibilidade na ação de mandado de segurança**. São Paulo : Malheiros Editores, 2006. p. 214.

³⁵⁹ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor**. 3. ed., São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 531.

condições da ação devem estar presentes “desde o ajuizamento”, como conviver com tal incoerência?

Considerando o perfil constitucional do mandado de segurança, cuja interpretação deve buscar sempre a sua máxima efetividade, encontra plena incidência, aqui, o brocardo “restringa-se o odioso e amplie-se o favorável”, de modo que deve ser franqueada a emenda da inicial também para juntada de documentos.

Outra questão interessante diz respeito a uma peculiaridade do Mandado de Segurança, no tocante à petição inicial. No *writ*, como é cediço, o art. 6º impõe que a petição será apresentada em duas vias e os documentos, que instruírem a primeira, deverão ser reproduzidos, por cópia, na segunda. Uma pergunta freqüente aqui diz respeito à possibilidade de aplicação do art. 284 do CPC para oportunizar a emenda.

O STJ, insta frisar, também já apreciou a questão sob exame. Na concepção do referido Pretório, eivada a petição inicial do *writ* de defeito simplesmente formal, deve o juiz facultar a sua emenda, haja vista a possibilidade de aplicação subsidiária do art. 284 do CPC³⁶⁰.

A busca da efetividade, um dos temas mais estudados na atualidade, exige que tanto o legislador quanto o operador do Direito empenhem-se em encontrar meios capazes de dar respostas satisfatórias aos anseios sociais³⁶¹.

3.7.1.7 Repensando os incs. II e III do art. 295 do CPC

³⁶⁰ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 480.211. Relator: Ministro Felix Fischer. 5ª Turma. j. 09/03/2004, DJU 31/05/2004.

³⁶¹ WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Anotações sobre a efetividade do processo**. In <www.almeidafilho.adv.br/academica/index_arquivos/efetividade.pdf>, acesso em 20 jul. 2007.

De acordo com os incs. II e III do art. 295 do CPC, a petição inicial será indeferida quando: **i)** a parte for manifestamente ilegítima; e **ii)** o autor carecer de interesse processual.

Conforme foi exposto no *item 3.7.1.3*, o STJ, em julgado recentíssimo, reconheceu ao autor a possibilidade de emendar a inicial para a correção do pólo passivo da relação processual³⁶².

Se tal posição vier a prevalecer na jurisprudência brasileira – o que seria bastante louvável – perderá aplicabilidade, na prática, o inc. II do art. 295 do CPC, segundo o qual a petição inicial será indeferida quando a parte for manifestamente ilegítima.

Quando o presente trabalho fez menção ao interesse processual (na sua modalidade “adequação”), também se defendeu a possibilidade de emenda da petição inicial, para que esta se amolde às peculiaridades eventualmente exigidas pelo procedimento encarado como correto pelo Magistrado.

Por tal razão, extrai-se que, ao menos no tocante ao “interesse-adequação”, o juiz também pode abrandar o rigor formal e não indeferir a petição inicial com base no inc. III do art. 295 do CPC.

3.8 LITISCONSÓRCIO

Nas palavras de FREDIE DIDIER³⁶³, conceitua-se litisconsórcio como a “reunião de duas ou mais pessoas assumindo, simultaneamente, a posição de autor ou de réu”.

³⁶² BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 614.430. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima. 5ª Turma. j. 27/02/2007, DJU 12/03/2007.

³⁶³ DIDIER JUNIOR, Fredie. **Direito processual civil**: tutela jurisdicional individual e coletiva, vol. I. 5. ed., Salvador : Editora JusPodivum, 2005. p. 251.

Quanto ao *momento de sua formação*, o litisconsórcio poderá ser *inicial* ou *ulterior*, conforme se constitua ele com a propositura da ação ou posteriormente.

No concernente à *obrigatoriedade ou não da sua formação* (isto é, tendo em vista a liberdade que a lei defere ao autor em formá-lo ou não), o litisconsórcio pode ser classificado como *necessário* ou *facultativo*. No *facultativo* pode trazer só um réu a juízo (sem se formar litisconsórcio), ou mais de um, formando-se o litisconsórcio. No *necessário* (simples ou unitário), é *obrigado* a demandar contra todos que hajam de ser litisconsortes³⁶⁴.

Feitas essas considerações de cunho meramente introdutório, cumpre enfrentar os tópicos propostos.

3.8.1 É cabível a formação ulterior do litisconsórcio ativo facultativo?

Imagine-se, por exemplo, que após a concessão da liminar no mandado de segurança, diversas pessoas pleiteiam o seu ingresso na relação processual na condição de litisconsortes ativos (isto é, na situação do denominado “litisconsórcio facultativo ulterior”). Tal requerimento merece ser acolhido?

Numa análise do texto constitucional, extrai-se que tal pleito não deve ser deferido, pois permite ao peticionário escolher o magistrado que apreciará sua pretensão. E isso ofende frontalmente não só o princípio do Juiz Natural (previsto nos incs. XXXVII e LIII do art. 5º da Carta Republicana de 1988), mas também o próprio *devido processo constitucional*, focalizado no item 1.5 deste trabalho.

³⁶⁴ ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil**, vol. 2. 8. ed., São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 81-82.

O Colendo STJ, inclusive, já se pronunciou sobre a matéria, assentando que “a admissão de litisconsorte, após o provimento liminar, implicaria violação ao princípio do juiz natural, uma vez que se estaria possibilitando à parte escolher o julgador que, pelo menos a princípio, seria consentâneo com sua tese”³⁶⁵.

Por tal razão, o litisconsórcio ativo facultativo deve ser formado quando do ajuizamento da ação, sob pena de ofensa ao princípio do juiz natural.

3.8.2 Proposta para não frustrar o resultado útil do processo nos casos de litisconsórcio necessário

Situação muito presente na prática diz respeito à exigência do litisconsórcio necessário no mandado de segurança sempre que o resultado da demanda puder atingir a esfera jurídica de outras pessoas, isto é, os direitos de terceiros.

É o que ocorre, por exemplo, nas seguintes situações: **a)** no mandado de segurança aforado pela sociedade classificada em segundo lugar em concorrência pública para impugnar a adjudicação e homologação do certame e a contratação do primeiro colocado, que, por sua vez, tem direito subjetivo seu prestes a ser atacado³⁶⁶; **b)** *writ* ajuizado por concursando buscando sua nomeação, com possível alteração na classificação geral, situação na qual os candidatos prejudicados devem figurar no pólo passivo; **c)** no *mandamus* impetrado contra ato judicial, impõe-se a citação do adversário na demanda originária, haja vista a possibilidade de seu direito ser atingido; **d)** o mesmo ocorre no remédio heróico no qual se busca a anulação de concurso público, no qual os candidatos aprovados e nomeados devem ser citados para integrar a lide; **e)** caso haja preterição de candidato aprovado em concurso público, com a

³⁶⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 111.885. Relatora: Ministra Laurita Vaz. 2ª Turma. j. 13/11/2001, DJU 18/02/2002.

³⁶⁶ BUENO, Cássio Scarpinella. **Mandado de segurança**: comentários às leis n. 1.533/51, 4.348/64 e 5.021/66. 3. ed. São Paulo : Saraiva, 2007. p. 195.

nomeação de outro concursando situado em colocação inferior na ordem de classificação geral, este também deve ser citado para figurar no pólo passivo da relação processual, como litisconsorte necessário.

No cotidiano forense, lamentavelmente, são muito comuns os casos nos quais passa despercebida pelo juiz a imposição da formação do litisconsórcio necessário. E tal omissão, não raras vezes, acaba sendo percebida somente por ocasião do julgamento do recurso ou mesmo da remessa necessária.

A questão é relevante porque, de acordo com a parte final do “caput” do art. 47 do CPC, a *eficácia* da sentença dependerá da citação de todos os litisconsortes no processo. E a aplicação de tal dispositivo, na prática, acaba implicando a invalidação dos atos decisórios praticados, muitas vezes após vários anos de tramitação processual. Mas, haveria uma forma de mitigar esse dispêndio inútil de tempo, recursos e energia?

Reproduz-se, a seguir, uma situação real: determinada candidata, após ter sido considerada habilitada nas provas escritas e na oral, foi reprovada na prova de títulos, num concurso para provimento de cargos de Procurador do Trabalho. De acordo com o edital do certame, havia uma soma necessária para o processo de aprovação e outra destinada à classificação e à nomeação dos aprovados. A aprovação se basearia na *média* final, enquanto a nomeação se basearia na *nota* final. A *média* final era obtida pela média aritmética simples entre as provas escritas e a prova oral. A *nota* final, por sua vez, era resultante da média ponderada entre a média das provas escritas com peso três, a nota da prova oral com peso dois e a nota da prova de títulos com peso um.

Para ser considerada aprovada, nos termos do edital, a candidata deveria atingir *média* final igual ou superior a 60. Tendo obtido as notas 72, 52 e 58 nas provas escritas e 74 na prova oral, a *média* final da impetrante foi de 64 pontos. Estaria, portanto, aprovada. Entretanto, a comissão do concurso entendeu que a *nota* final – e não a *média* final –

que deveria ser maior do que 60. E, como a *nota* final da candidata foi 58,83, considerou-a inabilitada para o provimento do cargo.

A candidata impetrou, então, mandado de segurança contra o ato que deixou de incluí-la na lista de candidatos aprovados e, ainda, de nomeá-la em vaga existente para provimento naquele concurso. Alegou que sua média foi de 64 pontos e que teria direito a 12 pontos a mais, na prova de títulos, por ter exercido *cargo técnico* de advogado.

Ocorre que a impetrante, por um lapso, esqueceu de requerer a citação dos litisconsortes necessários, fato este que somente foi percebido pelo julgador no momento da sentença.

A solução encontrada pelo magistrado para contornar a ausência do litisconsórcio foi a seguinte: *a segurança foi concedida em relação ao pedido de aprovação no concurso, mas, por entender-se que a alteração na classificação final não seria possível sem a citação dos demais classificados, determinou-se que a impetrante fosse incluída em último lugar na lista de classificação.*

Percebe-se, portanto, que o julgador acolheu a pretensão da candidata sem prejudicar os demais candidatos nomeados. Mas, e a disposição do art. 47 do CPC? Seria essa sentença eficaz?

A doutrina processual contemporânea vem rejeitando a interpretação literal do art. 47 do CPC, que considera ineficaz a sentença se não adotada a providência ali determinada. Segundo essa corrente doutrinária – com a qual se concorda –, essa ineficácia somente se verifica se o litisconsorte ausente for prejudicado pelo resultado do processo³⁶⁷.

³⁶⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo : Malheiros, 2006. p. 380.

No caso supracitado, por incrível que pareça, os possíveis litisconsortes necessários foram até beneficiados, pois acabaram permanecendo numa colocação superior na ordem de classificação, que não prevaleceria se o litisconsórcio tivesse ocorrido.

Por essa razão, a compreensão literal do preceito legal supracitado pode levar a soluções frontalmente contrárias ao *princípio da economia*³⁶⁸.

3.8.3 O verbete n°631 do STF sob o prisma da efetividade

De acordo com o enunciado sumular n° 631 do STF, “extingue-se o processo de mandado de segurança se o impetrante não promove, no prazo assinado, a citação do litisconsorte passivo necessário”.

Como o verbete padece da mesma falta de clareza do Parágrafo único do art. 47 do CPC, alguns esclarecimentos devem ser feitos. Neste pormenor, é muito oportuna a doutrina de CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO³⁶⁹:

A citação é ato de auxiliar da justiça, que no Brasil se realiza por ordem do juiz. [...] Por isso, muito pouco poderá fazer o autor para que a citação se realize; muito pouco também, por outro lado, precisará ele fazer. Basta que indique com correção o nome e qualificação do réu (CPC, art. 282, inc. II), especialmente o seu endereço, para que ele possa ser encontrado; precisa também pagar o preparo inicial, condição sem a qual o processo não tem andamento [...]. Afora isso, difícil é atinar com algo mais que incumba ao autor fazer, no cumprimento do seu ônus de *promover a citação*.

Caso seja determinada a emenda da inicial para que o impetrante indique os dados de determinado litisconsorte passivo necessário, o julgador deverá ordenar, também, que o primeiro traga aos autos a contrafé devidamente acompanhada das cópias dos

³⁶⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo : Malheiros, 2006. p. 381.

³⁶⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Litisconsórcio**. 5. ed. São Paulo : Malheiros Editores, 1997. p. 246.

documentos originariamente juntados, em virtude da disposição do art. 6º, “caput”, da Lei nº 1.533/51.

A leitura de alguns precedentes que deram origem a este enunciado, entretanto, revela um posicionamento que não prima pela desejada efetividade processual, entendendo suficiente *apenas* a intimação do advogado para a adoção da providência.

Considerando, entretanto, a interpretação mais favorável a ser oferecida ao *mandamus*, não parece ser esta a melhor interpretação. Defende-se, aqui, a mesma exegese feita por CASSIO SCARPINELLA BUENO, segundo o qual:

Ao contrário do que prevaleceu em alguns precedentes dessa Súmula, no entanto, impende destacar que a extinção do processo por falta de prática de atos processuais do autor (impetrante, em se tratando de mandado de segurança), nos termos do art. 267, II ou III, do Código de Processo Civil, impõe a sua intimação *pessoal* nos termos do art. 267, § 1º, do mesmo Código, insuficiente, para tanto, a intimação de seu advogado pela imprensa.

Como as normas do CPC são aplicáveis subsidiariamente ao *mandamus*, principalmente quando venham a aumentar a *efetividade* deste, merece aplausos a solução preconizada pelo referido doutrinador, que também é seguida no presente trabalho.

3.8.4 Litisconsórcio necessário e citação determinada de ofício: análise

Pelo próprio teor do referido verbete sumular nº 63 1 do STF, já se pode extrair que, na jurisprudência do Pretório Excelso, há certa resistência no tocante à idéia de se determinar a citação do litisconsorte necessário de ofício. Tanto é assim que o referido enunciado faz menção à necessidade de adoção da providência pelo impetrante.

No âmbito do STJ, por outro lado, há alguns julgados em sentido contrário, entendendo que “na ocorrência de litisconsórcio necessário, a citação independe de requerimento da parte, impondo-se sua determinação mesmo de ofício”³⁷⁰.

Os julgados mais recentes que admitem a citação dos litisconsortes de ofício buscam respaldo na natureza de ordem pública da matéria. Mas, a simples circunstância de se tratar de matéria de conhecimento oficioso – o que não se refuta – atribui ao juiz o poder de determinar a citação?

Embora exista respeitável orientação doutrinária em sentido contrário³⁷¹, não parece ser possível ao juiz ordenar a citação do litisconsorte passivo necessário *ex officio*, devendo, isto sim, determinar a intimação do impetrante para que este adote as medidas referidas no tópico anterior, para ser concretizado o ato citatório. Neste sentido, merece transcrição a lição de LEONARDO JOSÉ CARNEIRO DA CUNHA³⁷²:

[...] a citação não deve ser determinada de ofício, sem que haja requerimento do autor. Tanto isso é verdade que o requerimento de citação do réu constitui um requisito da petição inicial (CPC, art. 282, VII), a entremostar a impossibilidade de o juiz ordenar sua realização de ofício. E nem poderia ser diferente, pois ninguém é obrigado a litigar contra quem não queira. Imagine-se, por exemplo, que deva ser citado, como litisconsorte necessário, alguém contra quem o impetrante não tenha intenção de litigar, por não lhe ser conveniente ou oportuno, pessoal, profissional ou comercialmente; pode ser, até mesmo, que o impetrante prefira desistir da causa ou ver extinto o processo a ter que postular contra aquela pessoa. Daí ser indispensável aguardar o requerimento do impetrante para que possa ser determinada a citação do litisconsorte necessário, não devendo o juiz fazê-lo de ofício.

Não diverge de tal idéia JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, segundo o qual “não tem o juiz o poder de determinar citação *ex officio*, inexistindo no sistema

³⁷⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 2.231. Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. 4ª Turma. j. 10/04/1990, DJU 11/06/1990.

³⁷¹ BUENO, Cássio Scarpinella. Litisconsórcio necessário e ausência de citação de litisconsorte necessário em mandado de segurança. **Revista de Processo** 79:263. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, julho-setembro de 1995.

³⁷² CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A fazenda pública em juízo**. 5. ed. São Paulo : Dialética, 2007. p. 376.

processual a figura do litisconsórcio *iussu iudicis*, que configura exceção ao princípio da demanda”³⁷³.

Sob o ângulo prático, para a maior parte dos casos o posicionamento de LEONARDO CARNEIRO e BEDAQUE se mostra adequado, pois além das custas processuais eventualmente devidas – e que devem ser suportadas pelo impetrante – são raras as situações nas quais os autos já fazem menção à qualificação completa dos litisconsortes, não sendo razoável transformar o juiz num “investigador” de tais dados.

3.9 O PRAZO DE 120 (CENTO E VINTE) DIAS

Questão das mais importantes para os fins colimados com o presente trabalho diz respeito à análise do interstício previsto em lei para a impetração do remédio heróico.

Como o desrespeito ao interstício previsto no art. 18 da Lei nº 1.533/51 figura entre as principais causas da extinção do processo sem julgamento do mérito, cumpre tecer alguns comentários sobre o assunto, a fim de lançar novas luzes sobre o tema.

3.9.1 Do prazo de 120 (cento e vinte) dias previsto no art. 18 da Lei nº 1.533/51: primeiras considerações

O art. 18 da Lei 1.533/51, como é cediço, estabelece que o direito de requerer mandado de segurança extinguir-se-á decorridos 120 (cento e vinte) dias contados da ciência, pelo interessado, do ato impugnado.

³⁷³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. In: MARCATO, Antônio Carlos (Coord.). **Código de processo civil interpretado**. 2. ed. São Paulo : Atlas, 2005. p. 156.

À guisa de introdução, cumpre ressaltar que há uma acirrada controvérsia doutrinária sobre a constitucionalidade do interstício em apreço.

Eméritos processualistas como SÉRGIO FERRAZ³⁷⁴, CASSIO SCARPINELLA BUENO³⁷⁵ e NELSON NERY JUNIOR³⁷⁶ entendem que o preceptivo supracitado não foi recepcionado pela Constituição vigente, pois uma simples lei ordinária não poderia restringir uma garantia constitucional.

De outro lado, levantam-se vozes também muito ilustres, como OTHON SIDOU e HUGO DE BRITO MACHADO. Para o primeiro jurista, além de o direito não socorrer aqueles que dormem, a ausência de prazo importaria a subordinação permanente do administrador ao poder julgador, comprometendo a harmonia que deve envolvê-los.³⁷⁷; para o segundo, assim como a lei, ao estabelecer prazos para a propositura das diversas ações, não ofende o dispositivo constitucional que garante o acesso ao Judiciário, ao estabelecer o prazo de 120 (cento e vinte) dias para a impetração do mandado de segurança também não viola o dispositivo da Constituição que garante o direito a tal interpretação³⁷⁸.

Se na doutrina a matéria é controvertida, na jurisprudência a matéria já se encontra pacificada. Isso porque o Supremo Tribunal Federal, por meio do seu verbete sumular nº 632, assentou que *é constitucional lei que fixa o prazo de decadência para a impetração do mandado de segurança*.

Ao invés de aumentar o caudal do rio de tinta que já foi utilizado para se discutir a constitucionalidade do prazo em apreço, o presente trabalho utilizará uma proposta diferente. Como a posição sumulada dos tribunais representa argumento de autoridade contra o qual é difícil lutar no cotidiano forense, serão apresentadas alternativas

³⁷⁴ FERRAZ, Sérgio. **Mandado de segurança**. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p. 224-227.

³⁷⁵ BUENO, Cássio Scarpinella. **Mandado de segurança**: comentários às Leis n. 1.533/51, 4.348/64 e 5.021/66. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 182.

³⁷⁶ NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na constituição federal**. 7. ed. São Paulo: RT, 2002. p. 107-111.

³⁷⁷ Apud FERRAZ, Sérgio. op. cit., p. 223, nota 374.

³⁷⁸ Apud FERRAZ, Sérgio. op. cit., p. 223, nota 374.

teóricas na linha da efetividade processual para guarnecer o aplicador do Direito de instrumental técnico que lhe permita driblar os obstáculos impostos pelo formalismo excessivo e estéril vigente acerca do tema.

3.9.2 Natureza do prazo previsto no artigo 18 da LMS e suas conseqüências jurídicas: em busca de uma solução mais equilibrada e efetiva

Há um verdadeiro furor da doutrina, de um modo geral, no sentido de categorizar os objetos estudados e de classificá-los.

A razão para isso é simples: a partir do diagnóstico da natureza jurídica de determinado instituto, é possível apontar o regime jurídico que lhe será aplicável, que poderá, por exemplo, ser de direito material, processual etc.

ANTÔNIO REMÉDIO, ao tratar da natureza jurídica do prazo sob exame, expõe as 04 (quatro) orientações principais acerca do tema. As categorias jurídicas mencionadas pela doutrina são as seguintes: **a)** preclusão; **b)** prescrição; **c)** decadência; **d)** extinção.

No tocante à primeira categorização, reputa-se que ela não merece prosperar, porque se a preclusão tem aplicação *endoprocessual* e o prazo de 120 (cento e vinte) dias é *anterior* ao processo, o interstício em apreço não pode ser qualificado como *preclusivo*.

No concernente à segunda corrente, se a *prescrição*, por força da inércia do titular, acarreta a extinção do direito de ser buscada a proteção dos seus interesses em juízo, isso não ocorre no caso do art. 18 da Lei nº 1.533/51, pois é cediço que permanece incólume o direito à utilização de vias diversas do mandado de segurança.

Quanto à terceira posição, se o prazo para impetração fosse *decadencial*, como desprezar o efeito material dela decorrente (qual seja, a extinção do próprio direito substancial) e a incoerência de uma sentença sem julgamento de mérito?

Por fim, resta a orientação de que o prazo é *extintivo*, ou seja, uma vez decorrido, acarreta a perda do direito de impetração do *mandamus*, não fulminando o direito material, que poderá ser pleiteado por outra via, nem mesmo o direito de ação.

Ao contrário do que se pode imaginar, a distinção supracitada não é meramente cerebrina. Um exemplo muito singelo pode facilitar a compreensão.

Imagine-se, por exemplo, que o prazo de 120 (cento e vinte) dias para a impetração do *mandamus* termina num domingo (dia não-útil, portanto). Se o *writ* for ajuizado no dia útil seguinte (Segunda-feira, se não for feriado, logicamente), a admissibilidade ou não do procedimento diferenciado do *mandamus* dependerá da orientação seguida pelo órgão jurisdicional. Se para ele o prazo em comento for *decadencial*, como este não se suspende nem se interrompe, o impetrante não tem mais direito de se valer do rito do *mandamus*, pois a impetração ocorreu de forma tardia. Dito de outro modo, para aqueles que entendem ser *decadencial* o prazo em comento, se o termo *ad quem* dos 120 (cento e vinte) dias ocorrer num dia não útil, o impetrante é obrigado a adiantar-se, isto é, deve impetrar o *mandamus* com antecedência. Neste sentido, inclusive, aponta a lição de CASSIO SCARPINELLA BUENO³⁷⁹.

Além de o prazo *decadencial* não se suspender nem se interromper, cumpre lembrar que a *decadência* se insere entre as questões passíveis de serem conhecidas *de ofício* pelo magistrado. É dizer: se depois de uma tramitação de 05 (cinco) anos o tribunal detectar que o *mandamus* foi impetrado um dia após o prazo legal, por força do efeito *translativo* dos recursos é possível, em tese, que o Órgão *ad quem* conheça da matéria desde logo, extinguindo o processo.

³⁷⁹ BUENO, Cássio Scarpinella. **Mandado de segurança**: comentários às Leis n. 1.533/51, 4.348/64 e 5.021/66. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 185.

Trata-se, sem dúvida alguma, de uma solução refratária ao princípio da efetividade, que despreza os conhecimentos mais comezinhos de economia processual.

Embora a posição dominante na atualidade ainda seja aquela que enxerga o prazo supracitado como *decadencial*, ainda não se pode dizer com certeza que a matéria está sepultada, pois a cada dia surgem novas contribuições a respeito do tema. Entre elas, merece destaque a de CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO:

“É curioso o emprego do vocábulo *decadência* em relação à extinção do direito ao mandado de segurança pelo decurso do prazo de cento e vinte dias para impetrá-lo (lei nº 1.533 de 31/12/51, art. 18). [...] Se o prazo passar sem que o interessado haja impetrado o writ, nem por isso se reputa extinto seu eventual direito ao bem (LMS, art. 16); seria até truculenta e contraditória uma disposição legal que, travestida de garantias às liberdades públicas, sujeitasse os direitos a tanta fragilidade. Nem o direito de ação fica prejudicado pelo decurso do prazo ditado na Lei do Mandado de Segurança, porque esta é expressa – como não podia deixar de ser – ao consignar que o direito poderá ser tutelado pelas vias processuais ordinárias. Se nem a ação nem o direito se extinguem pelo decurso *in albis* do prazo para impetrar a segurança, na realidade não se trata de *decadência* nem de *prescrição* (qualquer que seja a posição adotada para a distinção entre essas duas causas extintivas). O que deixa de existir é a adequação dessa tutela diferenciada [...]”

Em artigo recente sobre o assunto, GUILHERME FREIRE DE BARROS TEIXEIRA defende que o prazo em apreço é *extintivo*, posição esta que parece ser a mais adequada. Transcreve-se, a seguir, a contribuição do autor:

[...] conclui-se que o previsto no art. 18 da LMS é simplesmente *extintivo* do direito à utilização do mandado de segurança. Trata-se, pois, de prazo que, uma vez decorrido, acarreta a perda do direito de impetração do *mandamus*, não fulminando o direito material, que poderá ser pleiteado por outra via, nem mesmo o direito de ação, continuando à disposição do interessado outros mecanismos processuais que possam garantir a apreciação pelo Poder Judiciário, em atenção ao contido no art. 5º, XXXV, da CF/88.³⁸⁰

Sensível às peculiaridades do caso concreto, inicialmente a jurisprudência do STJ reconhecia que o interstício em comento era *decadencial* mas, a despeito disso, aplicava-lhe o regime dos prazos processuais. Num julgado, inclusive, chegou a

³⁸⁰ TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. Natureza jurídica do prazo para impetração do mandado de segurança. *Revista de processo*. São Paulo, n. 149, p. 21, jul. 2007.

assentar que embora sendo decadencial o prazo para o ajuizamento de mandado de segurança, recaindo o “*dies ad quem*” em feriado forense, fica prorrogado o prazo final para o primeiro dia útil seguinte³⁸¹.

Em acórdão mais recente, entretanto, o Tribunal da Cidadania, de forma mais coerente, assentou que o prazo do mandado de segurança é *sui generis*, e, como a Lei do Mandado de Segurança não estipula a forma como deve ser contado o prazo processual, nada impede (e até se faz necessário) que seja aplicado o Código de Processo Civil, pois é certo que tal diploma se aplica subsidiariamente às normas do mandado de segurança³⁸².

Nos termos do referido julgado, portanto, o interstício de 120 (cento e vinte) dias não se trata de prazo decadencial propriamente dito, razão pela qual não se pode entender a contagem do prazo para a impetração na forma do direito material.

E se contado o prazo a partir do direito processual, aplica-se a regra do Parágrafo 1º do art. 184 do CPC, segundo a qual considera-se prorrogado o prazo até o primeiro dia útil se o vencimento cair em feriado.

Portanto, seguindo a linha de raciocínio trilhada pelo Superior Tribunal de Justiça, caso o prazo final recaia em um feriado ou, ainda, em um dia no qual não houve expediente, o *dies ad quem* para impetração deve ser o primeiro dia útil posterior.

No tocante ao *termo inicial* da contagem dos 120 (cento e vinte) dias, em julgado recentíssimo³⁸³ baseado no Recurso Especial nº 201.111 e também em precedentes do STF, a 2ª Turma do STJ perfilhou o entendimento de que o prazo para a impetração do mandado de segurança tem início no primeiro dia útil após a ciência do ato impugnado,

³⁸¹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 2.428. Relator: Ministro Cid Flaquer Scartezzini. 5ª Turma. j. 14/10/1997, DJU 09/02/1998.

³⁸² BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 201.111. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. 6ª Turma. j. 08/03/2007, DJU 26/03/2007.

³⁸³ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 964.787. Relator: Ministro Castro Meira. 2ª Turma. j. 14/08/2007, DJU 27/08/2007.

posição esta que também prestigia a aplicação de um regime processual à contagem do interstício previsto no art. 18 da Lei nº 1.533/51.

Não diverge de tal conclusão o processualista LUIZ ORIONE NETO, segundo o qual “na determinação do termo inicial desse prazo aplica-se a regra geral do processo civil prevista no § 2º do art. 184 do CPC”³⁸⁴.

Por fim, cumpre realçar aqui a advertência feita pelo STJ no bojo de um julgado que já se tornou clássico, cujo teor estampa que em se tratando de prazos, o intérprete, sempre que possível, deve orientar-se pela exegese mais liberal, atento às tendências do processo civil contemporâneo – calcado nos princípios da efetividade e da instrumentalidade – e à advertência da doutrina de que as sutilezas da lei nunca devem servir para impedir o exercício de um direito³⁸⁵.

3.9.3 A emergência de uma nova concepção doutrinária e jurisprudencial sobre o assunto

Em tempos nos quais o princípio da efetividade processual goza de inequívoca credibilidade, é possível perceber uma tendência nos tribunais pátrios no sentido de suavizar os rigores oriundos da impetração do *mandamus* após os 120 (cento e vinte) dias.

Isso porque, depois de inúmeros anos de tramitação de um processo no qual foram observados todos os princípios e garantias constitucionais, causa verdadeira desolação a sua extinção em virtude do simples descumprimento do art. 18 da Lei nº 1.533/51, mormente quando há alternativas técnicas para evitar solução tão drástica.

³⁸⁴ ORIONE NETO, Luiz. **Tratado das liminares**. Vol. II. São Paulo : Lejus, 2000. p. 139.

³⁸⁵ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 11.834. Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. 4ª Turma. j. 17/12/1991, DJU 30/03/1992.

Tal perplexidade, insta frisar, está ecoando na doutrina e jurisprudência nacionais, até porque uma exegese formalista sobre o assunto coloca em risco a tutela prestada por um dos mais altaneiros remédios constitucionais, conhecido exatamente pelos bons resultados que proporciona no plano do direito material.

Pois bem. Sob o ângulo pretoriano, há pelo menos duas decisões que exigem uma análise mais contida.

Na primeira delas, oriunda do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, sedimentou-se em sede recursal que “embora ocorra decadência no mandado de segurança, se a questão básica é simples declaração prejudicial, o mérito pode ser julgado”³⁸⁶.

Examinando-se o inteiro teor do julgado, extrai-se uma fundamentação de feição instrumentalista, como demonstra o trecho reproduzido a seguir:

Processo não é fim em si mesmo. Neste caso, se a questão é litigiosa e tanto faz ser decidida no mandado de segurança, ou na simples ação declaratória, o resultado será o mesmo. Daí, no meu entender, ainda que ocorra decadência para o mandamus, poder (*sic*), sem nenhum prejuízo das partes, ser decidida a matéria com todas as conseqüências de que dela advêm.³⁸⁷

O segundo pronunciamento judicial, proveniente do Tribunal de Justiça de São Paulo, baseia-se não só na ausência de diferença ontológica entre a tutela mandamental e condenatória, mas também na observação de que foi integralmente preservado o princípio do contraditório. Do voto do Relator, é possível extrair o fio condutor das suas idéias:

[...] Não obstante tenha o apelante impetrado mandado de segurança depois de vencido o prazo de 120 dias [...], a falta de interesse/adequação revela-se irrelevante a esta altura. Como se trata de questão exclusivamente de direito, não há diferença entre modalidades de tutela – mandamental e declaratória –

³⁸⁶ BRASIL, Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível e Reexame Necessário nº 1.0024.05.699448-6/001(1). Relator: Desembargador Ernane Fidélis. 6ª Câmara Cível. j. 21/03/2006, DJMG 07/04/2006.

³⁸⁷ BRASIL, Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível e Reexame Necessário nº 1.0024.05.699448-6/001(1). Relator: Desembargador Ernane Fidélis. 6ª Câmara Cível. j. 21/03/2006, DJMG 07/04/2006.

para o fim de fixação dos limites da controvérsia. [...] No mais, não há distinção substancial entre os modelos processuais estabelecidos em lei para as duas modalidades de tutela. [...] Em síntese, não houve qualquer prejuízo ao contraditório. [...] Por tudo isso, a ausência de interesse processual quanto à tutela mandamental, pelo decurso do prazo de 120 dias, não constitui mais óbice ao julgamento do mérito. O reconhecimento da carência da ação nesta oportunidade não condiz com a natureza instrumental do processo.³⁸⁸

Sob o prisma doutrinário, também, são relevantes as contribuições a respeito do assunto.

JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, por exemplo, defende a ausência de diferença ontológica entre a tutela mandamental e condenatória, razão pela qual se o princípio do contraditório foi obedecido, é possível apreciar o mérito do *mandamus*, a despeito do descumprimento do prazo de 120 (cento e vinte) dias³⁸⁹.

Embora reconheça que a ultrapassagem do prazo supracitado torna inadequada a via mandamental (haja vista a ausência de interesse-adequação), merece reprodução a lição de GUILHERME FREIRE DE BARROS TEIXEIRA³⁹⁰:

[...] não parece razoável que o juiz, após desenvolver uma série de atos processuais – mais curta no mandado de segurança, é verdade –, profira uma sentença reconhecendo a carência de ação, pois, para chegar a essa conclusão, terá analisado a fundo a relação de direito substancial. Se as condições da ação têm a nítida finalidade de propiciar a economia processual, evitando o desenvolvimento de processos que não terão a viabilidade de proporcionar a entrega da tutela jurisdicional de mérito, não será lógico e nem aceitável que o juiz limite-se a proclamar a carência de ação se constatou, no caso concreto, a própria inexistência do direito material que subsidia as condições da ação.

Por isso, se houver subsídios, por exemplo, para julgar improcedente desde logo o pedido do impetrante – o que não acarretará nenhum prejuízo ao impetrado – por que reconhecer a carência de ação?

³⁸⁸ BRASIL, Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível nº 205.864-5/5. Relator: Desembargador José Roberto dos Santos Bedaque. 1ª Câmara de Direito Público. j. 27/07/2004.

³⁸⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo : Malheiros Editores, 2006. p. 562-564.

³⁹⁰ TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. Natureza jurídica do prazo para impetração do mandado de segurança. **Revista de processo**. São Paulo, n. 149, p. 21, jul. 2007.

Por fim, GUILHERME TEIXEIRA arremata seu pensamento afirmando que:

Se o decurso do prazo for constatado somente no momento da sentença ou mesmo após a sua prolação, nem sempre será recomendável o reconhecimento da carência de ação, podendo o juiz, se possuir elementos para examinar a relação de direito material, julgar a própria pretensão do autor.³⁹¹

3.9.4 A delicada questão do prazo de 120 dias nos concursos públicos: análise de uma corrente jurisprudencial do STJ

Diante da sedução exercida pelos concursos públicos na atualidade, que mobilizam um contingente humano impressionante, é cada vez mais freqüente a provocação do Estado-juiz para a discussão de aspectos relativos aos certames.

Embora a temática ora proposta exija um estudo mais alentado, o presente item se restringirá a investigar – sob a lente da efetividade – uma posição jurisprudencial recente do STJ, que vem causando intensa discussão pelo país afora. Trata-se, insta frisar, do entendimento segundo o qual “a data da publicação do edital do concurso público constitui o termo inicial do prazo decadencial para a impetração do mandado de segurança visando ao questionamento de disposição nele inserta.”³⁹²

As conseqüências de tal orientação, que vem sendo seguida de forma afoita por alguns tribunais, ficam mais claras com a visualização de um caso concreto.

Imagine-se que determinado edital de abertura foi publicado em janeiro de 2007 e que a candidata “X” inscreveu-se no certame, cujas provas só foram realizadas a partir de agosto do mesmo ano. Em virtude de ter sido considerada inabilitada na avaliação

³⁹¹ TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. Natureza jurídica do prazo para impetração do mandado de segurança. **Revista de processo**. São Paulo, n. 149, p. 27, jul. 2007.

³⁹² BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n° 24.011. Relator: Ministro Félix Fischer. 5ª Turma. j. 25/10/2007, DJU 19/11/2007.

psicológica aplicada em novembro, a concursanda impetra um *mandamus* em dezembro no afã de impugnar o ato em apreço, ao argumento de que o instrumento editalício não fixou critérios objetivos para o teste psicológico, razão pela qual deve ser afastada a sua eliminação.

Nas informações prestadas pela autoridade coatora, esta argúi o desrespeito ao prazo previsto no art. 18 da Lei nº 1.533/51, porque o edital foi publicado em janeiro e o *mandamus* somente foi impetrado em dezembro. Tal alegação merece ser chancelada pelo Judiciário?

Com o devido respeito àqueles que pensam de forma diversa, tal argumento não procede, pois a alegada lesão ao direito da impetrante somente ocorreu com a publicação do resultado da avaliação psicológica.

Ora, o prazo legal extintivo para impetrar o *writ* somente pode fluir a partir do ato concreto por meio do qual a Administração executa as normas previstas no edital do concurso público, apto a causar efetiva lesão ao jurisdicionado. Antes disso, há apenas normas gerais e abstratas dirigidas a todos os participantes do certame, sem efeitos concretos e imediatos sobre a esfera jurídica dos concorrentes.

Nesse sentido, aponta o ensinamento do saudoso HELY LOPES MEIRELLES:

É de se lembrar que o prazo para impetração não se conta da publicação da lei ou do decreto normativo, mas do ato administrativo que, com base neles, concretiza a ofensa a direito do impetrante, salvo se a lei ou o decreto forem de efeitos concretos, caso em que se expõem à invalidação por mandado de segurança desde o dia em que entraram em vigência.³⁹³

Essa orientação, *mutatis mutandis*, aplica-se perfeitamente ao exemplo oferecido, pois as normas gerais veiculadas no edital do concurso público, com base nas quais foi praticado o suposto ato coator, qualificam-se, em função do seu conteúdo material,

³⁹³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, hábeas data**. 20. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1998. p. 50

como típicos atos estatais de caráter normativo e abstrato, como bem definiu o Ministro Celso de Mello em recente decisão monocrática.³⁹⁴

Em suma, enquanto não se concretiza a ofensa ao alegado direito do candidato com a sua eliminação do concurso público, não se inicia a contagem do prazo para impetração do *mandamus* objetivando prosseguir no certame. Neste sentido, aponta o julgador abaixo:

[...] Malgrado o transcurso de mais de 120 (cento e vinte) dias, contados da publicação do edital até a data da propositura da ação, e conquanto se cuide, nesse particular, de regras do edital de abertura – o que possibilitaria sua impugnação desde a data de sua publicação –, a suposta lesão a direito dos Recorridos, ora Agravados, somente ocorreu posteriormente, quando do resultado do exame psicotécnico, daí a não-configuração da decadência.³⁹⁵

Ainda que se sustente a possibilidade de impugnação das regras editalícias desde a data de sua publicação, a impetração seria apenas em caráter preventivo, a fim de evitar eventual lesão futura ao candidato participante do concurso público.

De mais a mais, em diversos casos nos quais o exame impugnado constitua uma das últimas etapas do concurso público, a adoção da posição jurisprudencial ora criticada estimulará a litigiosidade, pois compelirá os candidatos interessados a buscarem a tutela jurisdicional tão logo seja publicado o edital de abertura.

Na prática forense, insta frisar, chega a ser cruel o tratamento oferecido aos candidatos, que depois de um tempo considerável de espera, vêem seus *writs* extintos sem julgamento de mérito com base no art. 18 da Lei nº 1.533/51. E quando propõem nova demanda para prosseguirem no certame sem observar que o resultado final deste já foi homologado, deparam-se com outra sentença terminativa, desta vez por falta de interesse processual.

³⁹⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 26281. Relator: Ministro Celso de Mello. Decisão monocrática. j. 15/12/2006, DJU 01/02/2007.

³⁹⁵ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 825323. Relator: Ministra Laurita Vaz. 5ª Turma. j. 22/08/2006, DJU 16/10/2006.

Como se pode perceber, a idéia de empregar o “menor esforço possível” continua norteando as atividades de boa parte dos órgãos jurisdicionais, com irrefutável prejuízo à prestação da tutela jurisdicional.

Por isso, no delicado cenário contemporâneo o julgador deve manter sua mente aberta para atender aos anseios de uma sociedade cada vez mais refratária à falta de efetividade processual, pois de nada vale todo o empenho e tempo empregados se a parte, ao final, assiste perplexa a um espetáculo de formalismo orquestrado pelo órgão que deveria funcionar como a última trincheira de juridicidade oferecida pelo Estado.

3.10 LIMINAR

3.10.1 Considerações introdutórias

De acordo com BETINA RIZZATO LARA³⁹⁶, “a palavra liminar é derivada do latim *liminaris*, de *limen*, que significa limiar, soleira, entrada, porta.

O conceito de liminar oferecido pela doutrina, ressalvadas diferenças terminológicas, possui um ponto comum: configurar uma antecipação daquilo que se obteria apenas ao final, com a prolação de sentença³⁹⁷.

O direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, ora encarado como um verdadeiro *princípio constitucional*, confere o direito ao procedimento (técnica processual)

³⁹⁶ LARA, Betina Rizzato Lara. **Liminares no processo civil**. 2. ed., São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1994. p. 20.

³⁹⁷ Idem, *ibidem*.

realmente capaz de atender aos direitos, seja perante o Estado, seja perante os particulares.³⁹⁸

O mandado de segurança, se examinado da perspectiva da efetividade do processo, jamais poderá ser admitido com a supressão do instrumento propício à tutela contra o *periculum in mora*, sob pena de deixar de ser relevante remédio constitucional posto a serviço do cidadão, para tornar-se um procedimento inefetivo e incoerente, por pressupor tutela urgente e, ao mesmo tempo, não dispor de instrumento necessário para realizá-la. Se o *mandamus* requer procedimento acelerado, a possibilidade da aferição da eventual periclitacão, em virtude do *periculum in mora*, do direito que através dele se visa proteger, evidentemente não pode ser suprimida por norma alguma.³⁹⁹

Com efeito, não é viável esvaziar o conteúdo ou eliminar a efetividade do mandado de segurança, como pretendeu a famosa Medida Provisória relativa ao Plano de Estabilização Econômica do Governo Collor, que tentou, entre outras coisas, subtrair do procedimento do mandado de segurança o que ele tem de melhor e mais efetivo, que é a liminar.⁴⁰⁰

Valem aqui, sem sombra de dúvida, os comentários feitos nos tópicos 1.3 e 1.5 do presente trabalho, acerca da emergência de novos paradigmas que substituem a premissa normativa infraconstitucional pela constitucional, de modo a propiciar uma “releitura” do ordenamento a partir da ótica de um *modelo constitucional de processo*.

3.10.2 Pode o juiz deixar para analisar o requerimento de liminar após as informações?

³⁹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela de direitos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 84.

³⁹⁹ Idem, *ibidem*, p. 85.

⁴⁰⁰ Idem, *ibidem*.

Entende-se, aqui, que não. Isso porque, diante de tal situação, não é dada ao juiz uma terceira alternativa ou opção. Por outras palavras, ou ele defere a liminar ou a indefere.

É óbvio que, em situações urgentíssimas (agônicas), o Impetrante não poderá aguardar por muito tempo, pois isso poderá conduzir à perda do próprio resultado útil do processo.

Caso o Impetrante venha a se deparar com o clássico pronunciamento “deixo para examinar a liminar após as informações”, não há unanimidade sobre o melhor caminho a ser seguido.

Para alguns, como o Juiz ainda não decidiu aspecto controvertido de fato ou de direito (ou seja, não proferiu “decisão” na acepção processual do termo), seria inviável a propositura do Agravo. Para os sectários de tal orientação, seria cabível, aqui, a correção parcial, medida administrativa prevista nos Regimentos de vários Tribunais cujo uso é evitado por muitos advogados, haja vista o temor de retaliações e represálias oriundas dos magistrados envolvidos.

Não é esta, entretanto, a posição perfilhada no presente trabalho.

Como tal pronunciamento judicial representa um “indeferimento implícito” – calcado, em boa parte das vezes, na ausência cumulativa dos requisitos legais aferidos *ab initio* – defende-se a recorribilidade neste caso pela via do Agravo de Instrumento.

Ora, é irrefutável que, em muitos casos (principalmente naqueles marcados pela urgência), a omissão do julgador representará uma indiscutível denegação de justiça, que comprometerá não só o acesso à ordem jurídica justa catalogado no art. 5º, inc. XXXV, como também o próprio resultado útil buscado no âmbito processual.

Nem se argumente, aqui, que a natureza do pronunciamento judicial impossibilitaria o uso do agravo, pois o STJ, ao qual cabe dar a última palavra em termos de interpretação da lei federal, já assentou o cabimento de tal recurso quando se tratar de despacho cujo conteúdo, de alguma forma, revele-se lesivo ao interesse da parte.

Ademais, em julgado recente⁴⁰¹ o referido Tribunal da Cidadania deixou clara a ausência desta “terceira via”, como bem mostra a ementa do acórdão:

“[...] A concessão – ou não – da liminar em mandado de segurança não pode ser compreendida como simples liberalidade da justiça. É direito do impetrante. Estando presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* a sua concessão é forçosa, sem que isso resulte na emissão de qualquer juízo discricionário do magistrado. No mesmo sentido, não restando configurados os pressupostos da liminar, o seu indeferimento é inevitável, não havendo qualquer outra opção para o magistrado.”

3.10.3 Se o juiz indeferiu a liminar requerida *initio litis*, poderá concedê-la posteriormente?

A resposta mais prudente neste caso é “depende”.

Isso porque, em nome dos padrões mínimos de segurança, não se concebe que o juiz, logo após a decisão – e sem nenhuma mudança no panorama processual – venha a voltar atrás por ter “pensado melhor” ou “refletido com mais calma”.

Conquanto o magistrado não esteja proibido de reapreciar a tutela de urgência (que não será mais *liminar*, obviamente, pelo próprio prosseguimento da marcha procedimental), é preciso que se tenha operado alguma mudança no cenário processual, sem a qual não se vê a possibilidade de um novo exame.

⁴⁰¹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 471513. Relator para o acórdão: Ministro Gilson Dipp. Corte Especial. j. 02/02/2005, DJU 07/08/2006.

Se uma analogia puder ser utilizada, em se tratando de reexame da decisão o processo deve ser encarado como um “filme”, e não como uma “fotografia”. Isso porque o contexto submetido ao crivo judicial no início do procedimento (isto é, a situação da vida capturada pelo fotógrafo e paralisada na “fotografia”) poderá não guardar correlação com o panorama visualizado após a prática de outros atos processuais (ou seja, depois da aparição de outras cenas do “filme”).

Diante da modificação da situação descortinada nos autos, o magistrado deve atuar como diretor, e não como mero espectador do “filme” chamado processo. Por isso, com base no § 4º do art. 273 do CPC – aplicável subsidiariamente ao mandado de segurança – é possível defender o cabimento do reexame do requerimento após o seu indeferimento inicial.

3.10.4 É cabível a imposição de caução para o deferimento da liminar no mandado de segurança?

A caução, como é cediço, figura como uma contracautela, ou seja, como uma “cautela dentro da cautela” destinada a oferecer a uma das partes um forro patrimonial para compensar um desequilíbrio causado pela concessão da liminar pleiteada pelo outro litigante.

Um raciocínio muito freqüente quando se trata deste tema é o de se verificar a natureza da liminar pleiteada. Assim, se ela tiver caráter cautelar, caberá caução, haja vista a aplicabilidade do regime jurídico referente ao processo assecuratório; se seu cunho for antecipatório, entretanto, como regra não deve ser exigida.

Em que pese o brilho de tais considerações, o entendimento de se exigir caução para a concessão da liminar no *mandamus* vem sendo combatido pela jurisprudência recente do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual satisfeitos os pressupostos essenciais

(pela presença dos requisitos exigidos), a liminar deve ser normalmente concedida, independente de caução⁴⁰².

Como será visto no tópico apropriado (item 3.21), o inc. III do art. 7º do PL 5.067/2001 (novo regramento infraconstitucional do mandado de segurança) oferece ao julgador a possibilidade de exigir caução no caso de concessão de liminar.

Como a exigência de caução, em determinadas situações, pode comprometer o próprio acesso à justiça – mormente quando o impetrante se insere no extrato mais desguarnecido da população – tal exigência deve ser encarada com reservas, a fim de que o inc. XXXV do art. 5º da Carta Magna não se transforme em letra morta ou mesmo em promessa constitucional inconstitucional. Não diverge de tal solução o doutrinador LEONARDO GRECO:

[...] a contracautela não pode ser imposta ao impetrante que não tenha condições econômico-financeiras ou creditícias de oferecer garantia patrimonial ou pessoal, bem como em qualquer outro caso concreto em que possa representar restrição ao acesso à proteção jurisdicional.⁴⁰³

3.10.5 A invalidade do prazo de vigência da liminar

Conforme mencionado, não é apropriado esvaziar o conteúdo ou eliminar a efetividade do mandado de segurança restringindo aquilo que ele tem de melhor e mais efetivo, que é a liminar.

Essas considerações se aplicam, *mutatis mutandis*, ao art. 1º, alínea “b”, da Lei nº 4.348/64, por meio da qual a medida liminar somente terá eficácia por 90 (noventa) dias a contar da data da respectiva concessão, prorrogáveis por outros 30 (trinta) dias

⁴⁰² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 279.352. Relatora: Ministra Eliana Calmon. 2ª Turma. j. 13/11/2001, DJU 18/02/2002.

⁴⁰³ GRECO, Leonardo. **Execução de liminar em sede de mandado de segurança**. In <<http://www.cjf.gov.br/revista/seriecadernos/vol23/artigo10.pdf>>, acesso em 27 dez. 2007. p. 209.

quando provadamente o acúmulo de processos pendentes de julgamento justificar a prorrogação. Trata-se de medida odiosa e inconstitucional, que ofende todas as premissas fincadas nos comentários supracitados.

Bem ponderadas as coisas – máxime a existência de um princípio constitucional da efetividade – depreende-se que o dispositivo padece de flagrante inconstitucionalidade e simplesmente não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988.

Reputa-se adequada a lição de MACHADO SEGUNDO⁴⁰⁴, que merece transcrição:

[...] porque a medida liminar em mandado de segurança, destinada como é a assegurar a efetividade da tutela jurisdicional a ser prestada, tem fundamento constitucional, não podendo ser objeto de restrições pelo legislador ordinário. A única exigência que a lei pode e deve fazer, e que decorre, como visto, dos próprios princípios constitucionais em tensão, é a de que estejam presentes os requisitos de plausibilidade do direito alegado e perigo de ineficácia da sentença. Só isso. Se ao cabo dos tais 90 dias esses requisitos continuam presentes, os efeitos da tutela de urgência continuam necessários para assegurar a supremacia constitucional. Além disso, soa absurdo punir o impetrante pela demora no exercício da função jurisdicional, demora que, aliás, é imputável ao Poder Público.

3.10.6 Vedações à concessão de liminares e as exceções contempladas na jurisprudência

Assunto da maior importância quando analisados os aspectos jurídicos relativos à liminar no mandado de segurança, diz respeito às restrições à sua concessão, que, como se verá a seguir, estão previstas em diversos diplomas legislativos.

Entre os diplomas mais importantes, podem ser citados os seguintes: **a)** Lei nº 2.770/56, cujo art. 1º veda a concessão de liminar para liberação de mercadorias, bens ou coisas procedentes do estrangeiro; **b)** Lei nº 4.348/64, que em seu art. 5º proíbe a concessão de liminar para reclassificação ou equiparação de servidores públicos, ou

⁴⁰⁴ MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Processo tributário**. São Paulo : Atlas, 2004. p. 345.

para concessão de aumento ou extensão de vantagens a eles; **c)** Lei nº 5.021/66, na qual o § 4º do art. 1º impede a concessão de liminar para efeito de pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias a servidores.

Todas essas normas, insta frisar, foram editadas de forma casuística, com o fim de proteger uma determinada conjuntura pela qual passava (ou passa) o país, sem que se tenha levado em consideração a existência dos princípios constitucionais do processo.⁴⁰⁵

Mas, afinal, são constitucionais os preceitos que impedem a concessão de liminares, em qualquer hipótese, contra o poder público?

Sob o ângulo doutrinário, os estudiosos brasileiros nutrem profunda antipatia por tais disposições⁴⁰⁶, tidas como em descompasso com os princípios do acesso à justiça e da efetividade, pois se não é permitida a liminar como técnica processual predisposta à garantia da utilidade da decisão final, está-se, por via reflexa, eliminando a própria garantia à tutela jurisdicional adequada (assim entendida aquela tempestiva, efetiva e aderente ao direito material subjacente).

Sob o prisma jurisprudencial, cumpre ressaltar que a matéria já foi apreciada pelo Pretório Excelso quando apreciou a ADI nº 223-6 MC/DF⁴⁰⁷, na qual se atacava a Medida Provisória nº 173/1990, que vedava o deferimento de liminar em mandado de segurança e em ações cautelares que versassem sobre matérias previstas no Plano de Estabilização Econômica do Governo Collor.

Após judicioso voto proferido pelo Ministro Sepúlveda Pertence, o STF firmou o entendimento – perfeitamente aplicável aos dispositivos restritivos acima mencionados

⁴⁰⁵ ORIONE NETO, Luiz. **Liminares no processo civil e legislação processual civil extravagante**. 2. ed., São Paulo : Editora Método, 2002. p. 91.

⁴⁰⁶ LOPES, Mauro Luís Rocha. **Mandado de segurança: doutrina, jurisprudência, legislação**. 2. ed., Niterói : Editora Impetus, 2007. p. 67.

⁴⁰⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 223-6. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Pleno. j. 05/04/1990, DJU 29/06/1990.

– que a vedação é, em tese, constitucional, uma vez que é razoável implementá-la para garantir a integridade do interesse público. Mas, *no caso concreto*, quando ela representar um *óbice ao livre acesso à ordem jurídica justa*, deverá ser afastada, em controle difuso de constitucionalidade.

Quando este trabalho, no item 1.9, falou da emergência do paradigma da busca da justiça para o caso concreto, tentou demonstrar a importância da singularidade de cada situação fática para conformar o próprio raciocínio do julgador, que não pode desprezar as sutilezas e particularidades da demanda no momento de solucioná-la.

Por isso, se no caso concreto o magistrado verificar que a vedação legal ocasionará ofensa aos princípios do acesso à justiça e efetividade, ou efetua o controle de constitucionalidade na via difusa (solução preconizada pelo STF na decisão supracitada) ou operacionaliza uma “interpretação de acordo com a constituição” (que, nos Tribunais, dispensa a regra do “full bench”, ou reserva de plenário).

Sensível à inconveniência e aos riscos oriundos da proibição das liminares em alguns casos, aos poucos a jurisprudência vem mitigando o rigor das disposições restritivas. É o que já acontece, por exemplo, nas seguintes situações, a saber: **i)** restabelecimento de parcela remuneratória ilegalmente suprimida; **ii)** quando estiverem em jogo direitos fundamentais cujo sacrifício não seja razoável ou admissível no caso concreto; **iii)** verbas previdenciárias.

Pela inegável importância teórica e prática do assunto, cumpre examinar cada uma das hipóteses acima descritas.

Conforme exposto anteriormente, o § 4º do art. 1º da Lei nº 5.021/66 impede a concessão de liminar para efeito de pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias a servidores públicos.

Ocorre, entretanto, que uma interpretação meramente literal do dispositivo em comento pode conduzir a situações teratológicas e catastróficas. Imagine-se, por exemplo, o caso de um servidor submetido a processo administrativo que, a despeito de estar trabalhando normalmente (e antes de qualquer decisão), tem seus vencimentos bloqueados de forma ilegal e arbitrária pela Administração. Seria razoável, neste caso, relegar o servidor ao esquecimento e à penúria até o desfecho do processo administrativo?

Por isso, o que o § 4º proíbe é o pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias derivados, *originariamente*, da liminar. Não veda a medida de urgência, obviamente, na hipótese de *subtração dos vencimentos* (vencimento e vantagem) *que já vinham sendo percebidos pelo servidor público*, isto é, não há impedimento para a restauração do *statu quo ante*.

Por isso, a vedação à concessão de medida liminar em sede de mandado de segurança, nos moldes do disposto no art. 1º, § 4º, da Lei nº 5.021/66, “não se aplica à hipótese de restabelecimento de parcela remuneratória ilegalmente suprimida”.⁴⁰⁸

A segunda situação ressalvada por significativo aporte jurisprudencial concerne às hipóteses nas quais estão em jogo direitos fundamentais cujo sacrifício não seja razoável ou admissível no caso concreto.

É bastante comum, nos casos de liminares determinando a disponibilização de tratamentos e medicamentos ao cidadão, a arguição, pelo Poder Público, do óbice elencado no § 3º do art. 1º da Lei nº 8.437/92, segundo o qual não será cabível medida liminar que esgote, no todo ou em qualquer parte, o objeto da ação.

⁴⁰⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 808.008. Relator: Ministro Hamilton Carvalhido. 6ª Turma. j. 22/08/2006, DJU 05/02/2007.

A lei supracitada, como é cediço, foi idealizada para estancar a avalanche de “cautelares satisfativas” utilizadas antes do advento da tutela antecipada no ordenamento nacional.

Embora não seja pacífica sua aplicabilidade ao *mandamus*, a Fazenda Pública investe na tese da existência de um microsistema legislativo das restrições à liminar e insiste em invocá-la em suas peças processuais, como se também incidisse no caso da ação mandamental.

Com efeito, cumpre saber se o preceito legal em apreço se afigura apto a impedir a concessão de liminares satisfativas irreversíveis, ou seja, aquelas cuja execução produz resultado prático que inviabiliza o retorno ao *statu quo ante*, em caso de sua revogação.

No âmbito doutrinário, a questão vem sendo enfrentada sob o prisma da máxima da proporcionalidade, isto é, quando estiverem em tensão bens jurídicos qualitativamente diversos, num juízo de ponderação deve merecer proteção aquele que, no caso concreto, tiver maior “peso”.

A jurisprudência contemporânea, sem perder de vista a efetividade e a instrumentalidade do processo, tem admitido, em caráter excepcional, medidas liminares de caráter satisfativo sempre que a provisão requerida seja indispensável à preservação de uma situação de fato que se revele incompatível com a demora na prestação jurisdicional. Neste particular, já se decidiu que “a proibição do deferimento de medida liminar que esgote o objeto do processo só subsiste enquanto o retardamento não frustrar a tutela judicial, que é garantia constitucional”.⁴⁰⁹

Em se tratando dos direitos à saúde e à vida, por exemplo, a jurisprudência do STJ vem mitigando o dispositivo em comento, como bem mostra a ementa transcrita abaixo:

⁴⁰⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário no Mandado de Segurança nº 6063. Relator: Ministro Ari Pargendler. 2ª Turma. j. 13/03/1997, DJU 01/12/1997.

[...] Ainda que o art. 1º, § 3º, da Lei nº 8.437/92 vede a concessão de liminar contra atos do poder público no procedimento cautelar, que esgote, no todo ou em parte, o objeto da ação, há que se considerar que, tratando-se de aquisição de medicamento indispensável à sobrevivência da parte, impõe-se que seja assegurado o direito à vida da requerente⁴¹⁰.

O art. 1º da Lei nº 9.494/97, insta frisar, também é mencionado com frequência pela Administração no âmbito do *mandamus*, embora seu texto faça menção expressa à “tutela antecipada prevista nos artigos 273 e 461 do Código de Processo Civil”. Não se refere, portanto, à liminar prevista no inc. II da Lei nº 1.533/51.

Mesmo sob o prisma de tal diploma, não prospera a tese de descabimento da liminar argüida pela Fazenda Pública, pois a jurisprudência do STJ caminha no sentido de admitir, na defesa de direitos fundamentais, “dentro do critério de razoabilidade, a outorga de tutela antecipada contra o Poder Público, afastando a incidência do óbice constante no art. 1º da Lei nº 9.494/97”.⁴¹¹

Por fim, a jurisprudência dos tribunais superiores assentou que a vedação da Lei nº 9.494/97 restringe-se aos pleitos formulados por servidores ativos, não abarcando as causas de natureza previdenciária. Tal entendimento deu origem, inclusive, ao verbete sumular nº 729 do STF, segundo o qual “a decisão na ADC-4 não se aplica à antecipação de tutela em causa de natureza previdenciária”.

3.10.7 Concessão de ofício: cabimento

Uma questão instigante, que continua desafiando o tirocínio dos estudiosos, diz respeito à concessão de ofício de providências liminares.

⁴¹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Medida Cautelar nº 11.120. Relator: Ministro José Delgado. 1ª Turma. j. 18/05/2006, DJU 08/06/2006.

⁴¹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 661.821. Relator: Ministra Eliana Calmon. 2ª Turma. j. 12/05/2005, DJU 13/06/2005.

No bojo do mandado de segurança, a temática é ainda mais desafiadora, pois inc. II do art. 7º da Lei nº 1.533/51 prevê que:

Art. 7º Ao despachar a inicial, o juiz ordenará:

[...]

II- que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido quando for relevante o fundamento e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja deferida.

Com base na literalidade do dispositivo, uma parte da doutrina sustenta a possibilidade de concessão de ofício da liminar no bojo do remédio heróico, isto é, independentemente de requerimento nesse sentido formulado pelo impetrante em sua petição inicial.

Outros doutrinadores, por sua vez, defendem que o *princípio dispositivo* representaria óbice intransponível ao deferimento oficioso da tutela de urgência, entendimento este que poderia ser ressalvado apenas nas hipóteses de provimento liminar com natureza cautelar, em virtude da maior dose de liberdade do magistrado no exercício do “poder geral de cautela” (art. 798 CPC).

Outro argumento muito comum utilizado pela segunda corrente diz respeito à responsabilidade pela concessão da liminar de forma oficiosa. Afinal de contas, a quem caberia responder pela concessão da liminar de ofício?

Embora mereçam respeito as idéias defendidas pelas duas correntes supracitadas, é certo que ambas restringem seus enfoques ao âmbito infraconstitucional, olvidando totalmente a principiologia constitucional norteadora do remédio heróico.

É imperativa, portanto, uma abordagem que focalize o tema sob a lente do *modelo constitucional* estatuído para o mandado de segurança. E quem faz isso com grande competência é CASSIO SCARPINELLA BUENO, que ao comentar o art. 7º da Lei nº 1.533/51 profere a seguinte lição:

[...] Menos pelo texto do dispositivo em exame e muito mais pelo “modelo constitucional do direito processual civil” como um todo e o do mandado de segurança em específico, não me parece haver espaço para o magistrado, desde que se veja diante dos pressupostos autorizadores da lei, manter-se inerte diante do silêncio do impetrante ou, o que é mais correto, diante do silêncio do seu advogado. A atuação jurisdicional, desde sua provocação inicial, isto é, desde o rompimento da inércia do Poder Judiciário, não pode ser pensada se não de forma útil, de forma a que produza os melhores e mais amplos resultados (CF, art. 5º, LXXVIII).⁴¹²

Além da consideração do *modelo constitucional* previsto para o mandado de segurança, não há como afastar a problemática em apreço da lente da *teoria dos direitos fundamentais*. Explica-se.

Embora alguns autores se limitem a invocar o *princípio dispositivo* para reger a espécie, é certo que o desenlace da questão também atrai a aplicação de princípios constitucionais, quais sejam, o da *efetividade processual* e o da *segurança jurídica* (este, diga-se de passagem, densificado na esfera infraconstitucional pelo princípio dispositivo).

Caberá ao órgão julgador, diante de determinado caso concreto, dirimir a colisão entre os princípios constitucionais em apreço mediante o uso da técnica de ponderação.

O que não se pode admitir, no atual estágio evolutivo dos direitos fundamentais, é que um simples princípio infraconstitucional (como ocorre com o *dispositivo*) seja utilizado indiscriminadamente no cotidiano forense para afastar a incidência do princípio constitucional da efetividade, cujo amparo normativo está na Carta Magna.

Quanto à questão da responsabilidade pela concessão da medida, o presente trabalho defende a posição trilhada por CASSIO SCARPINELLA BUENO, segundo o qual:

[...] nada mais consentâneo que reconhecer ao próprio impetrante o dever de responder por eventuais danos que seu pedido de tutela jurisdicional (mesmo que não pedida sua prestação “liminar”) puder causar. Nos casos em que a atuação do juiz for culposa ou dolosa, o sistema dá como solução a sua própria

⁴¹² BUENO, Cassio Scarpinella. **Mandado de segurança**: comentários às leis n. 1.533/51, 4.348/64 e 5.021/66. 3. ed. São Paulo : Saraiva, 2007. p. 83.

(e pessoal) responsabilização sem prejuízo da responsabilização do próprio Estado.⁴¹³

3.11 INFORMAÇÕES

3.11.1 Natureza jurídica

Aspecto instigante, que tem importantes efeitos práticos, diz respeito à natureza jurídica das informações prestadas pela autoridade coatora.

De acordo com FREDIE DIDIER JÚNIOR⁴¹⁴, por exemplo, as informações da autoridade possuem o caráter de *meio de prova*, e dessa forma devem ser encaradas.

Embora mereça respeito a orientação do referido processualista – cuja teoria trata as informações sob a lente da teoria geral da prova –, tal posição conduz a um sério inconveniente, porque, se aceita sua natureza probatória, é impositiva a obediência ao princípio do contraditório, fazendo-se necessária, destarte, concessão de prazo para manifestação da parte contrária. E tal providência, levada a cabo *em todo e qualquer* mandado de segurança, acabaria comprometendo a desejável celeridade do *writ*.

Defende-se, aqui, que as informações instrumentalizam a defesa da Administração, e por isso, possuem a natureza de *contestação*, devendo seguir, *mutatis mutandis*, o

⁴¹³ BUENO, Cassio Scarpinella. **Mandado de segurança**: comentários às leis n. 1.533/51, 4.348/64 e 5.021/66. 3. ed. São Paulo : Saraiva, 2007. p. 83.

⁴¹⁴ DIDIER JÚNIOR, Fredie. Natureza jurídica das informações da autoridade coatora no mandado de segurança. In: BUENO, Cássio Scarpinella; ALVIM, Eduardo Arruda; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). In: **Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança**: 51 anos depois. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 370-377.

regime jurídico aplicável a esta. Na mesma direção, diga-se de passagem, aponta ADA PELLEGRINI GRINOVER.⁴¹⁵

3.11.2 Arguição de incompetência relativa e impugnação ao valor da causa

Em razão do próprio rito célere e expedito do *mandamus*, muito se discute sobre a possibilidade, nesse singular procedimento, da arguição de incompetência relativa e da impugnação ao valor da causa.

No tocante à impugnação ao valor da causa, defende-se aqui o seu cabimento, pois ela, nos moldes do art. 261 do CPC – aplicável de forma subsidiária – não suspende a marcha procedimental. Bastaria, portanto, argüi-la nas próprias informações⁴¹⁶, calhando ressaltar que tal matéria pode ser conhecida até mesmo de ofício pelo Magistrado.

No caso da exceção de incompetência relativa, a solução é menos singela, porque o art. 306 do CPC prevê que ela suspende o processo.

A doutrina, entretanto, admite a sua arguição, mas de forma diferenciada daquela existente nas ações comuns, ou seja, sem a suspensão do feito.⁴¹⁷

Segundo o vaticínio de ADA PELLEGRINI GRINOVER⁴¹⁸, embora o CPC preveja o seu oferecimento em separado e mediante exceção, a teor do disposto nos artigos 112, 304

⁴¹⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. Mandado de segurança contra ato jurisdicional penal. In: GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Mandado de Segurança**. Belo Horizonte : Del Rey, 1996. p. 29.

⁴¹⁶ BUENO, Cássio Scarpinella. **Mandado de segurança**: comentários às leis n. 1.533/51, 4.348/64 e 5.021/66. 3. ed. São Paulo : Saraiva, 2007. p. 71.

⁴¹⁷ AURELLI, Arlete Inês. **O juízo de admissibilidade na ação de mandado de segurança**. São Paulo : Malheiros Editores, 2006. p. 49.

e 307 a 310, na ausência de disposição expressa da lei específica e dentro da celeridade por esta almejada, deve ser argüida como preliminar, nas informações da autoridade coatora.

3.11.3 Prazo

Nos termos do inc. I do art. 7º da Lei nº 1.533/51, o prazo para o oferecimento das informações é de 10 (dez) dias, não se aplicando, aqui, a regra do art. 188 do CPC – não só pelo fato de se tratar o primeiro diploma de *lei especial*, mas também porque o decêndio é mais condizente com o perfil expedito do *writ*.

A contagem desse prazo, insta frisar, inicia-se com a juntada aos autos da comprovação da notificação da autoridade coatora (art. 9º da Lei nº 1.533/51).

Na leitura de ADA PELLEGRINI GRINOVER, que inclusive aponta disposições regimentais do STF e do STJ, “se houver justo motivo para a apresentação das informações fora do prazo, poderão elas ser admitidas, se ainda oportuna sua apresentação”.⁴¹⁹

3.11.4 É possível a “confissão”?

Há casos nos quais a despeito da ausência de prova documental do ato coator acompanhando a inicial, a autoridade, em suas informações, admite-o, ressaltando sua legalidade e limitando-se a discutir as conseqüências jurídicas a ele atribuídas.

⁴¹⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. Mandado de segurança contra ato jurisdicional penal. In: GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Mandado de Segurança**. Belo Horizonte : Del Rey, 1996. p. 29.

⁴¹⁹ Idem, ibidem, p. 30.

Seria isso uma “confissão”? Estaria suprida a exigência do direito líquido e certo?

As respostas para as duas indagações são oferecidas por LEONARDO JOSÉ CARNEIRO DA CUNHA:

Nesse caso, não havendo controvérsia quanto aos fatos, cabível será o mandado de segurança. A autoridade estará *admitindo*, e não confessando, os fatos. Sabe-se que a admissão difere da confissão. Enquanto nesta se reconhece como verdadeiro um fato que lhe é contrário, na admissão reconhece-se como verdadeiro um fato que serve de pressuposto para a própria defesa, passando a ser incontroverso nos autos. Admitido, nas informações da autoridade, o fato não provado pelo impetrante, surge a incontrovérsia, revelando-se presente a liquidez e certeza, apta a permitir o manejo do *writ*.

O ideal, naturalmente, seria um exame mais atento dos documentos durante o juízo de admissibilidade inicial, para evitar retardamentos posteriores. Mas em situações nas quais isso não foi possível, o entendimento acima retratado favorece a efetividade processual, pois evita que a ausência de um simples documento ocasione protelações desnecessárias para a sua juntada extemporânea (para quem assim entende) ou mesmo a adoção da orientação (perfilhada por respeitável doutrina⁴²⁰) no sentido de que a denegação da segurança por *não ser provado o fato alegado* (e não por ser necessário *outro tipo de prova*, como a pericial e a testemunhal), produz coisa julgada material.

3.11.5 Intempestividade ou não-apresentação: revelia?

Um aspecto não muito bem equacionado na doutrina atual do mandado de segurança diz respeito à questão da revelia.

Em primeiro plano, não se pode confundir a *revelia* com a efetiva incidência dos seus *efeitos* no caso concreto.

⁴²⁰ CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A fazenda pública em juízo**. 5. ed. São Paulo : Dialética, 2007. p. 431.

Considerando-se que as informações têm natureza de *contestação*, ocorre *revelia* quando não são apresentadas, ou, quando apresentadas, o são intempestivamente.

O que acontece, na verdade – e isso precisa ficar bem claro – é que não incidem os *efeitos da revelia*, quais sejam, a presunção de veracidade dos fatos afirmados pelo autor e a desnecessidade de o revel ser intimado dos atos processuais subseqüentes.

Há duas razões para que os *efeitos da revelia* não incidam: **a)** cabe ao impetrante o ônus de demonstrar documentalmente (mediante prova pré-constituída) as suas afirmações de fato, capazes de demonstrar a liquidez e certeza do direito invocado; **b)** o direito material veiculado no *mandamus* é indisponível por qualquer das partes, aplicando-se ao caso o inc. II do art. 320 do CPC.⁴²¹

3.11.6 Argüição de preliminares e juntada de documentos: conseqüências

Suponha-se que, ao apresentar suas informações no bojo do mandado de segurança, a autoridade coatora junte inúmeros documentos relevantes para o julgamento da causa. A despeito da ausência de previsão na Lei nº 1.533/51, deve ser deferido prazo para a manifestação da parte contrária?

A despeito da existência de respeitável orientação em sentido diverso⁴²², entende-se que nesse caso deve ser observado o princípio do contraditório, que decorre da própria idéia de um modelo constitucional de processo.

⁴²¹ BUENO, Cássio Scarpinella. **Mandado de segurança**: comentários às leis n. 1.533/51, 4.348/64 e 5.021/66. 3. ed. São Paulo : Saraiva, 2007. p. 78.

⁴²² SANTOS, Ernane Fidélis dos. **Manual de direito processual civil**, volume 3 : procedimentos especiais codificados e da legislação esparsa, jurisdição contenciosa e jurisdição voluntária. 10 ed. São Paulo : Saraiva, 2006. p. 231.

Não diverge de tal orientação o doutrinador SÉRGIO FERRAZ, para quem “juntados que sejam documentos às informações, os imperativos constitucionais do contraditório, da ampla defesa e da isonomia determinarão necessariamente a oitiva do impetrante”.⁴²³

Nesse pormenor, não se pode pretender que uma simples lei ordinária (como ocorre com a n° 1.533/51) suplante um postulado de envergadura constitucional, como ocorre com o princípio do contraditório, previsto no inc. LV do art. 5° da Carta Magna. Por tal razão, o impetrante deve ser intimado para se manifestar sobre os documentos e, se for o caso, acostar aos autos a sua contraprova.

Cumprido, entretanto, fazer uma advertência: não é todo e qualquer documento juntado aos autos que impõe a obediência ao art. 5°, inc. LV, da CF/88. Isso somente deve ocorrer se a documentação for *relevante*, isto é, ela deve ter, ao menos em tese, a aptidão de influir no julgamento.

Se a autoridade coatora se limitar a juntar cópias de decisões judiciais e julgados (que dizem respeito à interpretação do direito oferecida pelos juízos e tribunais, e não a elementos probatórios!) ou os mesmos documentos que já acompanharam a petição inicial, não há necessidade de colher a manifestação do impetrante.

Destarte, se o documento acostado não se mostra apto a influenciar a prolação da decisão impugnada, a circunstância de não se oportunizar a manifestação da parte contrária não gera nulidade do julgado. Neste sentido, inclusive, aponta a jurisprudência do STJ.⁴²⁴

A segunda pergunta, que também desperta intenso interesse teórico e prático, diz respeito à necessidade de observância do contraditório quando são argüidas matérias preliminares no bojo das informações.

⁴²³ FERRAZ, Sérgio. **Mandado de segurança**. São Paulo : Malheiros Editores, 2006. p. 125.

⁴²⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo n° 41813. Relator: Ministro Waldemar Zveiter. 3ª Turma. j. 26/10/1993, DJU 05/11/1993.

Acerca do assunto, há acirrada divergência doutrinária.

ARLETE INÊS AURELLI⁴²⁵, por exemplo, defende que não há oportunidade para o impetrante manifestar-se sobre as questões preliminares ou fatos extintivos, modificativos argüidos nas informações, a não ser que a autoridade junte novos documentos com a referida peça.

Não partilha de tal entendimento, entretanto, ADA PELLEGRINI GRINOVER⁴²⁶, como demonstra o trecho abaixo:

A lei não prevê oportunidade processual para o impetrante manifestar-se sobre preliminares e eventuais documentos juntados com a defesa. Divide-se a doutrina a respeito, mas o certo é que, nesse caso, se dê vista ao impetrante para manifestação, observando-se assim o princípio do contraditório: por mais célere que se queira o rito, não pode ele contrariar garantias constitucionais.

Defende-se aqui que, dependendo das matérias articuladas na peça da autoridade, em respeito ao princípio do contraditório o impetrante deve ser ouvido.

Utiliza-se, como base de sustentação das idéias sobre o contraditório defendidas neste trabalho, a doutrina de CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA, segundo o qual:

O princípio deve ter por conteúdo também a oportunidade concedida às partes para se manifestarem, em prazo razoável, sobre todas as questões de fato e de direito essenciais para a decisão da causa, pouco importando que seu exame decorra de decisão voluntária do órgão judicial, ou por imposição da regra *iura novit curia*.⁴²⁷

A prática judiciária demonstra que quanto maior a quantidade de informações e provas disponíveis nos autos, maior é a chance de acerto no momento da prolação da decisão

⁴²⁵ AURELLI, Arlete Inês. **O juízo de admissibilidade na ação de mandado de segurança**. São Paulo : Malheiros Editores, 2006. p. 48.

⁴²⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. Mandado de segurança contra ato jurisdicional penal. In: GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Mandado de Segurança**. Belo Horizonte : Del Rey, 1996. p. 30.

⁴²⁷ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. O juiz e o princípio do contraditório. **Revista de processo** 73:12. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, janeiro-março de 1994.

judicial. Neste particular, certamente, o que abunda não prejudica (*quod abundat non nocet*).

A carência de informações, por outro lado, pode conduzir a equívocos do julgador, isto é, a falsas percepções da realidade.

Para ilustrar o que foi dito acima, um exemplo pode ser de grande valia. Imagine-se o caso do candidato impedido de prosseguir no concurso público no qual foi aprovado porque a “nota de corte” estabelecida no edital carecia de respaldo legal. Impetrado o *mandamus* e deferida a liminar autorizando o impetrante a participar da segunda fase, a Administração, em suas informações, argúi a perda superveniente do interesse processual, pois o candidato foi reprovado na etapa posterior. Neste caso, seria necessário ouvir o Postulante?

Defende-se, aqui, que sim. Na situação em apreço, ao exercitar o contraditório, o candidato poderá alegar, por exemplo, que: **i)** a segunda reprovação também foi atacada por mandado de segurança, porque o conteúdo de algumas questões exigidas não estava previsto no edital do certame; **ii)** a reprovação simplesmente não ocorreu.

As alegações acima afastariam o reconhecimento da perda superveniente do interesse processual, o que demonstra a importância da dialética em tais situações. Se o juiz, movido pela falta de previsão da Lei nº 1.533/51, ficasse limitado à versão do impetrado, a sentença não apreciaria o mérito da demanda, e, o que é pior, poderia comprometer as chances de êxito do concursando.

Na praxe forense, entretanto, boa parte dos magistrados, baseados na malfadada presunção “*juris tantum*” de veracidade das informações, dispensam o contraditório, provocando ofensas gravíssimas (e muitas vezes irreversíveis) aos direitos dos impetrantes.

Principalmente nos casos de concursos públicos, todo cuidado é pouco na apreciação dos *writs*. Não são raros os casos nos quais a Autoridade, “decalcando” e “copiando” informações prestadas em outros casos não necessariamente idênticos, por lapso acaba por se afastar da verdade, veiculando informações que não condizem com a realidade. Também não são difíceis de serem encontradas situações nas quais o impetrado litiga de má-fé, alterando de forma escancarada a verdade dos fatos.

Daí o acerto da frase do Professor CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA, segundo o qual:

O monólogo consigo mesmo limita necessariamente a perspectiva do observador, enquanto o diálogo, em compensação, recomendado pelo método dialético, amplia o quadro de análise, constrange à comparação, atenua o perigo de opiniões preconcebidas e favorece a formação de um juízo mais aberto e ponderado.⁴²⁸

A questão que se coloca, para fins de análise, é a seguinte: seria possível compatibilizar a orientação supracitada (baseada na observância do contraditório e da ampla defesa) com o princípio da efetividade processual? A resposta é oferecida por DELOSMAR MENDONÇA JÚNIOR:

A dificuldade dessa visão seria a conciliação com o princípio da efetividade, podendo se ponderar que criaria uma nova fase de alegações não prevista no procedimento, tumultuando o andamento processual e desconsiderando a celeridade. Pode-se dizer também que é “paternalismo judicial” impraticável com as necessidades de andamento da máquina judiciária e com a liberdade das partes.

Entendemos que é possível a conciliação de efetividade e contraditório pleno também neste aspecto. Abrir *vistas* às partes, por prazo de 48 horas, para se pronunciar sobre aspecto novo verificado não cerceia a efetividade e concretiza a amplitude de defesa. É possível a manifestação das partes [...]. São atitudes novas que merecem discussão.

É certo que, em boa parte dos casos, as informações não se fazem acompanhar de documentos e se limitam a discutir apenas a matéria de mérito, ou seja, restringem-se a defender a legalidade do ato praticado. Nessas situações, por razões óbvias, não haveria necessidade de se promover o contraditório.

⁴²⁸ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. O juiz e o princípio do contraditório. **Revista de processo** 73:10. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, janeiro-março de 1994.

3.11.7 Oferecimento de informações e de contestação?

Alguns autores estão sustentando, com base no art. 3º da Lei nº 4.348/64 – com redação atribuída pela Lei nº 10.910/04 – que além das informações oferecidas pela autoridade, também seria possível a apresentação de contestação pela pessoa jurídica à qual ela se encontra vinculada, dentro do prazo de 15 (quinze) dias.

Antes de tecer outras considerações, cumpre transcrever o artigo que vem provocando as discussões doutrinárias, cujo teor é o seguinte:

Art. 3º. Os representantes judiciais da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios ou de suas respectivas autarquias e fundações serão intimados pessoalmente pelo juiz, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, das decisões judiciais em que suas autoridades administrativas figurem como coatoras, com a entrega de cópias dos documentos nelas mencionados, para eventual suspensão da decisão e defesa do ato apontado como ilegal ou abusivo de poder.

Em que pese o respeito da posição supracitada, ousa-se dela discordar, pelas seguintes razões: **a)** porque haverá um *bis in idem* apto a comprometer a celeridade processual, na medida em que as informações possuem natureza de contestação e já veiculam a defesa do ato impugnado; **b)** como a autoridade não detém capacidade postulatória, os procuradores já confeccionam as informações e as assinam, colhendo, também, a assinatura da autoridade; **c)** a expressão “defesa do ato apontado” não se refere ao oferecimento de contestação apartada, mas sim ao uso dos remédios jurídicos cabíveis (como a suspensão de segurança e os recursos) e também à apresentação das informações – que já consubstanciam a defesa da Administração; **d)** para evitar as constantes perdas de prazo, ocorridas quando as autoridades não contatavam as procuradorias a tempo, ou, quando o faziam, o prazo já estava em vias de se expirar, a lei (lamentavelmente) partiu da premissa da *ineficiência* administrativa, valendo-se da nova disciplina para forçar a intimação *pessoal* dos advogados públicos de quaisquer

decisões proferidas ao longo de todo o processamento do mandado de segurança⁴²⁹; **e)** a intimação serve, inclusive, para que os procuradores possam efetuar a fiscalização dos prazos; **f)** enfim, a interpretação literal defendida vai de encontro à economia e celeridade processuais, que são as marcas registradas do mandado de segurança.

3.11.8 Informações não assinadas

Em tempos de *instrumentalismo processual*, ainda se vê, com certa freqüência, decisões não admitindo as informações por falta de assinatura do procurador ou mesmo da própria autoridade coatora.

A questão é no mínimo curiosa, porque, no STJ, já se decidiu que, nas instâncias ordinárias, a ausência de assinatura na petição inicial é um vício sanável.⁴³⁰

Ora! Não só por uma questão de coerência, mas também por respeito à *isonomia processual*, nada mais natural do que permitir, também à autoridade ou mesmo ao procurador, sanar o vício no caso das informações. Afinal de contas, se é possível para *um*, também deve ser para o *outro*.

Não destoaria de tal orientação o Colendo STJ, segundo o qual “a falta de assinatura de advogado na contestação é irregularidade corrigível, sem importar em inexistência da peça de resposta”.⁴³¹

3.12 A PROVA NO MANDADO DE SEGURANÇA

⁴²⁹ BUENO, Cássio Scarpinella. **Mandado de segurança**: comentários às leis n. 1.533/51, 4.348/64 e 5.021/66. 3. ed. São Paulo : Saraiva, 2007. p. 228.

⁴³⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 652.641. Relator: Ministro Luiz Fux. 1ª Turma. j. 01/12/2004, DJU 28/02/2005.

⁴³¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 33.081. Relator: Ministro Dias Trindade. 4ª Turma. j. 08/11/1993, DJU 13/12/1993.

3.12.1 O direito constitucional à prova e o mandado de segurança: uma análise sob o prisma da efetividade

Numa incursão pela doutrina brasileira, é possível encontrar autores que sustentam a existência de um direito constitucional à prova no processo civil.

De acordo com EDUARDO CAMBI, por exemplo, o direito à prova, além de estar compreendido na garantia do acesso à ordem jurídica justa (art. 5º, XXXV, da CF), é um direito público subjetivo.⁴³²

A discussão sobre a existência de um direito constitucional à prova é importante para a análise do mandado de segurança, pois muitos autores extraem as limitações probatórias no bojo deste do próprio texto constitucional, especificamente do inc. LXIX do art. 5º da Carta Maior.

Por entenderem que o “direito líquido e certo” (*rectius*: fato líquido e certo) deve vir cabalmente demonstrado desde o ajuizamento, repudiam, mesmo em casos excepcionais, a juntada posterior de documentos, seja a que título for.

Tal entendimento, com a devida *venia*, não parece ser o melhor, porque, nas palavras de EDUARDO CAMBI,

o reconhecimento de um direito constitucional à prova, no processo civil, implica a impossibilidade da criação de obstáculos legislativos irracionais que tornem praticamente impossível ou extremamente difícil valer-se das provas

⁴³² CAMBI, Eduardo. **Direito constitucional à prova no processo civil**. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 190.

necessárias para a demonstração dos fatos que integram o *thema decidendum*.⁴³³

Como bem pondera o mesmo autor, “a validade das limitações probatórias encontra a sua justificação no princípio da proporcionalidade, cuja finalidade é harmonizar os diversos direitos, bens ou valores constitucionalmente reconhecidos”.⁴³⁴

Com efeito, as posições radicais sobre a prova no *mandamus* devem ser evitadas, até porque a própria Lei nº 1.533/51 traz exceções à regra da juntada da prova com a petição inicial, como se pode notar, por exemplo, nos casos de documento em poder da autoridade (art. 6º, parágrafo único) e no *mandamus* impetrado por telegrama ou radiograma (art. 4º).

Não se está preconizando, aqui, a descaracterização do *mandamus*, com a produção de prova pericial ou testemunhal no curso do seu procedimento. Não! Apenas se defende que, em alguns casos excepcionais, seja admitida a juntada de prova documental durante o trâmite processual, desde que observadas, obviamente, outras garantias processuais fundamentais, como a do contraditório.

A idéia aqui sustentada, portanto, é a de se outorgar às partes, dentro dos limites documentais exigidos no mandado de segurança, um direito à prova sob o enfoque da efetividade, o qual, sempre que possível, deverá conduzir a uma solução no plano do mérito. Nesse contexto, também são realçados os poderes instrutórios do juiz, que deve estar preocupado também com a pacificação social propiciada pela via do processo.

Assim, pode-se concluir com EDUARDO CAMBI que:

O direito à prova pode ser sacrificado somente se outro valor considerado mais relevante justifique a sua restrição; caso contrário, a lei processual deve

⁴³³ CAMBI, Eduardo. **Direito constitucional à prova no processo civil**. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 170.

⁴³⁴ Idem, *ibidem*.

prestigiar a máxima eficácia do direito fundamental à prova, sob pena de violação da Constituição [...].⁴³⁵

Assim, no caso da juntada de documento efetuada *a posteriori*, em cada caso concreto o julgador deverá efetuar um juízo de ponderação, para aferir se é justificável o sacrifício da duração razoável do processo em prol do ganho de efetividade processual que o elemento probatório pode trazer.

3.12.2 “Prova documental pré-constituída”: entendendo a expressão

Costuma-se dizer que a prova, no mandado de segurança, deve ser sempre “documental e pré-constituída”. Mas, afinal de contas, o que significa isso?

Cumpra diferenciar, em primeiro plano, “documento” de “prova documental”.

Consoante a lição doutrinária, *documento* é toda representação de um fato ou de um ato, que poderá ser feita com o aproveitamento do papel (uma escritura pública, uma fotografia), mas também, embora excepcionalmente, de outros materiais, como madeira, metal, plástico etc.⁴³⁶

Com efeito, tanto pode ser considerado documento o quadro “*Guernica*” (pintado por Picasso para retratar a guerra civil espanhola), como também uma fita de VHS ou o DVD que contém uma gravação áudio-visual, um CD-Rom etc.

⁴³⁵ CAMBI, Eduardo. **Direito constitucional à prova no processo civil**. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 188.

⁴³⁶ LOPES, João Batista. **A prova no direito processual civil**. 2. ed. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 112.

Como nem todo documento pode ser inserido no processo por *meio* da prova documental (imagine-se, por exemplo, a difícil tarefa de juntar a tela acima mencionada aos autos), a doutrina distingue “documento” de “prova documental”.

De acordo com BARBOSA MOREIRA, o *documento* é a fonte de prova, pois é de onde se pode extrair a informação acerca do fato ou do ato nele representado. A prova documental, por outro lado, é o veículo por meio do qual essa fonte vai ser levada ao processo para análise judicial, ou seja, é a ponte entre o fato e a mente do juiz⁴³⁷.

Feito esse primeiro esclarecimento, cumpre distinguir, em segundo plano, as provas pré-constituídas das provas constituídas. Trata-se de uma dicotomia que leva em consideração a *modalidade de introdução* e a *formação da prova no processo*.⁴³⁸

As provas *pré-constituídas*, como a própria designação sugere, são aquelas formadas antes do início do processo, enquanto as provas *constituídas* são aquelas que se formam no curso do processo.⁴³⁹

Quanto à modalidade de introdução, as provas pré-constituídas podem ser consideradas provas de tipo documental e as provas constituídas, de tipo oral.⁴⁴⁰

No bojo do presente trabalho defende-se que a prova pré-constituída que eventualmente não foi juntada com a inicial poderá sê-lo *a posteriori*, mas desde que observada a garantia do contraditório.

3.12.3 O momento de juntada da prova documental

⁴³⁷ Apud DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil: direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada**, vol. 2. Salvador : Editora Juspodivm, 2007. p. 101.

⁴³⁸ Idem, ibidem, p. 152.

⁴³⁹ Idem, ibidem, p. 152-153.

⁴⁴⁰ Idem, ibidem, p. 153.

Numa apreciação conjunta do art. 6º da Lei nº 1.533 /51 e dos arts. 282 e 283 do CPC – correspondentes aos arts. 158 e 159 do Código de Processo de 1939 –, extrai-se que, normalmente, os documentos devem acompanhar a petição inicial do mandado de segurança. Essa é a regra.

Há casos, entretanto, nos quais não é possível juntar os documentos no momento do ajuizamento. É o que ocorre, por exemplo, nos seguintes casos previstos na Lei nº 1.533/51: **a)** quando o documento necessário à prova do alegado se achar em repartição ou estabelecimento público, ou em poder de autoridade que recusa fornecê-lo por certidão (Parágrafo único do art. 6º); **b)** impetração por telegrama ou radiograma (art. 4º), pela própria impossibilidade física de carrear os documentos.

Embora a jurisprudência aponte no sentido da impossibilidade de dilação probatória no *mandamus*, em situações excepcionais os Tribunais vêm admitindo a juntada de documentos *a posteriori*. É o que ocorre, por exemplo, nas situações em que é negado ao impetrante o fornecimento do documento ou quando ele não dispõe deste no momento da propositura do mandado de segurança.⁴⁴¹

Se no procedimento comum é admitida a juntada posterior da prova, desde que respeitado o ditame do art. 398 do CPC, por que não admitir tal medida também no *writ*, em situações excepcionais?

O STJ, em Recurso Especial no qual se discutia exatamente a aplicação do art. 398 no caso de documento juntado no curso do *mandamus*, parece ter acenado favoravelmente à juntada, mas desde que respeitado o princípio do contraditório.⁴⁴²

3.12.4 Prova documental ou prova documentada?

⁴⁴¹BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 132649. 1ª Turma. Relator: Ministro Francisco Falcão. J. 27/04/2004, DJU 24/05/2004.

⁴⁴²BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 264.660. 2ª Turma. Relator: Ministro Franciulli Netto. J. 04/09/2003, DJU 03/11/2003.

Não podem ser confundidas as noções de prova documental e prova documentada.

Isso porque, de forma geral, nem todos os documentos juntados aos autos possuem natureza de “prova documental”. É o que ocorre, por exemplo, com o depoimento testemunhal reduzido a termo ou mesmo com a prova pericial cujas conclusões são cristalizadas num laudo. Nessas hipóteses, costuma-se dizer que a prova é *documentada* (e não *documental*), porque embora estejam materializadas em documentos, nem por isso perdem a sua essência de provas testemunhais e periciais para se tornarem documentais.

Tal diferença, que à primeira vista pode parecer cerebrina, possui importantes aspectos práticos no mandado de segurança. Isso porque, de acordo com CLAYTON MARANHÃO:

[...] prova documental não se confunde com prova documentada. Portanto, em linha de princípio, é de ter como ilícita a prova pericial formada extrajudicialmente e anexada à petição inicial, *para fins de concessão de mandado de segurança*, pois o modo de produção é, além de atípico, carecedor do contraditório, à vista da cognição parcial e da celeridade atinente ao procedimento, ofendendo o art. 6º da LMS e o art. 5º, LV e LVI, da Constituição Federal. Mas que fique bem claro: dito entendimento circunscreve-se ao procedimento documental diferenciado do mandado de segurança, à vista da cognição *secundum eventum probationis* que lhe é peculiar, posto que no procedimento comum a prova pericial pré-constituída é admitida e, portanto, lícita [...].⁴⁴³

O STJ, diga-se de passagem, parece comungar do mesmo pensamento. Ao apreciar recurso ordinário em mandado de segurança no qual o impetrante, que supostamente explorava “jogos de azar”, pretendeu demonstrar a licitude de sua atividade econômica juntando laudos de perícia realizada em máquinas de terceiros, o Tribunal da Cidadania assentou o seguinte:

⁴⁴³ MARANHÃO, Clayton. In: FARIAS, Cristiano Chaves; DIDIER JR., Fredie (Coords.). **Procedimentos especiais cíveis**: legislação extravagante. São Paulo : Editora Saraiva, 2003. p. 152-153.

[...] Em se tratando de Mandado de Segurança, de sabença que a prova tem que ser pré-constituída, sob pena de extinção do processo. Impende, ainda, ressaltar que o impetrante pretendeu demonstrar a licitude de sua exploração econômica com laudos de máquinas de terceiros numa revelação inequívoca de que o seu equipamento não fora periciado. Ora, não se pode pretender, na via mandamental comprovar o seu direito líquido e certo com prova emprestada não sujeita ao contraditório entre as partes litigantes.
444

Percebe-se, portanto, que o principal óbice enxergado pelo referido processualista e pelo STJ para a aceitação da prova documentada no *mandamus* reside no desrespeito ao contraditório. Ao que tudo indica, partilha do mesmo entendimento o doutrinador EDUARDO CAMBI⁴⁴⁵:

Como o processo é caracterizado pelo método dialético ou pelo debate entre as partes e o juiz, o procedimento probatório é uma manifestação do contraditório. Não se admite, assim, que uma parte produza uma prova sem a possibilidade da fiscalização da parte adversária e do juiz. O contraditório é uma garantia de que a parte que eventualmente possa ser prejudicada com a produção da prova deve ter oportunidade de fiscalizar a atividade probatória desenvolvida pelo adversário ou pelo magistrado. O contraditório deve, pois, realizar-se antes, durante e depois da produção da prova, segundo as formas previstas no procedimento legal. A prova produzida sem o contraditório é ineficaz, devendo ser considerada nula, mesmo que não haja previsão expressa.

Diante de tais escólios, surge uma indagação: poderia o mandado de segurança estar escorado em prova colhida no âmbito de justificação judicial (art. 861 do CPC) em que a parte contrária foi citada e participou ativamente da colheita da prova testemunhal?

Embora nesse caso a prova colhida seja “documentada” (e não “documental”), não há dúvida de que o contraditório foi respeitado durante a produção da prova. Por isso, muitos juízes federais aceitam o *mandamus* instruído com os autos de justificação judicial acompanhados de outras provas, principalmente nos casos envolvendo benefícios previdenciários pagos pelo INSS à(o) companheira(o). O Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por exemplo, já se pronunciou no sentido de que “é admissível,

⁴⁴⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n° 14.454. 1ª Turma. Relator: Ministro Luiz Fux. J. 06/08/2002, DJU 23/09/2002.

⁴⁴⁵ CAMBI, Eduardo. **Direito constitucional à prova no processo civil**. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 188.

como prova pré-constituída em mandado de segurança, justificação judicial, máxime quando, no caso dos autos, a prova do concubinato vem reforçada por outros documentos”.⁴⁴⁶

Não diverge de tal idéia o doutrinador (e juiz federal) MAURO LUÍS ROCHA LOPES:

[...] É possível, por exemplo, à pessoa que vê negado pelo INSS seu pedido de pensão previdenciária instituída por companheiro(a), a impetração de mandado de segurança visando a concessão judicial do benefício, bastando que instrua a petição inicial do *mandamus* com robustos elementos de convicção (autos de justificação judicial com termos de depoimento de testemunhas, documentos indicando a coabitação e a existência de prole comum etc.) a dispensar a produção de outras provas no curso do processo.⁴⁴⁷

O STJ, insta frisar, não vem admitindo a utilização *isolada* da prova produzida em justificação judicial no âmbito do *mandamus*, razão pela qual exige, outrossim, a existência de razoável prova material.⁴⁴⁸

Diante de tal panorama, a prova documentada até pode vir a ser aceita no *mandamus*, mas desde que seja respeitado o contraditório no momento da sua produção e não venha a cercear o direito de defesa da parte contrária, tendo em vista as limitações de dilação probatória no procedimento do remédio heróico.

3.12.5 Poderes instrutórios do juiz no mandado de segurança

Se no âmbito do procedimento comum é mais usual encontrar juízes valendo-se dos poderes instrutórios que lhes são oferecidos pelo art. 130 do CPC, no âmbito do procedimento especial do mandado de segurança isso ainda é uma raridade.

⁴⁴⁶ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Apelação e Remessa Oficial no Mandado de Segurança nº 73875. 3ª Turma. Relator: Desembargador Federal Rivalvo Costa. DJU 18/12/2003.

⁴⁴⁷ LOPES, Mauro Luís Rocha. **Mandado de segurança**: doutrina, jurisprudência, legislação. 2. ed., Niterói : Editora Impetus, 2007. p. 8.

⁴⁴⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 9.200. 6ª Turma. Relator: Ministro Paulo Gallotti. J. 13/11/2001, DJU 02/12/2002.

Lamentavelmente, ainda prevalece o mito de que no mandado de segurança o magistrado deve permanecer como se fora um simples espectador, com pouca ou nenhuma preocupação com a instrução processual. Pensa-se, destarte, que a exigência de demonstração do “direito líquido e certo” juntamente com a inicial funcionaria como um passaporte para a acomodação e para a inércia.

Ledo engano! Seja no mandado de segurança, seja em qualquer outro procedimento, o processo brasileiro se desenvolve por impulso do juiz (art. 263 do CPC), a quem confere poderes de iniciativa probatória em tema de prova (art. 130 do CPC).

Com efeito, a partir do momento em que a Constituição abarca o princípio da efetividade, é verdadeiro dever do juiz comportar-se com dinamismo, independentemente do procedimento. Não se lhe pede que realize pela parte a prova, mas seguramente que envide todos os esforços para que o litígio se resolva segundo o alegado e provado, lançando mão dos meios que lhe oferece o direito positivo para remediar a prova insuficiente, ou mesmo inexistente, antes de abrigar-se sob a regra do art. 333 do CPC.

Acerca do assunto, o STJ já decidiu que “a iniciativa probatória do magistrado, em busca da verdade real, com realização de provas de ofício, é amplíssima, porque é feita no interesse público de efetividade da justiça.”⁴⁴⁹

No âmbito da própria Lei nº 1.533/51, insta frisar, o Parágrafo único do art. 6º já outorga ao Magistrado poderes para requisitar documentos que estejam em poder da autoridade ou em repartição ou estabelecimento público. Ocorre, entretanto, que o intérprete continua interpretando o preceptivo em questão como se a sociedade brasileira estivesse na década de 1950, desprezando as mudanças ocorridas no ordenamento a partir de então.

⁴⁴⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 738576. 3ª Turma. Relatora: Ministra Nancy Andriahi. J. 18/08/2005, DJU 12/09/2005.

Não se está falando, aqui, apenas do art. 130 do CPC. O art. 399 do mesmo diploma, por exemplo, atribui ao juiz o poder de requisitar às repartições públicas em *qualquer tempo e grau de jurisdição*: **i)** as certidões necessárias à prova das alegações das partes; **ii)** os procedimentos administrativos nas causas e que forem interessadas a União, o Estado, o Município, ou as respectivas entidades da administração indireta.

Percebe-se, portanto, que a limitada exegese – verdadeira *interpretação retrospectiva!* – oferecida até os dias de hoje ao Parágrafo único do art. 6º da Lei nº 1.533/51 não se afina com as modificações ocorridas no plano normativo, quer na Constituição (que prevê a efetividade como princípio implícito), quer no próprio Código de Processo Civil.

Os autores que se ocupam do estudo do mandado de segurança, aos poucos, estão sendo sensibilizados pelo aspecto ora focalizado. Corrobora tal assertiva a doutrina de THALES MORAIS DA COSTA:

Uma terceira hipótese semelhante às anteriores é a que terá lugar no caso de o Magistrado, ao entender imprescindível para o julgamento da ação o esclarecimento ou a prova de determinado fato, solicitar à repartição pública competente que proceda a juntada de uma certidão ou de um documento de modo a permitir a formação de seu convencimento. Também parece ser admissível tal hipótese, ainda que não prevista na Lei 1.533, em vista do art. 399 do CPC e também do princípio do livre convencimento motivado [sic] que rege o processo civil brasileiro (art. 130 do CPC).⁴⁵⁰

Defende-se aqui, portanto, uma *interpretação evolutiva* do Parágrafo único do art. 6º da Lei nº 1.533/51, a fim de que ele possa ser utilizada para que o magistrado não tenha limitações temporais para requisitar os documentos necessários ao julgamento da lide. Ora, se em outros procedimentos isso é feito de forma rotineira (desde que respeitado, obviamente, o contraditório), por que não fazer o mesmo no procedimento do *mandamus*?

⁴⁵⁰ COSTA, Thales Morais da. Notas sobre o contraditório em mandado de segurança. In: BUENO, Cássio Scarpinella; ALVIM, Eduardo Arruda; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). In: **Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança**: 51 anos depois. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 824.

Nesse aspecto, cumpre ter em mente o que foi dito no tópico 1.4 deste trabalho sobre a diferença entre *texto* e *norma*, porque a interpretação jurídica é suscetível de evolução e modificação de acordo com as circunstâncias de cada época. É a própria norma jurídica (=significado) que pode alterar-se com o passar do tempo, ainda que nenhuma alteração *formal* aconteça no seu texto. Dito de outro modo, a *norma* pode passar a ser outra – com um distinto *conteúdo material*, portanto – ainda que a sua forma permaneça inalterada. Exemplo disso ocorreu com a famosa “doutrina brasileira do *habeas corpus*”, que estendeu a admissibilidade dessa ação para outros casos de ilegalidade e abuso de poder não ligados estritamente à liberdade de locomoção, na época em que a ordem jurídica pátria ainda não dispunha da garantia específica do mandado de segurança.

Por isso, não se pode esquecer que a interpretação espelha o nível de conhecimento e a realidade de cada época, não sendo razoável que o *mandamus* – considerado remédio constitucional reforçado e potenciado! – continue recebendo, em termos de efetividade processual, um tratamento menos benéfico do que o dispensado a outros procedimentos.

Diante desse novo panorama, não mais se justifica a conduta acomodada de se denegar a segurança (ou mesmo de se invocar inadvertidamente o art. 333 do CPC), em situações simples vivenciadas no cotidiano – passíveis de regularização, muitas vezes, com a simples intimação da parte ou mesmo com a expedição de um ofício requisitório às repartições públicas. Entre os casos mais comuns encontrados no cotidiano forense podem ser citados os seguintes: **i)** as fotocópias colacionadas pelo impetrante estão ilegíveis (irregularidade sanável com a intimação da parte para juntar outras, desta vez legíveis); **ii)** ausência de juntada aos autos de cópia do processo administrativo ou mesmo de outro documento passível de requisição pelo magistrado.

Neste particular, não há dúvida de que a atividade instrutória por parte do magistrado pode diminuir os casos nos quais seja necessário recorrer às normas de distribuição do ônus probatório catalogadas no art. 333 do CPC.

Com efeito, se além das partes, também o juiz desenvolve esforços para obtenção da prova, maior a possibilidade de esclarecimento dos fatos no bojo do próprio mandado de segurança, sem falar do aumento da probabilidade de um julgamento correto e, sobretudo, mais justo.

Por isso, afinam-se perfeitamente com as matrizes principiológicas do *writ* e com as tendências publicistas do direito processual não só o aumento dos poderes do juiz na direção do processo, mas também uma maior amplitude na colheita do material probatório documental. Nesse sentido, remete-se o leitor ao item 2.8.6 deste trabalho, no qual foram feitas digressões alentadas sobre o (sub)princípio inquisitivo.

3.12.6 A prova da recusa da autoridade coatora como requisito para a aplicação do Parágrafo único do art. 6º da Lei nº 1.533/51: críticas

É lamentável ter que admitir isso, mas, em pleno século XXI, são corriqueiras algumas condutas abomináveis no seio da Administração Pública, entre as quais a recusa de fornecimento de documentos, com o intuito manifesto de deixar o administrado carente de provas da ilegalidade sofrida para dificultar o seu acesso ao Judiciário e a uma tutela jurisdicional adequada.

A despeito dessa triste realidade, muitos tribunais vêm exigindo também a *prova da recusa dos documentos* para poder aplicar o Parágrafo único do art. 6º da Lei nº 1.533/51, entendimento este que sem dúvida alguma vem comprometendo a efetividade processual.

Tal exegese, entretanto, não parece ser a mais afeita à idéia de acesso à ordem jurídica justa, quer porque o dispositivo supracitado (isto é, o Parágrafo único do art. 6º da Lei nº 1.533/51) não traz tal limitação, quer porque os arts. 355 e 399 do CPC – cujas disposições são bastante semelhantes – também não impõem tal exigência.

Ademais, como não há uma norma jurídica particular para regular esta situação específica da prova relativa à recusa em si, não pode ser sumariamente descartada a utilização do art. 335 do CPC, segundo o qual em falta de normas jurídicas particulares, o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e ainda as regras da experiência técnica, ressalvado, quanto a esta, o exame pericial.

Principalmente nos juízos da Fazenda Pública, são tão comuns os mandados de segurança em algumas situações que os magistrados até já conhecem as autoridades renitentes, que insistem em não fornecer os documentos requeridos pelas partes. É óbvio que essa base vivencial não pode ser desprezada também no âmbito do *mandamus*.

Acerca do tema, merecem destaque as palavras de MACHADO SEGUNDO:

[...] O juiz deve, em momentos assim, como dito, utilizar seu senso de razoabilidade, e do que geralmente ocorre segundo sua experiência. Um cidadão não contrataria um advogado e promoveria uma ação judicial apenas por diletantismo, quando nenhuma dificuldade fosse oferecida pela autoridade.
451

3.12.7 A distribuição do ônus probatório no mandado de segurança

⁴⁵¹ MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Processo tributário**. São Paulo : Atlas, 2004. p. 329.

Consoante doutrina clássica de CELSO AGRÍCOLA BARBI⁴⁵²:

[...] os princípios estabelecidos no art. 333 do Código de Processo Civil, para a distribuição do ônus da prova aplicam-se em sua plenitude ao mandado de segurança, pois as limitações necessárias ao instituto são apenas as já enumeradas, relativas aos “meios” de prova e ao “tempo” de sua produção.

Não discorda de tal posicionamento a doutrinadora ADA PELLEGRINI GRINOVER, segundo a qual “encontram plena aplicação ao mandado de segurança os princípios estabelecidos no art. 333 do CPC para a distribuição do ônus da prova”.⁴⁵³

Na prática forense, muitas vezes, nota-se uma certa confusão entre a distribuição do ônus da prova e os poderes de iniciativa do juiz na produção da prova. Explica-se.

As regras relativas à distribuição do ônus probatório não implicam limite estabelecido pelo legislador aos poderes do juiz na produção da prova. A rigor, como se revestem da natureza de *regras de julgamento*, devem ser levadas em conta pelo magistrado apenas no momento de decidir, ocasião na qual o não-atendimento ao preceituado no art. 333 do CPC pelas partes acarretará o descumprimento de ônus processual, gerando, por conseguinte, sanção da mesma natureza, consistente numa decisão desfavorável.

Não tem fundamento, portanto, a tentativa de vincular os poderes instrutórios do juiz e a distribuição do ônus da prova, pois são questões diversas e que exigem enfrentamento em momentos procedimentais próprios. Os primeiros, insta frisar, devem ser desenvolvidos antes da conclusão dos autos para o pronunciamento final; a segunda, por sua vez, será ponderada apenas no momento da decisão.

Destarte, o poder instrutório do juiz, previsto no art. 130 do CPC, não se subordina às regras sobre ônus da prova e nem as afeta, pois além de serem resolvidos em momentos diversos, as normas de distribuição do ônus não pertencem ao instituto da

⁴⁵² BARBI, Celso Agrícola. **Do mandado de segurança**. 7. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1993. p. 210-211.

⁴⁵³ GRINOVER, Ada Pellegrini. Mandado de segurança contra ato jurisdicional penal. In: GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Mandado de Segurança**. Belo Horizonte : Del Rey, 1996. p. 33.

prova, haja vista que apenas serão utilizadas naquelas situações de *insuficiência probatória*.

3.12.8 O ônus probatório no *mandamus* nos casos de “fato negativo” e “prova diabólica”: novos horizontes teóricos

Entre as “idéias paralisantes” que povoam o imaginário do aplicador do direito, ainda predomina a noção do descabimento do mandado de segurança quando estiverem em jogo “prova diabólica” ou mesmo o denominado “fato negativo”.

Isso porque, para alguns, a exigência de comprovação documental do direito líquido já com a inicial afastaria a adequação do *writ* para estes casos.

Esquecem-se os sectários de tal posição, entretanto, de que a difícil tarefa de se demonstrar o “fato negativo” e de produzir a “prova diabólica” não são exclusividades do *mandamus*. Ao revés, tais aspectos preocupam e angustiam todos aqueles que algum dia resolveram se debruçar sobre a teoria geral da prova.

Para propiciar um acordo semântico, entende-se por *prova diabólica* “aquela cuja produção se revele inviável à parte a quem aproveitaria, e que é assim chamada porquanto, diante da perversidade que denota, sua exigência só poderia ser atribuída a um espírito maligno”.⁴⁵⁴

Embora não seja adequada a expressão “fato negativo” – pois melhor seria falar em “prova das negativas” – trata-se de locução consagrada pela doutrina e jurisprudência para traduzir fatos nunca ocorridos, ou seja, que nunca se desenvolveram no mundo empírico.

⁴⁵⁴ LOPES, Mauro Luís Rocha. **Mandado de segurança**: doutrina, jurisprudência, legislação. 2. ed., Niterói : Editora Impetus, 2007. p. 9.

Embora a matéria ora tratada possua inegável importância prática, ainda são escassos os estudos sobre ela, principalmente quando relacionada com a garantia constitucional que figura como objeto deste estudo.

Para que não se imagine cerebrino o tópico em apreço, impõe-se a verificação de um exemplo extremamente comum no cotidiano forense, relativo ao licenciamento de veículos automotores.

Chega a ser rotineira a análise do seguinte caso: o cidadão “A”, proprietário de um carro de passeio, recebe em sua casa uma correspondência do órgão de trânsito estadual, na qual está consubstanciada a cobrança do licenciamento anual de seu veículo. Ocorre que no referido documento estão consignadas várias multas das quais “A” nunca foi notificado, fato este que, na sua ótica, afasta a exigibilidade dos referidos valores. Pergunta-se: poderia o jurisdicionado, embasado no “fato negativo” do não-recebimento da notificação das infrações, utilizar a via do *mandamus* para licenciar o seu veículo sem o pagamento das referidas multas?

Os tribunais, conscientes da necessidade de assegurar o mais amplo acesso à justiça, vêm optando pela *inversão do ônus probatório*, por entenderem que em caso de “fato negativo” não há como exigir do impetrante/administrado a prova pré-constituída do ato omissivo ilegal. Nesta situação, a autoridade tem uma facilidade muito maior de provar a ocorrência da notificação, bastando recorrer aos seus arquivos e bancos de dados para demonstrar em juízo a realização da notificação.

Pode-se dizer que ocorre, em tais situações, uma inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto, afigurando-se dispensável, aqui, a repetição das exaustivas considerações sobre o assunto tecidas no item 1.9 deste trabalho.

Mas a contínua tarefa de acumulação do conhecimento jurídico não pára por aqui.

A doutrina nacional, influenciada principalmente por doutrinadores argentinos (como Jorge W. Peyrano), começou a discutir a aplicabilidade da denominada “teoria das cargas processuais dinâmicas” (também denominada, por estas bandas, de “teoria da carga dinâmica da prova” ou “teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova”) no âmbito do processo civil brasileiro.

De acordo com o enunciado teórico em apreço, incumbe o ônus probatório a quem – diante das circunstâncias do caso concreto e independentemente do *status* de autor ou réu – se encontre em melhores condições para produzir a prova respectiva⁴⁵⁵.

Alguns autores pátrios, diga-se de passagem, já defendem a aplicabilidade de tal vertente teórica ao mandado de segurança, como se pode captar das palavras de MAURO LUÍS ROCHA LOPES⁴⁵⁶:

A “teoria da carga dinâmica da prova”, oriunda do direito argentino e bastante difundida pela doutrina moderna brasileira, em princípio também tem aplicação no rito do mandado de segurança, minimizando a exigência de prova pré-constituída aqui examinada.[...] A relevância da adoção da teoria da carga dinâmica da prova no processo de mandado de segurança é intuitiva. Não se pode exigir da parte impetrante prova pré-constituída, como condição para a utilização do remédio heróico estudado, quando inviável se revele, para ela, sua produção. É que à autoridade apontada como coatora não se atribui apenas a faculdade de juntar, com as suas informações, as provas que lhe sejam convenientes, mas também o dever de apresentar aquelas cujo ônus de produzir lhe seja imputado.

O referido doutrinador, na seqüência do seu raciocínio, oferece um exemplo muito elucidativo das palavras acima:

Imagine-se a hipótese de um mandado de segurança impetrado por um servidor público para impugnar o sofrimento de sanção disciplinar aplicada pela Administração por suposto ato de quebra de hierarquia, consistente no envio de correspondência apócrifa aos demais servidores da repartição, contendo expressões injuriosas dirigidas ao chefe do serviço. Se o fundamento dessa impetração imaginária consistir na negativa do envio da missiva, restará inviável se exigir do impetrante a prova de não ter sido ele o autor da infração.

⁴⁵⁵ DALL’AGNOL JUNIOR, Antônio Janyr. Distribuição dinâmica do ônus probatório. **Revista dos tribunais**. São Paulo, n° 788, p. 97, jun. 2005.

⁴⁵⁶ LOPES, Mauro Luís Rocha. **Mandado de segurança**: doutrina, jurisprudência, legislação. 2. ed., Niterói : Editora Impetus, 2007. p. 9.

Trata-se de prova de fato negativo, e, nesse caso, diabólica. Também não seria admissível a rejeição inicial do *mandamus*, sob o argumento de inexistência de direito líquido e certo, até porque nem mesmo em um processo de rito ordinário, com ampla possibilidade de dilação probatória, o ônus da aludida prova poderia [sic] imputado ao postulante.

3.12.9 É necessária a autenticação dos documentos juntados?

Ainda é comum, nas informações oferecidas pelas autoridades, a argüição de vício dos documentos juntados pelo impetrante por falta de autenticação.

Na Justiça do Trabalho, também, dá-se bastante valor à autenticação das peças, como se pode extrair do Enunciado nº 415 do TST, segundo o qual “exigindo o mandado de segurança prova documental pré-constituída, inaplicável se torna o art. 284 do CPC quando verificada, na petição inicial do ‘mandamus’, a ausência de documento indispensável ou de sua autenticação”.

Orientação tão rigorosa, no âmbito de um sistema processual baseado no princípio da “simplicidade” – como sói ocorrer com o trabalhista – não deixa de causar certa perplexidade, mormente quando é cediço que a jurisprudência do STJ, há tempos, vem assentando que “não é dado ao juiz indeferir a inicial apenas fundamentando que as cópias não estão autenticadas, uma vez que tal requisito não está previsto nos artigos 282 e 283 do CPC e a falta pode ser suprida”.⁴⁵⁷

Quer por força das reformas processuais, quer pelo teor do novo Código Civil (Lei nº 10.406/02), extrai-se que a autenticação de documentos não goza mais da importância de outrora. É o que se depreende, sem grande esforço, do exame dos arts. 225 do CCB/02 e 544, § 1º, do CPC, calhando frisar que nes te último o próprio advogado pode declarar, sob sua responsabilidade, a autenticidade das peças.

⁴⁵⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 171.098. 1ª Turma. Relator: Ministro Milton Luiz Pereira. J. 07/06/2001, DJU 04/03/2002.

Por isso, a falta de autenticação do documento não implica necessariamente na sua inutilidade como meio de prova. Acerca do tema, é jurisprudência assente no STJ que “não basta à parte impugnar a falta de autenticação, sendo imprescindível que se demonstre a existência de distorções no conteúdo do documento, a ensejar dúvida de sua autenticidade”⁴⁵⁸.

3.12.10 Arguição nas informações de matéria fática dependente de dilação probatória

A base do direito líquido e certo, como é cediço, repousa na indiscutibilidade dos fatos, que devem ser comprovados documentalente, sem possibilidade de instrução probatória nos moldes admitidos no procedimento comum.

Por outras palavras, a utilização da via mandamental exige que não exista controvérsia sobre a matéria fática.

Fincada tal premissa, cumpre saber qual a melhor medida a ser adotada quando a autoridade, nas suas informações, arguir matéria fática dependente de dilação probatória. Sobre a matéria, cumpre reproduzir a lição de MACHADO SEGUNDO⁴⁵⁹:

Caso a autoridade suscite questões de fato, questões que, em face de sua pertinência e complexidade, demandem instrução probatória, o mandado de segurança mostrar-se-á incabível. Isso ocorrerá sempre que a autoridade, em vez de questionar a interpretação das normas invocadas, impugnar precisamente a ocorrência da situação de fato sobre a qual tais normas incidiram. A incidência e o direito subjetivo dela decorrente são questionados não por discordância quanto ao sentido da norma, mas por não se considerar ocorrido o seu suporte fático. Em tais situações, em tese, o mandado de segurança mostrar-se-á incabível, sendo possível, entretanto, o manejo de ação de conhecimento, de rito ordinário, na qual tais questões de fato poderão ser devidamente esclarecidas.

⁴⁵⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 94.894. 5ª Turma. Relator: Ministro Edson Vidigal. J. 18/08/1997, DJU 18/08/1997.

⁴⁵⁹ MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Processo tributário**. São Paulo : Atlas, 2004. p. 328.

Ao dar continuidade ao seu raciocínio, o referido autor faz uma advertência essencial para os fins do presente trabalho, ao realçar que na apreciação de tais situações o juiz deve usar de muita razoabilidade, e invocar sua experiência em relação ao que geralmente acontece, porque quando a ilegalidade do ato praticado é evidente, algumas autoridades simplesmente negam que o tenham praticado, alegando que tudo não passaria de uma criação fantasiosa da mente patológica do impetrante.⁴⁶⁰

A praxe forense, realmente, corrobora as afirmações de MACHADO SEGUNDO. Serão citados, abaixo, dois exemplos nos quais a autoridade coatora argüiu – equivocadamente – o descabimento da via do *mandamus*.

A situação nº 01 (um) refere-se ao mandado de segurança no qual a impetrante, que vinha usando a insulina “Y” sem êxito, estava requerendo, por recomendação do seu endocrinologista, a insulina “X”, mais indicada para os casos de oscilações intensas de índice glicêmico.

A autoridade coatora, nas suas informações, sustenta ser incabível a via do *mandamus*, pois a insulina “Y”, notadamente mais barata, produz os mesmos efeitos da pleiteada pela Postulante. Para demonstrar tal fato, deseja produzir prova pericial.

Nesses casos, entretanto, os Tribunais pátrios vêm afastando a necessidade de prova pericial, pois compete ao médico, e não ao juiz, dizer qual é o tratamento que deve ser ministrado à paciente. Segundo o STJ,

*[...] comprovado, através de relatório médico acostado aos autos, que a impetrante já fora submetida a outro tratamento convencional, sem êxito, não há como negar o acesso a outro medicamento recomendado pelo especialista que a acompanha*⁴⁶¹.

⁴⁶⁰ MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Processo tributário**. São Paulo : Atlas, 2004. p. 328.

⁴⁶¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 17.449-0. 2ª Turma. Relator: Ministro Francisco Peçanha Martins. j. 06/12/2005, DJU 13/02/2006.

O exemplo nº 02 (dois) diz respeito ao *mandamus* impetrado por concursando contra ato coator que o eliminou no curso do certame, em virtude de possuir pequeno grau de surdez unilateral, deficiência esta que, supostamente, poderia atrapalhar sua função de policial militar. Segundo o Impetrante, tal ato violaria um determinado item do edital (que somente faz menção à surdez bilateral) e também os princípios da isonomia (por não haver uma razão ou justificativa plausível para o discrimen) e da razoabilidade (pois o meio utilizado pela Administração não encontraria na prática uma finalidade ou justificativa razoável).

Nestes casos, é muito comum que a autoridade, em suas informações, argúa a necessidade de produção de prova pericial para demonstrar que a deficiência é incompatível com o cargo a ser ocupado, o que tornaria inviável a utilização da via expedita do writ.

Também aqui, a prova pericial se mostra desnecessária, pois a aferição da legalidade (isto é, se a banca interpretou adequadamente o edital) dispensa a prova pericial. O mesmo se diga, outrossim, do exame da razoabilidade, pois além da possibilidade de uso de aparelhos auditivos específicos para atenuar os males da surdez, tal aspecto, por si só, não compromete a função de um policial militar.

À guisa de conclusão, pode-se afirmar que se as questões de fato eventualmente suscitadas pela autoridade forem irrelevantes para o deslinde da questão, o juiz não as deve considerar. É o que ocorre quando, verdadeiras ou não, as afirmações da autoridade não alteram o enquadramento jurídico da situação narrada na inicial.

3.13 INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

3.13.1 Necessidade de se interpretar o art. 10 da Lei nº 1.533/51 de acordo com a constituição

De acordo com o art. 10 da Lei nº 1.533/51, transcorrido o prazo para a apresentação das informações pela autoridade coatora, o Ministério Público deverá ser ouvido no prazo de cinco dias, após o que os autos serão conclusos para sentença.

No contexto atual, afigura-se no mínimo criticável a previsão legal concernente à obrigatoriedade de intervenção do Órgão Ministerial no bojo de todo e qualquer *mandamus*. Isso porque tal disposição remonta à época na qual o Ministério Público representava a União, situação que não se repetiu na Constituição de 1988.

Cumprе frisar que incumbe ao Ministério Público, na atualidade, a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, na forma do *caput* do art. 127 do texto constitucional.

Assim, a partir de 1988 a análise por parte do órgão ministerial do cabimento do aludido remédio constitucional e das questões de mérito passou a exigir, no caso concreto, a constatação pelo *Parquet* da existência de interesse público primário na lide, ou seja, de toda a coletividade e não apenas do Estado.

Algumas situações atuais espelham a incongruência ora denunciada.

Embora o Ministério Público seja obrigado a intervir no mandado de segurança individual, se o particular preferir se utilizar de uma “ação ordinária” com as mesmas partes, pedido e causa de pedir – aqui considerando como parte no *mandamus* a pessoa jurídica de direito público, isto é, a Fazenda Pública – como regra será dispensada a atuação do MP, exceto, naturalmente, naqueles casos expressamente

previstos no *caput* do art. 127 (*v.g.*, presença de interesse de incapaz). Neste sentido, inclusive, preleciona o grande mestre HUGO NIGRO MAZZILLI⁴⁶²:

“Há ainda algumas atuações, principalmente na área da intervenção processual, que o Ministério Público do futuro deve pensar em abandonar. [...]. Mandados de segurança individuais: tenho minhas dúvidas se eles sempre representam matéria de necessária atuação do Ministério Público. E digo por quê. Suponham que uma autoridade cometa um ato ilegal, passível de correção por mandado de segurança e, dentro dos 120 dias de prazo de decadência, o lesado entre com a ação mandamental: lá irá o promotor dar o seu parecer. Mas suponhamos que o lesado ajuíze a ação em 121 dias ou mais: em vez de usar mandado de segurança, terá de propor ação ordinária, com a mesma causa de pedir e com o mesmo pedido, e o Ministério Público não irá nela necessariamente intervir. Assim, neste caso, não será, no mais das vezes, a relação jurídica que trará o Ministério Público ao processo; terá sido apenas o rito processual escolhido.”

Pelas considerações do referido processualista, fica claro que não é o *direito discutido* que traz o Ministério Público ao processo de mandado de segurança, mas só o *rito* (=procedimento), o que é inadequado.

Numa abordagem realmente crítica, pergunta-se: qual é o subsídio constitucional que sustenta a intervenção do MP em demanda na qual se discutem interesses patrimoniais disponíveis respeitantes, por exemplo, à suspensão de exigibilidade de um tributo ou mesmo à anulação de uma multa ou penalidade tributária? Como se pode perceber, nas duas situações não são discutidos interesses individuais indisponíveis nem está em jogo o interesse público primário, razão pela qual não há amparo para a intervenção do Órgão Ministerial.

Nem se diga que o mandado de segurança é uma garantia constitucional, pois o direito de ação também o é, e nem por isso o *Parquet* oficia em todas as ações. Nem se diga, também, que no *writ* o Ministério Público está presente em razão de possível abuso de autoridade, pois na “ação ordinária”, fundada nos mesmos fatos, essa possibilidade de

⁴⁶² MAZZILLI, Hugo Nigro. A Intervenção do Ministério Público no Processo Civil: Críticas e Perspectivas. In SALLES, Carlos Alberto de (Org.). **Processo civil e interesse público**: o processo como instrumento de defesa social. São Paulo: RT, 2003. p. 168.

abuso também existe, e, por si só, não é motivo suficiente para a atuação interventiva do Ministério Público.⁴⁶³

Outro argumento muito utilizado para se sustentar a intervenção do MP no remédio heróico é o de que sua atuação pode servir para a verificação de possíveis ilícitos penais.

Embora tal ponto de vista mereça respeito, cumpre ressaltar que o Código de Processo Penal, em seu art. 40, estabelece que *“quando, em autos ou papéis de que conhecerem, os juízes ou tribunais verificarem a existência de crime de ação pública, remeterão ao Ministério Público as cópias e os documentos necessários ao oferecimento da denúncia”*.

Destarte, se o magistrado já exerce esta função “correcional”, não há razão para uma atuação também por parte do Ministério Público. No concernente a uma possível violação à imparcialidade do Juiz, cumpre ressaltar que na ótica do STF o cumprimento do disposto no art. 40 do CPP não acarreta o impedimento do julgador que dá a *notitia criminis* e sugere a abertura do processo (RTJ 48/321).⁴⁶⁴

Não fosse o bastante, na praxe forense a atuação do *Parquet* se revela repetitiva e até mesmo desvirtuada. Explica-se.

Ultrapassado o oferecimento de parecer na oportunidade mencionada no art. 10 da Lei nº 1.533/51, após a interposição do recurso e do oferecimento das contra-razões os autos são remetidos para outra manifestação do Ministério Público. E esta, via de regra, limita-se a repetir os mesmos fundamentos já expostos outrora, quando, em verdade, deveria se ater ao exame dos requisitos de admissibilidade recursais.

⁴⁶³ MAZZILLI, Hugo Nigro. A Intervenção do Ministério Público no Processo Civil: Críticas e Perspectivas. In SALLES, Carlos Alberto de (Org.). **Processo civil e interesse público**: o processo como instrumento de defesa social. São Paulo: RT, 2003. p. 169.

⁴⁶⁴ Apud JESUS, Damásio Evangelista de. **Código de Processo Penal Anotado**. São Paulo : Saraiva. 1996. p. 41.

Mas não é só! Após as duas manifestações do Ministério Público no órgão originário, com a chegada dos autos às instâncias superiores há ainda uma outra remessa deles ao *Parquet*, desta vez às respectivas Procuradorias. E novamente, insta frisar, ocorre a manifestação ministerial, consubstanciada em pareceres que, com respeitadas exceções, raramente são lidos pelos magistrados, haja vista a desumana sobrecarga de trabalho atribuída a estes.

Em suma: no procedimento compacto do mandado de segurança, em que as suas dilações indevidas deveriam ser afastadas, o Ministério Público, por meio dos seus “*presentantes*”, é obrigado a se manifestar por reiteradas vezes – antes e depois da sentença e também antes do exame do recurso voluntário pelo Tribunal – enquanto em “ação ordinária” dotada dos mesmos elementos como regra não se faz necessária a presença do Órgão Ministerial. Explicar esse tipo de intervenção num processo cujo rito deveria ser célere não parece ter justificativa nos dias atuais, mormente quando o *Parquet*, na CRFB/88, não mais apresenta o perfil de “procurador” do Estado.

Neste particular, inclusive, cumpre ressaltar que tramita um Projeto de Lei no Congresso Nacional (PL nº 72/2003) que se destina e xatamente a alterar o dispositivo legal supracitado, para dar ao Ministério Público a opção da apresentar parecer no *mandamus* quando entender presente o interesse público, coletivo, difuso ou individual indisponível.

Por todas essas razões, preconiza-se aqui uma visão mais instrumental da intervenção do Ministério Público, a fim de que as nulidades oriundas da falta de intervenção somente sejam acolhidas excepcionalmente. Tal aspecto, entretanto, será abordado de forma mais alentada no tópico seguinte.

3.13.2 Nulidade pelo descumprimento do art. 10 da Lei nº 1.533/51: algumas ponderações

A discussão em comento – acerca da necessidade ou não da intervenção do *Parquet* no mandado de segurança – não é meramente cerebrina, pois não são poucos os casos nos quais a nulidade é argüida em razão do descumprimento do art. 10 da Lei nº 1.533/51.

Para a parte que aguarda há anos o bem da vida a que faz jus, é frustrante deparar-se com pronunciamento judicial que invalida os atos processuais já praticados, obrigando o jurisdicionado a submeter-se a nova *via crucis*, com todos os problemas e dificuldades conhecidos por todos.

Por tal razão, caso não venha a vingar o Projeto de Lei que dispensa a atuação do MP em todo e qualquer mandado de segurança ou mesmo não ocorra uma mudança de mentalidade no tocante à intervenção obrigatória do Órgão Ministerial, é preciso pelo menos buscar alternativas práticas para evitar a declaração da nulidade pelo descumprimento do art. 10 da Lei nº 1.533/51.

Neste particular, uma análise da jurisprudência contemporânea do STJ pode ser muito útil para os fins aqui visados.

Impende ressaltar, inicialmente, que na ótica do Tribunal da Cidadania, não basta a mera intimação do Ministério Público no bojo do mandado de segurança, fazendo-se mister, também, o seu efetivo pronunciamento.⁴⁶⁵

Mas, afinal de contas, que pronunciamento seria este? Seria uma manifestação sobre a *questão deduzida em juízo* ou também poderia ser considerada a “cota” na qual o MP esclarece não haver amparo jurídico para a sua intervenção?

⁴⁶⁵ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 26.715. Relator: Ministro Costa Leite. Corte Especial. j. 03/06/98, DJU 12/02/01.

De acordo com MARCELO ZENKNER⁴⁶⁶, o mencionado dispositivo estabelece apenas e tão-somente o prazo conferido ao Órgão Ministerial para manifestação nos processos de mandado de segurança, não havendo nenhuma referência legal no sentido de que o Ministério Público se manifeste quanto ao mérito do pedido.

Não parece discordar de tal posição um julgado recente do Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual considera-se efetivo o pronunciamento se o Ministério Público, abordando a questão de fundo, entende que, por força da substância dela, não deve atuar como *custos legis*. Ainda na ementa, esclarece-se que no caso concreto o “presentante” do *Parquet*, ao ser intimado da sentença, afirmou ser desnecessária a sua manifestação. Por conseguinte, entendeu-se ausente a nulidade processual, haja vista que o MP teve a oportunidade de se manifestar e não o fez. Ressaltou o Órgão Colegiado, outrossim, que a imposição de atuação do membro do *Parquet*, quanto à matéria versada nos autos, infringiria os Princípios da Independência e da Autonomia do Órgão Ministerial.⁴⁶⁷

Não fosse o bastante, cumpre ressaltar que a jurisprudência mais atual do STJ, em reverência ao princípio da instrumentalidade das formas, não admite a declaração de nulidade dos atos processuais sem a demonstração do prejuízo.⁴⁶⁸ Mas, afinal de contas, este prejuízo deve se referir ao quê?

Sustenta-se, aqui, que este prejuízo deve se referir tão-somente aos interesses defendidos pelo Ministério Público. Por isso, se num caso envolvendo interesse de menor incapaz o MP não é ouvido e o provimento final denega a segurança requerida pelo primeiro, é flagrante o prejuízo ao detentor do interesse indisponível. Neste caso, obviamente, haveria respaldo para a invalidação dos atos processuais.

⁴⁶⁶ ZENKNER, Marcelo. **Ministério público e efetividade do processo**. São Paulo: RT, 2006. p. 173.

⁴⁶⁷ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 541.199. Relator: Ministro Luiz Fux. 1ª Turma. j. 08/06/2004, DJU 28/06/2004.

⁴⁶⁸ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 12.050. Relator: Ministro Paulo Medina. 6ª Turma. j. 27/04/2004, DJU 17/05/2004.

Outro aspecto bastante palpitante é o seguinte: o pronunciamento do Ministério Público em segundo grau supre a falta de manifestação em primeira instância?

A jurisprudência do STJ firmou a orientação de que a manifestação do Ministério Público em segundo grau de jurisdição, suprimindo a falta de pronunciamento do *Parquet* em primeira instância, afasta a arguição de nulidade se não houve qualquer prejuízo para as partes.⁴⁶⁹

Tal posição, realmente, merece prevalecer, pois se a finalidade do ato foi alcançada e as partes não sofreram prejuízo, não há motivo razoável para a invalidação dos atos processuais praticados.

3.13.3 Se o MP for o impetrante é necessária sua intervenção como *custos legis*?

A indagação em questão não é meramente cerebrina, pois na esfera penal, por exemplo, é bastante comum a utilização do mandado de segurança pelo Ministério Público.

Adota-se, aqui, a mesma posição perfilhada pelo STJ, que vem obstando a atuação concomitante do *Parquet* como sujeito parcial da lide e como *custos legis*.

Ora, se o Ministério Público figura como sujeito parcial da lide, é prescindível a sua intimação para manifestar-se no *mandamus*, até porque somente pode emitir parecer (=opinião isenta) quem está fora do litígio, jamais aquele que tem interesse na solução deste.⁴⁷⁰

⁴⁶⁹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 175.181. Relator: Ministro Francisco Peçanha Martins. 2ª Turma. j. 05/08/2003, DJU 28/10/2003.

⁴⁷⁰ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 429.513. Relator: Ministro Franciulli Netto. 2ª Turma. j. 10/06/2003, DJU 08/09/2003.

3.14 SENTENÇA

3.14.1 As tutelas disponibilizadas

As modalidades de crise no plano do direito material são várias e, para cada uma delas, o sistema processual prevê um tipo de solução adequada.

As tutelas de cognição exauriente, segundo a construção clássica consagrada pela doutrina processual, podem ser declaratórias, constitutivas e condenatórias. É a denominada “concepção ternária” da tutela jurisdicional.⁴⁷¹

Assim, quem necessita eliminar a incerteza sobre a existência ou inexistência de relação jurídica, tem à sua disposição a tutela declaratória; para colocar fim às crises de inadimplemento, por sua vez, prevê o sistema a tutela condenatória; por fim, para a necessidade de alteração da relação jurídica de direito material o jurisdicionado encontra no plano processual a tutela constitutiva.

Ocorre, entretanto, que essa classificação *ternária* vem sendo criticada por respeitáveis processualistas brasileiros – defensores da classificação *quinária* – que adicionam às espécies tradicionais outras duas: as tutelas mandamental e executiva (também denominada por alguns de “executiva *lato sensu*”).

Entre os defensores da classificação ternária, predomina o entendimento de que não há diferença ontológica entre condenar (possibilitando o uso de meios de sub-rogação) e ordenar o adimplemento, com ou sem o uso de meios de coerção. Como a *tutela*

⁴⁷¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo : Malheiros Editores, 2006. p. 510-511.

jurisdicional se refere à proteção no plano do direito material para cada uma de suas *crises*, estaria havendo confusão entre esta e a denominada *técnica processual*, pois a diferença não está propriamente na natureza da *crise*, mas sim na forma de efetivar o comando emergente da sentença, que também poderá ser não apenas condenatória e mandamental, mas também executiva e mandamental, caso os meios de sub-rogação possam ser atuados no mesmo processo e sejam acompanhados de uma ordem de cumprimento.⁴⁷²

Em apertada síntese, os defensores da classificação quinária da tutela jurisdicional levam em conta não a natureza da crise de direito material a ser solucionada no processo, mas a técnica processual utilizada para solução da crise de adimplemento.⁴⁷³

3.14.2 As técnicas mandamental/executiva *lato sensu* e sua importância no plano da efetividade

Antes de realçar a importância de tais técnicas no plano de efetividade, cumpre destacar as principais características das sentenças que as contemplam, quando comparadas com o provimento condenatório considerado de *per si*.

No caso da sentença com eficácia predominantemente executiva *lato sensu*, esta tem em comum com a sentença condenatória o fato de conter, em seu bojo, aquela atividade intelectual realizada pelo juiz consistente em verificar se existe ou não direito a ser tutelado através de mecanismos executivos. Com efeito, na sentença proferida numa ação de despejo, por exemplo, o juiz há de reconhecer que houve violação a algum preceito normativo, bem como declarar a sanção aplicável ao caso. Distingue-se, no entanto, daqueles provimentos pelo fato de se determinar, no próprio *decisum*, a

⁴⁷² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo : Malheiros Editores, 2006. p. 517-518.

⁴⁷³ Idem, *ibidem*, p. 519.

realização dos atos executivos. A concretização de tais atos executivos, no entanto, não ocorrem na própria sentença, mas no mesmo processo em que ela foi proferida.

A sentença com eficácia predominantemente mandamental, por sua vez, tem mais que a sentença condenatória. Em comum com esta, há o reconhecimento judicial de que houve violação à ordem normativa e a imposição da respectiva sanção. Na sentença mandamental, no entanto, acrescenta-se à declaração *a ordem judicial*, elemento inexistente no provimento condenatório.

Embora seja inequívoca a utilidade das construções teóricas supracitadas, o processualista contemporâneo está mais consciente de que não basta apenas esquadrihar classificações e conceitos. É preciso, outrossim, elaborá-los levando em consideração a efetividade do instrumento jurisdicional.⁴⁷⁴

Independentemente da concepção teórica abraçada (ternária ou quinária), uma coisa é certa: ambas defendem que as tutelas/técnicas processuais mandamental e executiva (para alguns, “executiva *lato sensu*”) são importantes para a efetividade processual. Acerca do tema, cumpre transcrever a lição de CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA⁴⁷⁵:

A tutela mandamental, embora atue como a executiva *lato sensu*, por meio de emissão de ordens do juiz, desta se diferencia porque age sobre a vontade da parte e não sobre o seu patrimônio. Assim o exige a situação jurídica substancial porque a natureza da obrigação não recomenda, dentro da idéia da maior efetividade possível, o emprego da tutela condenatória. Realmente, tanto a tutela executiva *lato sensu* quanto a mandamental atendem ao princípio da maior efetividade possível.

⁴⁷⁴ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro. O problema da eficácia da sentença. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro (Coord.). **Eficácia de coisa julgada**: atualizada de acordo com o código civil de 2002. Rio de Janeiro : Forense, 2006. p. 33.

⁴⁷⁵ Idem, *ibidem*, p. 47.

Segue a mesma senda o processualista JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS⁴⁷⁶ BEDAQUE, que ao se referir às tutelas mandamentais e executivas *lato sensu* (antes da Lei nº 11.232/2005) faz o seguinte comentário:

Aliás, a respeito dessa técnica, adotada para determinadas demandas com pedido condenatório, tenho sustentado ser a que melhor atende à idéia de efetividade do processo, devendo, na medida do possível, ser eliminado o binômio condenação-execução.

Embora seja comum a classificação da sentença proferida no mandado de segurança como “mandamental”, cumpre ressaltar que em cada caso concreto é necessário examinar a *eficácia* preponderante do provimento. Isso porque nada impede, por exemplo, que o jurisdicionado se valha da via do *mandamus* para requerer uma tutela declaratória (de ausência de relação jurídica tributária, por exemplo) ou mesmo constitutiva (e.g., para a anulação de determinada sanção administrativa).

Há casos, inclusive, nos quais à eficácia mandamental (inicialmente preponderante) acaba sendo agregada também a eficácia *executiva lato sensu*, como ocorre, por exemplo, na sentença que determina a entrega de determinado medicamento ao jurisdicionado. Se a autoridade, embora possuindo o fármaco em seu estoque, por mera retaliação recusa-se a disponibilizá-lo mesmo com a fixação de multa e a ameaça de sanções em outras órbitas, nada impede que o juiz, valendo-se das medidas de apoio previstas no § 5º do art. 461 do CPC, determi ne ao Oficial de Justiça que se dirija à repartição e apreenda algumas caixas do remédio.

Acerca do assunto, merece reprodução a contribuição de TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER e JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA:

Considerando, como se viu retro, que a doutrina admite que a ordem judicial sirva como mecanismo coercitivo, pode-se dizer, adotando-se critério bastante pragmático, que também as ações em que se realizam providências mandamentais podem ser consideradas executivas *lato sensu*. Ninguém ajuíza uma ação mandamental pretendendo apenas a obtenção da ordem judicial;

⁴⁷⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada**: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização). 2. ed. São Paulo : Malheiros Editores, 2001. p. 104.

mais que isso, espera-se que o demandado se ajuste ao comando contido na norma jurídica, fazendo ou deixando de fazer alguma atividade.⁴⁷⁷

Destarte, a utilização das técnicas mandamental e executiva *lato sensu* no mandado de segurança é essencial para a efetividade deste, pois propicia a concretização do direito material no seu sentido mais latente, consubstanciado na obtenção do resultado específico (ou seja, da prestação *in natura*).

3.15 REMESSA NECESSÁRIA (REEXAME NECESSÁRIO)

Questão das mais instigantes – e que atrai a incidência do princípio da efetividade – diz respeito à obrigatoriedade da remessa necessária (reexame necessário) nos casos de sentença concessiva da segurança.

De acordo com o Parágrafo único do art. 12 da Lei nº 1.533/51, a sentença que conceder a segurança fica sujeita ao duplo grau de jurisdição, podendo, entretanto, ser executada provisoriamente.

A discussão reinante na atualidade ganhou corpo com o advento da Lei nº 10.352, de 26 de dezembro de 2001, que excepcionou a remessa necessária (até então encarada como regra) nos casos dos parágrafos 2º e 3º do art. 475 do CPC, que abarcam as seguintes situações: **(i)** quando a condenação, ou o direito controvertido, for de valor certo não excedente a 60 (sessenta) salários mínimos; e **(ii)** quando a sentença estiver fundada em súmula de Tribunal Superior ou em jurisprudência do Plenário do STF.

Sob a influência da parte final do parágrafo único do art. 12, pode-se pensar que o aspecto ora focalizado é meramente cerebrino, sem maior repercussão na prática. Mas tal concepção não é adequada, porque há situações nas quais a legislação prevê o

⁴⁷⁷ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **O dogma da coisa julgada**: hipóteses de relativização. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 149.

efeito suspensivo, como ocorre no art. 7º da Lei nº 4.348/64, cujo teor estampa que “o recurso voluntário ou *ex officio*, interposto de decisão concessiva do mandado de segurança que importe outorga ou adição de vencimento ou ainda reclassificação funcional, terá efeito suspensivo”.

Percebe-se, portanto, que tem utilidade prática do debate sobre o cabimento (ou não) do reexame necessário no *writ* nos casos alinhados nos §§ 2º e 3º do art. 475 do CPC.

Embora num primeiro momento o STJ tenha acenado com a possibilidade de aplicação da inovação no bojo do *mandamus*, já vem sendo firmada jurisprudência em sentido contrário, isto é, de que as hipóteses de dispensa da remessa necessária não incidem no caso do mandado de segurança. Na ótica do Tribunal da Cidadania, o *writ* regula-se pela Lei nº 1.533/51, aplicando-se as regras do CPC apenas subsidiariamente, isto é, quando houver omissão na lei de regência. Mas como o Parágrafo único do art. 12 da Lei nº 1.533/51 estabelece o reexame necessário sem restrições, exceções ou qualquer hipótese de dispensa, não se aplicaria o Código de Processo neste particular, prevalecendo a norma especial frente a geral.

Conquanto tal orientação mereça respeito, não parece ser a posição mais abalizada sobre a questão. Explica-se.

CARLOS MAXIMILIANO, em obra clássica, defende que o preceito segundo o qual “a disposição geral não revoga a especial” deve ser apreciado com cautela. De acordo com o mestre gaúcho, “quando a lei geral estabelece novos princípios absolutamente incompatíveis com aqueles *sobre que se baseava a especial anterior*, fica a última extinta”.⁴⁷⁸

As recentes reformas do CPC, inclusive aquela operada no seu art. 475, tiveram em vista exatamente promover a celeridade e a efetividade processual. Estes foram, sem

⁴⁷⁸ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 17. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1998. p. 359-360.

dúvida alguma, os princípios que embalsaram o legislador reformista. Diante de tal cenário, não é lógico defender que o mandado de segurança (uma garantia constitucional norteada pelos dois postulados acima mencionados) deva ficar alheio à nova disposição legal. Acerca do tema, vale transcrever a lição doutrinária de DOUGLAS GONÇALVES DE OLIVEIRA:

Se, numa ação ordinária, não há interesse público naquelas hipóteses, por que haveria num mandado de segurança? Ora, sabe-se que a única diferença entre uma demanda de rito comum e o mandado de segurança está na restrição probatória deste último, que se revela cabível apenas quando os fatos estiverem provados por documentos, de forma pré-constituída. Para que se mantenha a unidade no sistema, é preciso, então, que se entenda que aquelas hipóteses de dispensa ao reexame necessário alcancem também a sentença proferida no mandado de segurança.⁴⁷⁹

Ademais, a prevalecer a premissa adotada pelo STJ de que “a disposição especial prevalece sobre a geral”, o art. 284 do CPC também não poderia ser aplicado para propiciar a emenda da inicial do *mandamus*, haja vista a clara redação do art. 8º da Lei nº 1.533/51 segundo a qual a hipótese ensejaria indeferimento liminar. Como se pode perceber, onde há a mesma razão aplica-se o mesmo direito.

Para todos os efeitos, não se pode perder de vista o aspecto destacado no item 1.12 deste trabalho, no qual se fez referência às denominadas lacunas ontológicas e axiológicas no bojo do sistema.

A situação sob exame retrata uma dessas *lacunas axiológicas*, porque a regra jurídica prevista na Lei nº 1.533/51 está incompatível com os valores sociais dominantes (haja vista preocupar-se com os *interesses secundários*, em detrimento dos *primários*) e também com os anseios de uma sociedade cada vez mais dinâmica, carente de soluções céleres e efetivas.

⁴⁷⁹ OLIVEIRA, Douglas Gonçalves de. Duplo grau de jurisdição: o limite previsto no § 2º do artigo 475 do CPC e sua aplicação no mandado de segurança. **Revista Dialética de Direito Processual** 15:21-25. São Paulo : Dialética, junho de 2004.

Diante da “lacuna” acima mencionada, é possível aplicar a disposição legal mais atualizada e evoluída, que está em consonância com os princípios e com a própria essência da ação mandamental. Pensar de outra forma implicaria deixar o *mandamus* fadado ao retrocesso.

Acerca do tema, reproduz-se parcialmente a ementa de um dos julgados proferidos inicialmente pelo STJ⁴⁸⁰, que além de defender uma exegese harmonizadora dos dispositivos ainda abordou a matéria valendo-se das mesmas premissas realçadas neste estudo. Seu teor é o seguinte:

[...] 5. A não-aplicação do novo texto ao mandado de segurança significa um retrocesso, pois a remessa oficial, tanto no Código de Processo Civil quanto na Lei Mandamental, visa resguardar o mesmo bem, qual seja, o interesse público. Em assim sendo, a regra do art. 12 da Lei 1.533/51 deve ser interpretada em consonância com a nova redação do art. 475 do CPC, que dispensa o reexame necessário nos casos em que a condenação não for superior a 60 salários mínimos.

6. Situações idênticas exigem tratamento semelhante. Nessa linha de raciocínio lógico, seria um contra-senso falar que a ação mandamental não se sujeita à nova regra. Em especial, porque a inovação se amolda perfeitamente à finalidade do remédio heróico, que é a de proteger, com a maior celeridade possível, o direito líquido e certo, lesado ou ameaçado de lesão por ato de autoridade.

De mais a mais, não se pode esquecer que, no caso do § 3º do art. 475 do CPC, a insistência na realização do reexame será uma atividade totalmente inútil e despropositada, pois o Relator, ao receber os autos, aplicará de imediato o art. 557 do Código de Processo Civil, com respaldo no verbete sumular nº 253 do STJ, cujo enunciado estampa que “o art. 557 do CPC, que autoriza o relator a decidir o recurso, alcança o reexame necessário”.

Demonstra-se bastante apropriada, neste aspecto, a lição de FREDIE DIDIER e LEONARDO JOSÉ CARNEIRO DA CUNHA:

Em tal hipótese, a determinação da remessa obrigatória constituirá mero exercício de inutilidade, servindo, apenas, para enviar ao tribunal mais um

⁴⁸⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 654.839. Relator: Ministro José Delgado. 1ª Turma. j. 26/10/2004, DJU 28/02/2005.

processo que consumirá a atividade de servidores, mobilizando toda uma estrutura para, chegando ao gabinete do relator, ter seu seguimento negado. Para evitar toda essa tramitação, cujo desfecho já se afigura previsível, permite-se, desde logo, que o próprio juiz, em sua sentença, dispense o reexame necessário.⁴⁸¹

Por todas essas razões, entende-se que os §§ 2º e 3º do art. 475 do CPC também são aplicáveis ao mandado de segurança.

3.16 RECURSOS

3.16.1 Aspectos gerais

Numa análise preocupada com a efetividade processual, é essencial a análise dos recursos no âmbito do mandado de segurança.

Isso porque, sem dúvida alguma, trata-se de uma das matérias mais delicadas no bojo do *writ*, haja vista a existência de inúmeras controvérsias sobre o cabimento de determinados vetores recursais. E como muitas vezes os próprios tribunais superiores não uniformizam a sua jurisprudência, quem acaba sofrendo os prejuízos oriundos da divergência é o jurisdicionado, que a cada momento se depara com novos entendimentos sobre determinadas matérias.

Não se está falando aqui, apenas, da famosa discussão acerca do cabimento do agravo de instrumento. Após a edição do verbete sumular nº 622 do STF, há intensa discussão nos demais tribunais sobre o cabimento do agravo interno das decisões que deferem ou indeferem a liminar no mandado de segurança de competência originária.

⁴⁸¹ DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais**, vol. 3. Salvador: JusPODIVM, 2006. p. 342.

Seja como for, é certo que tal instabilidade jurisprudencial abala não só a segurança jurídica (entendida por alguns como uma sensação ou sentimento do sujeito), mas também a própria efetividade, na medida em que a exclusão do cabimento dos recursos em situações agônicas poderá comprometer o próprio resultado final do processo.

Feitas essas considerações iniciais, cumpre ressaltar que os recursos interpostos no mandado de segurança também gozam de tramitação preferencial, nos termos do art. 17 da Lei nº 1.533/51.

Embora a remessa necessária (ou obrigatória) não se enquadre como recurso, é certo que os tribunais, na prática judiciária, oferecem-lhe um tratamento jurídico bastante parecido, inclusive para fins de aplicação do verbete sumular nº 253 do STJ, segundo o qual “o art. 557 do CPC, que autoriza o relator a decidir o recurso, alcança o reexame necessário”.

Um equívoco muito comum, cometido com freqüência nos tribunais, ocorre quando a apelação da Fazenda Pública não pode ser admitida e há também remessa necessária. Nesse caso, o fato de se ter negado seguimento ao recurso voluntário não prejudica o conhecimento da remessa necessária, que deverá ser apreciada.

Outro aspecto instigante, que não poderia faltar numa abordagem sobre o tema, diz respeito à legitimidade recursal. Afinal de contas, quem possui a *legitimatío* para recorrer das decisões proferidas no *mandamus*?

A princípio, como regra apenas possui legitimidade recursal a pessoa jurídica de direito público ou privado (quando delegatária de função pública). De uma forma geral, portanto, não se reconhece à autoridade coatora a legitimidade para recorrer.

Mas, no último caso, há exceções. Imagine-se, por exemplo, a situação na qual o Juiz, nos termos do Parágrafo único do art. 14 do CPC, impôs uma multa não à pessoa jurídica, mas sim à própria autoridade coatora. Neste caso, como ela não estará

defendendo o ato coator – mas sim os seus próprios interesses – deve ser reconhecida a sua legitimidade recursal.

Cumpra realçar que a Corte Especial do STJ, ao apreciar Embargos de Divergência em Recurso Especial, já pontificou que “ao impetrado faculta-se [...] a faculdade de recorrer como assistente litisconsorcial ou como terceiro, apenas a fim de prevenir sua responsabilidade pessoal por eventual dano decorrente do ato coator”.⁴⁸²

3.16.2 Recursos em espécie

A apelação contra a sentença do órgão singular é o recurso típico previsto na Lei n° 1.533/51 para o rito do mandado de segurança, conforme se pode depreender do art. 12, *caput*, do referido diploma, não comportando, em regra, efeito suspensivo (veja-se, a propósito, o Parágrafo único do mesmo dispositivo).

Quando se tratar de apelação manejada contra sentença concessiva da segurança – passível, portanto, de execução provisória – em situações excepcionais será possível a concessão do efeito suspensivo ao recurso, com base no Parágrafo único do art. 558 do CPC.

O mesmo ocorre quando a sentença for denegatória da segurança, com o detalhe que, nesse caso, o efeito desejado não será propriamente o “suspensivo”, mas sim o “ativo” ou “suspensivo-ativo”, que, na prática, estenderá os efeitos da liminar eventualmente concedida até que órgão com competência recursal defina a questão.

Nas situações urgentes, o que se costuma fazer para obter o provimento acima é pleitear ao juízo *a quo* a concessão do efeito pretendido. Caso ele venha indeferir o

⁴⁸² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência no Recurso Especial n° 180.613. Corte Especial. Relatora: Ministra Eliana Calmon. J. 17/11/2004, DJU 17/12/2004.

requerimento, a parte interpõe agravo de instrumento perante o tribunal, pleiteando a concessão da antecipação da tutela recursal.

Cumpre recordar, antes de prosseguir, que nos casos elencados nos arts. 5º, Parágrafo único e 7º da Lei nº 4.348/64 (referentes a aumento ou extensão de vantagens e equiparação ou reclassificação de servidores públicos) as sentenças não são passíveis de cumprimento imediato, razão pela qual a execução delas está condicionada ao seu trânsito em julgado.

Embora a Lei nº 1.533/51 não faça menção, também é cabível a interposição dos Embargos Declaratórios, que, como é cediço, interrompem o prazo para o manejo dos demais recursos.

No tocante aos Embargos Infringentes, está pacificado nos tribunais superiores o descabimento de tal recurso para atacar acórdão que, em mandado de segurança, decidiu por maioria de votos a apelação (vejam-se, a propósito, os verbetes sumulares nº597 do STF e 169 do STJ).

Discutiu-se durante muito tempo, também, se a decisão que concede ou denega a liminar em mandado de segurança poderia ser atacada por agravo de instrumento.

Na esfera jurisprudencial, costumavam ser apontados 03 (três) obstáculos para a admissão do agravo. Eram eles: **a)** a discricionariedade do ato judicial neste caso; **b)** o silêncio da lei sobre o assunto; **c)** a incompatibilidade do agravo em tal circunstância, haja vista o trâmite expedido e célere do *writ*.

O primeiro embaraço elencado não procede, pois, ainda que se admitisse na hipótese a incidência de regime semelhante àquele presidente dos atos administrativos, não ocorreria propriamente “discricionariedade”, mas sim nítida “vinculação”. Isso porque, estando presentes os requisitos elencados no art. 7º, inc. II, da Lei nº 1.533/51, o

Julgador não possui “liberdade” para decidir dentro da lei. Ao revés, está obrigado a conceder a liminar.

No tocante ao silêncio da lei de regência acerca do assunto, tal argumento também não convence. Um exemplo ajuda a esclarecer: embora o diploma supracitado não preveja os embargos declaratórios, estes já são usados com profusão na praxe forense, sem a oposição de empecilhos doutrinários ou jurisprudenciais. Não admitir o agravo sob este argumento seria uma incongruência, pois estariam sendo criados “dois pesos e duas medidas”.

Quanto ao último argumento, ele deve ser repellido por motivos históricos e práticos. Antes de 1995, quando estavam em vigor as antigas normas regentes do agravo, o rito deste era extremamente lento, havendo motivos razoáveis, portanto, para eventuais dissensões acerca do uso de tal remédio recursal no bojo do *mandamus*. Com a reforma do CPC, entretanto – mais precisamente com o advento da Lei nº 9.139/95 – o agravo de instrumento passou a admitir a concessão de liminar pelo Tribunal (o denominado efeito “suspensivo” ou “ativo”), razão pela qual caiu por terra a tese ora enfocada.

Pois bem. Depois de grande oscilação jurisprudencial, o STJ pacificou a matéria. Da ementa dos Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 150.086, extrai-se que “cabe agravo de instrumento contra decisão concessiva ou indeferitória de liminar em mandado de segurança, após as alterações da Lei nº 9.139/1995 [...]”.⁴⁸³

E nem poderia ocorrer de forma diversa. Além da inequívoca violação ao princípio do acesso à justiça (inc. XXXV do art. 5º da CF), há julgado no sentido de que subtrair a possibilidade de interpor agravo de instrumento contra decisão que concede ou denega

⁴⁸³ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 150.086. Relator: Ministro César Asfor Rocha. Corte Especial. j. 19/06/2006. DJU de 21/08/2006.

a liminar em mandado de segurança ressoa incompatível com os cânones da ampla defesa e do devido processo legal, cláusulas albergadas pela Constituição Federal.⁴⁸⁴

Acesso à justiça, ou, mais propriamente, acesso à ordem jurídica justa, significa proporcionar a todos, sem qualquer restrição, o direito de pleitear a tutela jurisdicional do Estado e de ter à disposição o meio constitucionalmente previsto para alcançar tal resultado⁴⁸⁵. Destarte, impedir o uso do agravo de instrumento no bojo do *mandamus* significava cercear o próprio princípio ora focalizado.

Em se tratando do mandado de segurança de competência originária dos tribunais, também há uma polêmica bastante interessante.

No caso dos *writs* de competência originária do STF, por exemplo, a referida Corte sumulou em seu verbete nº 622 o entendimento de que “não cabe agravo regimental contra decisão do relator que concede ou indefere liminar em mandado de segurança”.

Embora o STJ tenha trilhado o mesmo caminho após a edição do enunciado sumular em apreço, recente julgado oriundo da Corte Especial deste pretório (Agravo Regimental no Mandado de Segurança nº 11.961, ainda não publicado mas já citado por alguns julgados⁴⁸⁶) apontou em sentido inverso, isto é, de que cabe agravo regimental contra decisão que indefere liminar ou a concede em mandado de segurança. Foi reavivada, portanto, a posição seguida pelo Tribunal da Cidadania antes do surgimento do verbete do Pretório Excelso.

Diante da divergência, em recente julgado o STF acenou com o seguinte posicionamento:

⁴⁸⁴ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 776.667. Relator: Ministro Luiz Fux. 1ª Turma. j. 15/03/2007. DJU de 26/04/2007.

⁴⁸⁵ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada**: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização). 2. ed. São Paulo : Malheiros Editores, 2001. p. 71.

⁴⁸⁶ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Mandado de Segurança nº 12.846. Relator: Ministro Paulo Gallotti. 3ª Seção. j. 27/06/2007. DJU de 27/08/2007.

[...] O fato de o Supremo Tribunal Federal entender que não cabe agravo regimental da decisão que defere ou indefere medida liminar em mandado de segurança, de sua competência originária, não impede que outros tribunais adotem entendimento diverso.⁴⁸⁷

Diante de tal cenário, foi aberta a possibilidade de que outros tribunais (inclusive o STJ) adotem posição diversa da perfilhada pelo Supremo.

Cumprе saber, agora, se cabe recurso da decisão do presidente do tribunal que defere ou indefere o pedido de suspensão de segurança no âmbito do *mandamus*.

Neste particular, quando o pedido em questão é intentado em virtude de uma decisão proferida no *mandamus*, o agravo interno encontra previsão no art. 4º da Lei nº 4.348/64, cujo texto se refere, unicamente, ao pronunciamento que defere a suspensão. Por força da ausência de previsão legal, surgiu a discussão sobre o cabimento do recurso quando o ato decisório for denegatório.

Tal debate chegou aos Tribunais e, inicialmente, prevaleceu o entendimento de que não caberia agravo da decisão que indefere o pedido de suspensão da execução da liminar ou da sentença em mandado de segurança. É o que se pode concluir a partir do exame dos verbetes sumulares nº506 do STF e 217 do STJ.

Há alguns anos, entretanto, o posicionamento dos dois tribunais sofreu alteração. Acerca do tema, é bastante elucidativo o apanhado histórico feito por FREDIE DIDIER e LEONARDO JOSÉ CARNEIRO DA CUNHA:

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Questão de Ordem na Suspensão de Segurança nº 1.945/AL, resolveu *cancelar* o n. 506 da sua súmula. Na trilha da nova orientação firmada pelo STF, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, em julgamento do dia 16 de junho de 2003, ao apreciar o agravo regimental na SS 1.166-SP, admitiu, por maioria de votos, o agravo interno contra a decisão do Presidente que *indeferiu* o pedido de suspensão em mandado de segurança, o que gerou o cancelamento do verbete n. 217 da jurisprudência predominante do STJ.

⁴⁸⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Reclamação nº 5.082-3. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Tribunal Pleno. j. 19/04/2007. DJU de 04/05/2007.

Então, a partir desse novo entendimento, da decisão do presidente que *defere* ou *indefer* o pedido de suspensão cabe o agravo interno, ainda que se trate de processo de mandado de segurança.⁴⁸⁸

Outra questão pendente é a de se saber qual seria o recurso cabível no caso dos *writs* de competência originária dos Tribunais Regionais Federais e de Justiça.

Nos moldes do art. 105, II, “b”, da Constituição Republicana, compete ao Superior Tribunal de Justiça julgar, em recurso ordinário, os mandados de segurança decididos em única instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando denegatória a decisão.

Do próprio teor do texto constitucional, é possível extrair os requisitos para o manejo do recurso em comento, que são os seguintes: **i)** o *mandamus* deve ser da *competência originária*; **ii)** decidido pelo *tribunal*; **iii)** a decisão deve ser *denegatória*.

No tocante ao primeiro requisito, o tribunal *a quo* deve estar apreciando o *writ* no âmbito de sua competência originária, e não no da derivada (recursal). Como o próprio nome já sugere, o recurso ordinário é apelo que possui natureza similar à apelação, razão pela qual devolverá ao tribunal (STJ) toda a matéria alegada na impetração, sem qualquer limitação em relação à matéria fática. Por isso, além de não se aplicarem aqui os rígidos requisitos de admissibilidade impostos aos recursos especial e extraordinário (como sói ocorrer com o *prequestionamento*), admite-se com tranqüilidade o reexame de prova.

Quanto ao segundo requisito, exige-se que o ato decisório impugnado provenha do colegiado, isto é, caso seja proferida decisão monocrática pelo Relator, é indispensável o manejo do agravo interno dirigido ao órgão jurisdicional que ele integra. Por tal razão, a jurisprudência do STJ aponta que:

⁴⁸⁸ DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro. **Curso de direito processual civil**: meios de impugnação às decisões judiciais e processos nos tribunais. Vol. 3, 2. ed., Salvador : Editora JusPODIVM, 2006. p. 355.

[...] constitui erro grosseiro a interposição de recurso ordinário contra decisão monocrática que indefere, liminarmente, a petição inicial do mandado de segurança, uma vez que não esgotada a esfera jurisdicional originária, incumbindo, adredemente, ao impetrante suscitar a manifestação do órgão colegiado por meio do recurso próprio.⁴⁸⁹

Por fim, exige-se que decisão proferida seja *denegatória*, “o que implica dizer que se trata de recurso criado para beneficiar o cidadão em face do Estado. Em outras palavras, é recurso privativo do impetrante”.⁴⁹⁰

Mesmo quando ventile questão constitucional, se a decisão for *denegatória* não caberá recurso extraordinário endereçado *per saltum* ao STF, mas, sim, recurso ordinário ao STJ, que funciona, nesse caso, como tribunal de apelação, independentemente do prequestionamento.⁴⁹¹

Por “decisão denegatória”, diga-se de passagem, entende-se não só a que apreciar o fundo da controvérsia jurídica suscitada (julgando improcedente o pedido), mas também a que extinguir o processo sem julgamento de mérito.

De outro lado, quando a decisão do Órgão *a quo* ao apreciar o *writ* for *concessiva* da segurança, o recurso cabível para o réu não é o ordinário, “mas o especial, endereçado ao STJ, e/ou o extraordinário, dirigido ao STF, tudo a depender das peculiaridades do caso concreto.”⁴⁹²

No caso das decisões denegatórias do tribunal *a quo* que não apreciam o mérito da impetração, questão interessante é saber se tem aplicabilidade no STJ o denominado “princípio da causa madura”, positivado no § 3º do art. 515 do CPC.

⁴⁸⁹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 22.368. Relator: Ministro Felix Fischer. 5ª Turma. j. 17/05/2007. DJU de 29/06/2007.

⁴⁹⁰ DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro. **Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processos nos tribunais**. Vol. 3, 2. ed., Salvador : Editora JusPODIVM, 2006. p. 173-174.

⁴⁹¹ MARANHÃO, Clayton. In: FARIAS, Cristiano Chaves; DIDIER JR., Fredie (Coords.). **Procedimentos especiais cíveis: legislação extravagante**. São Paulo : Editora Saraiva, 2003. p. 182.

⁴⁹² Idem, *ibidem*.

Nesse pormenor, nada melhor do que estudar a própria jurisprudência do STJ, que é bem traduzida por recente julgado proferido no bojo de recurso ordinário em mandado de segurança, cuja ementa pontifica que:

Tratando os autos de questão eminentemente de direito, devidamente instruída pela prova pré-constituída juntada na inicial do *mandamus*, deve ser aplicada à espécie a Teoria da Causa Madura, consagrada no art. 515, § 3º, do CPC, prestigiando-se, assim, os princípios da celeridade, da economia processual e da efetividade do processo, informadores do Direito Processual Civil Moderno⁴⁹³.

Uma ressalva merece ser feita: caso as decisões denegatórias no *mandamus* sejam proferidas, originariamente, por tribunais superiores, ainda assim será cabível o recurso ordinário, que, neste caso, será dirigido ao STF, nos termos do art. 102, II, “a”, da Carta Magna de 1988.

Aplicam-se a este último recurso, *mutatis mutandis*, as mesmas considerações tecidas para o recurso ordinário destinado ao STJ.

Também encontram aplicação, por fim, o Recurso Especial e o Recurso Extraordinário, naquelas situações descritas em lei. Devem ser observados, naturalmente, os requisitos de admissibilidade de tais recursos, entre os quais está o denominado “prequestionamento”, consubstanciado no debate prévio do aspecto que se deseja submeter à apreciação do STJ ou do STF.

3.17 SUSPENSÃO DE SEGURANÇA

Uma das principais características do mandado de segurança diz respeito à eficácia imediata das decisões judiciais, liminares ou finais.

⁴⁹³ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 17.220. Relator: Ministra Eliana Calmon. 2ª Turma. j. 28/09/2004. DJU de 13/12/2004.

Com efeito, além da possibilidade de concessão de medida liminar, outro aspecto diferenciado do procedimento se refere à imediata exeqüibilidade da sentença ou acórdão que concede a segurança, uma vez que os recursos, em regra, são despidos do efeito suspensivo. Por outras palavras, isso significa que está franqueado o cumprimento provisório do provimento judicial (art. 12 da Lei nº 1.533/51).

É certo que, em determinadas situações, o próprio ordenamento já prevê hipóteses nas quais há vedação quer no sentido da concessão de liminares, quer no tocante à eficácia imediata da decisão. É o que ocorre, por exemplo, nos casos do art. 5º, Parágrafo único, c/c o art. 7º (ambos da Lei nº 4.348/64), re lativos aos *writs* impetrados visando à reclassificação ou equiparação de servidores públicos, ou à concessão de aumento ou extensão de vantagens. Nestas situações, por razões óbvias, perde força o pedido de suspensão, pelo simples fato de que são incabíveis ordens judiciais durante a tramitação procedimental.

Mas, para os casos alinhados fora do elenco restritivo, o pedido de suspensão é utilizado freqüentemente pelas pessoas jurídicas de direito público visando sustar a eficácia imediata da liminar, da sentença ou mesmo do acórdão mandamental, quando a situação concreta se enquadre em um dos casos da moldura normativa do art. 4º da Lei nº 4.348/64, de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

Ao contrário do que se pode imaginar à primeira vista, o pedido de suspensão não possui natureza recursal, pois além de não estar previsto em lei como recurso (isto é, não atende ao princípio da taxatividade), não gera reforma, anulação nem desconstituição da decisão atacada, ou seja, não contém o efeito substitutivo contemplado no art. 512 do CPC.

A posição mais aceita, na atualidade, entende que o instituto se insere no âmbito dos incidentes processuais⁴⁹⁴, razão pela qual não haveria nenhum obstáculo ao uso

⁴⁹⁴ RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Suspensão de segurança**: sustação da eficácia de decisão judicial proferida contra o poder público. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 92-98.

concomitante da suspensão de segurança com outros recursos, por não se aplicar, evidentemente, o princípio da singularidade ou unirecorribilidade recursal, segundo o qual é cabível apenas um tipo de recurso de cada decisão judicial.

Na prática, a utilização simultânea do pedido de suspensão com o recurso eventualmente cabível, ao menos em tese, amplia as chances de suspender o cumprimento da ordem judicial⁴⁹⁵. É o que ocorre, por exemplo, quando a pessoa jurídica de direito público interpõe agravo de instrumento com requerimento de efeito suspensivo e também a medida ora estudada.

Feitas essas considerações preliminares, é preciso investigar se é possível conciliar o incidente processual em apreço com a efetividade processual.

Na seara doutrinária, é freqüente a afirmação da inconstitucionalidade do pedido de suspensão, porque, em última análise, ele diminui ou reduz a máxima eficácia que o sistema constitucional e processual emprestam às decisões proferidas no bojo do mandado de segurança.⁴⁹⁶

O contraponto que se faz à arguição de inconstitucionalidade salienta principalmente a supremacia do interesse público sobre o particular, ressaltando que nas situações catalogadas na Lei nº 4.348/64 foi legítima a opção legislativa, pois não seria adequado privilegiar a afirmação de direito do impetrante em detrimento do interesse público.

A discussão da inconstitucionalidade do instituto, sem dúvida alguma, é das mais palpitantes, mas, certamente, exige discussões mais alongadas a serem efetuadas em trabalho monográfico. Por isso, dentro dos estreitos limites deste trabalho, entende-se que o presente incidente deve receber uma interpretação conforme à Constituição, tendo em vista, inclusive, o princípio da efetividade.

⁴⁹⁵ ARAÚJO, José Henrique Mouta. **Mandado de segurança**: questões controvertidas. Salvador : Editora JusPODIVM, 2007. p. 128.

⁴⁹⁶ BUENO, Cassio Scarpinella. **Mandado de segurança**: comentários às leis n. 1.533/51, 4.348/64 e 5.021/66. 3. ed. São Paulo : Saraiva, 2007. p. 233.

No plano da interpretação a ser oferecida ao incidente, entende-se que ela deve ser sempre *restritiva*, exatamente porque vai de encontro a princípios e garantias constitucionais que garantem uma tutela jurisdicional adequada (isto é, tempestiva, efetiva e compatível com as necessidades no plano do direito material). Não diverge de tal premissa o Pretório Excelso, como demonstra o ato decisório transcrito abaixo:

Impõe [...] ao presidente do tribunal, no exercício da atribuição monocrática que lhe foi legalmente deferida, que proceda, sempre, a uma *exegese estrita* dos poderes que lhe assistem, até mesmo em respeito à estatura superior que ostenta, em nosso sistema jurídico, o *writ mandamental*. A índole constitucional do mandado de segurança *determina* ao intérprete que *valorize* esse remédio processual, a fim de evitar que uma simples lei ordinária (Lei nº 4.348/64, art. 4º) venha permitir a adoção de medidas judiciais que contenham, inibam e paralise os efeitos jurídicos desse relevantíssimo instrumento de proteção consagrado pela própria Constituição.⁴⁹⁷

Destarte, a medida extrema ora analisada não deve ser deferida automaticamente, apresentando-se imprescindível a comprovação de efetivo risco de grave lesão a pelo menos um dos bens indicados no art. 4º da Lei nº 4.348/51, quais sejam, a ordem, a segurança, a saúde e a economia públicas. Nesse sentido, inclusive, aponta a lição de MARCELO ABELHA RODRIGUES⁴⁹⁸:

[...] por se tratar de medida excepcional, só deve ser concedida se estiverem devidamente comprovadas as razões de convencimento da medida. Se não for assim, com certeza o incidente perderá o seu caráter jurídico, para assumir papel estritamente político [...].

3.18 O MANDADO DE SEGURANÇA DA COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA

3.18.1 Procedimento

⁴⁹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de segurança nº 1.203-2. Relator: Ministro Celso de Mello. DJ de 15/09/1997.

⁴⁹⁸ RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Suspensão de segurança**: sustação da eficácia de decisão judicial proferida contra o poder público. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 211-212.

Conforme foi estudado no tópico oportuno, a competência para o julgamento do *mandamus* é fixada em razão da função exercida pela autoridade coatora e está prevista nas Constituições (Federal e Estaduais, dependendo do caso).

Com efeito, a análise das Constituições Estaduais ou mesmo da Constituição Republicana permite entrever que, dependendo da gradação hierárquica da autoridade, há várias situações nas quais os tribunais possuem competência originária para processar e julgar os *writs* ajuizados. Nesses casos, portanto, as Cortes atuam como órgãos de primeiro grau de jurisdição.⁴⁹⁹

No âmbito de um tribunal, insta frisar, há vários órgãos jurisdicionais, como as câmaras/turmas, câmaras reunidas/seções e também o tribunal pleno (ou órgão especial, nas Cortes com maior número de membros).

Os órgãos em questão, insta frisar, possuem composição plural, isto é, são formados por vários julgadores. Daí se falar que, nos tribunais, a regra é que os pronunciamentos obedeçam ao princípio da colegialidade, que figura como um desdobramento dos postulados do “juiz natural” e do “duplo grau de jurisdição” (como se fora um “duplo grau no plano horizontal”).⁵⁰⁰

Mas o princípio da colegialidade, como todo e qualquer princípio, não pode ser encarado de forma absoluta, razão pela qual é possível, em nome de outros princípios constitucionais – como a duração razoável dos processos, prevista no inc. LXXVIII do art. 5º da CF/88 – que em alguns casos seja possível a prolação de decisão de forma isolada pelo Desembargador ou Ministro, “*desde que* a lei preveja uma forma suficiente

⁴⁹⁹ KLIPPEL, Rodrigo; SARTÓRIO, Elvio Ferreira. A aplicação do art. 285-A ao julgamento dos mandados de segurança de competência originária dos tribunais. **Revista da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo**. Vitória : CEI, v. 5, n. 5, p. 270, 1º/2º sem. 2006.

⁵⁰⁰ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**: teoria geral do direito processual civil. Volume I. São Paulo : Saraiva, 2007. p. 122-124.

de contraste desta decisão perante o órgão colegiado, isto é, pela ‘Turma’ ou pela ‘Câmara’⁵⁰¹.

Destarte, não há transgressão ao princípio da colegialidade se a decisão singular puder ser submetida ao controle recursal dos órgãos colegiados no âmbito dos tribunais.

O presente trabalho, em tópicos apartados, demonstrará que há uma tendência cada vez maior no sentido de incentivar as decisões monocráticas nos tribunais, quer no âmbito recursal, quer no bojo das ações de competência originária. Por ora, cumpre deixar assentado que o legislador infraconstitucional, nas últimas reformas do CPC, vem criando novas *técnicas de antecipação do julgamento* colegiado por um dos seus membros.

Feitas essas considerações, cumpre ressaltar que, *mutatis mutandis*, o processamento do mandado de segurança de competência originária dos tribunais não discrepa substancialmente do trâmite que lhe é impresso quando aforado perante os juízos singulares/monocráticos.

Algumas das diferenças mais marcantes dizem respeito ao “Juiz Natural” – que, como afirmado, é o Colegiado, e não o órgão singular – e à intervenção do Ministério Público, que ocorre por intermédio de outros órgãos (Procuradores da República, nos Tribunais Regionais Eleitorais; Procuradores de Justiça, nos Tribunais Estaduais; Procuradores Regionais da República, nos Tribunais Regionais Federais e Subprocuradores-gerais da República, no âmbito do STF, STJ e TSE).

Após o seu ajuizamento, o *mandamus* será distribuído a um dos Desembargadores ou Ministros, ao qual competirá exercer o “juízo de admissibilidade” da demanda e também atuar no papel de “preparador” da causa para o julgamento perante o Colegiado que integra. Caberá a tal magistrado – que doravante será denominado de Relator –

⁵⁰¹BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**: teoria geral do direito processual civil. Volume I. São Paulo : Saraiva, 2007. p. 123.

determinar a emenda da petição inicial (ou mesmo indeferi-la), apreciar o pedido de liminar e praticar todos os demais atos que precedem o julgamento propriamente dito. Para alguns, também é possível que ele, de forma isolada, determine a remessa dos autos ao juízo competente.⁵⁰²

Cabem aqui, entretanto, duas ressalvas. Como nos órgãos jurisdicionais de composição múltipla a regra da colegialidade deve prevalecer sobre a individualidade no processo de tomada de decisões, é faculdade do Relator, sempre que considerar relevante a matéria, submeter ao colegiado o julgamento de requerimento de liminar em mandado de segurança. Neste sentido, inclusive, já decidiu o STF.⁵⁰³

Além disso, em algumas situações, a jurisprudência permite que o Relator profira decisão monocrática no *mandamus* de competência originária dos Tribunais. É o que ocorre, por exemplo, quando ele indefere a petição inicial do *writ*. Mas como o Relator atua como se fora um “delegado” do órgão que ele integra, eventuais recursos dessas decisões serão direcionadas ao Colegiado, por meio de um recurso de agravo interno.

Aspecto interessante, e que receberá tratamento apartado, diz respeito à incidência do art. 285-A do CPC nos tribunais. Defende-se, aqui, que ele é aplicável, permitindo que o Relator julgue monocraticamente o mandado de segurança que lhe for distribuído. Para maior detalhamento do assunto, remete-se o leitor ao tópico específico no qual a matéria será abordada.

Ultrapassado o juízo de admissibilidade da demanda e após o exame da liminar eventualmente pleiteada, recebidas ou não as informações encaminhadas pela autoridade coatora o Relator determinará a remessa dos autos ao Ministério Público para a elaboração de parecer, que deverá ser confeccionado no prazo de 05 (cinco) dias (art. 10 da Lei nº 1.533/51).

⁵⁰² BRASIL, Tribunal de Justiça do Espírito Santo. Mandado de Segurança nº 100.00.001880-2. Relator: Desembargador Ronaldo Gonçalves de Sousa. Decisão monocrática. j. 10/08/2007. DJES 21/08/2007.

⁵⁰³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar no Mandado de Segurança nº 25.579. Relator para o acórdão: Ministro Joaquim Barbosa. Tribunal Pleno. j. 19/10/2005. DJU 24/08/2007.

Devolvidos os autos pelo *Parquet*, eles são encaminhados ao gabinete do Desembargador ou Ministro Relator, ao qual competirá elaborar relatório e voto. O primeiro, será autuado e remetido à Secretaria da Câmara ou Turma; o segundo, por sua vez, será lido após o relatório na respectiva sessão de julgamento.

Há quem se insurja contra a inclusão em pauta de julgamento dos processos de mandado de segurança, entendendo que isso violaria a regra do art. 17 da Lei nº 1.533/51. HUGO DE BRITO MACHADO, por exemplo, faz menção à iniciativa do TRF da 5ª Região no sentido de imprimir a maior agilidade possível ao processamento do *mandamus*, mediante a dispensa (regimental) da abertura de vista ao Ministério Público e da sua inclusão em pauta.⁵⁰⁴

O próprio autor, entretanto, realça que algumas vezes se levantaram contra tal medida, quer porque entenderam indispensável a manifestação do Ministério Público, quer porque argüiram violação ao art. 552 do CPC – que trata da “ordem dos processos no tribunal” – ao prever que os autos serão apresentados ao presidente, que designará dia para julgamento, mandando publicar a pauta no órgão oficial.

Como rotineiramente alguns processos já são julgados independentemente de pauta, HUGO DE BRITO entende que não é razoável que o *mandamus* seja preterido. Cumpre reproduzir, a seguir, a contribuição do referido jurista:

A nosso ver, a inclusão do mandado de segurança em pauta de julgamento, oficialmente publicada, é obrigatória se prevista no regimento do Tribunal. Nada impede, porém, que este dispense tal inclusão, com o que, aliás, melhor observará a lei, viabilizando a preferência para o julgamento do mandado de segurança. [...]. Não se pode desconhecer, ainda, a possibilidade de ter o advogado, por outros meios que não a publicação de pauta, conhecimento da data em que ocorrerá o julgamento. Na prática, quando o caso é importante e por isto mesmo há interesse na sustentação oral, o advogado sempre sabe a data do julgamento.⁵⁰⁵

⁵⁰⁴ MACHADO, Hugo de Brito. **Mandado de segurança em matéria tributária**. 6. ed., São Paulo : Dialética, 2006. p. 23.

⁵⁰⁵ Idem, ibidem. P. 25.

A matéria, sem dúvida alguma, desperta controvérsias, pois se de um lado a dispensa de publicação da pauta objetiva beneficiar o próprio impetrante com a celeridade no julgamento, por outro lado a sustentação oral constitui instrumento de efetivação da garantia constitucional da ampla defesa, para cujo exercício a Constituição Republicana assegura os meios e recursos a ela inerentes (art. 5º, inc. LV).

Em respeito ao princípio da ampla defesa, muitos tribunais ainda observam o art. 552 do CPC, isto é, ainda publicam a pauta de julgamento.

Contudo, em tempos nos quais é cada vez maior a profusão de meios de comunicação – inclusive pela forma eletrônica – reputa-se possível a conciliação dos princípios em jogo. Pelo menos em tese, já há instrumentos tecnológicos para isso, que, independentemente da publicação de pauta no órgão oficial, poderiam ser usados para dar ciência do julgamento às partes e aos seus respectivos advogados. Para tanto, basta examinar a nova redação do art. 154 do CPC, com redação dada pela Lei nº 11.280, de 16.2.2006 (DOU de 17.2.2006).

De qualquer sorte, cumpre ressaltar que os Tribunais estão buscando alternativas para reduzir a morosidade dos julgamentos. Exemplo disso é a criação da denominada “pauta temática” – utilizada pelo STF e também pelo TJES. Tal sistema, insta frisar, reúne os processos por grupos, tendo em conta a temática envolvida ou mesmo a natureza da matéria debatida. Como a pauta é publicada com antecedência e os membros da Corte têm acesso prévio às matérias e teses jurídicas envolvidas, o propósito é permitir a preparação dos julgadores com antecedência e, com isso, reduzir o número de pedidos de vista, que estão inseridos como uma das causas da lentidão dos julgamentos perante órgãos colegiados.

Sob esse ângulo, a pauta temática é uma iniciativa oriunda da preocupação com a demora do julgamento no âmbito dos órgãos colegiados. E quanto maior for o número de julgadores, mais grave tende a ser o problema, pois, ao menos em tese, mais numerosos poderão ser os pedidos de vista. Daí a conveniência (e, por que não dizer,

necessidade) de serem criados órgãos especiais, que limitem o número de magistrados atuantes nos julgamentos.

Embora esses julgamentos em “bloco” possuam as vantagens citadas acima, merece consideração a crítica de que a apreciação “em massa” não observa as eventuais peculiaridades dos casos concretos.

Mas, como contraponto, pode ser citado o argumento de que, em tais hipóteses, seriam cabíveis embargos de declaração para sanar os possíveis vícios.

3.18.2 O art. 557 do CPC é aplicável ao *mandamus* de competência originária?

Questão teórica das mais apaixonantes é a que diz respeito à aplicação do art. 557 do CPC nos mandados de segurança de competência originária.

Faz-se questão de frisar o aspecto da competência originária porque, quer no bojo do reexame necessário, quer no bojo das apelações voluntárias e dos agravos, não há dúvida acerca da incidência do dispositivo legal em questão. Daí a importância de um estudo sobre o tema, ainda que confinado aos estritos limites definidos nesse estudo.

A princípio, a matéria pode parecer das mais prosaicas e elementares, porque a literalidade do art. 557 do CPC faz menção expressa a “recursos”. E o *mandamus*, como já foi demonstrado em outra oportunidade, possui a natureza jurídica de “ação”, o que aparentemente afastaria a possibilidade de subsunção.

Ocorre, entretanto, que em alguns casos o mandado de segurança, inicialmente imaginado e criado para o controle dos *atos administrativos*, é utilizado também para

atacar pronunciamentos judiciais. Assume, nessas situações, o papel de um nítido *sucedâneo recursal*, pois acaba fazendo as vezes de um recurso.

Em razão da versatilidade inerente ao mandado de segurança e ao *habeas corpus*, alguns autores referem-se a eles como “remédios jurídicos”, expressão utilizada sobretudo para se reportar à multifuncionalidade de ambos.

Neste sentido aponta a lição de FRANCISCO GÉRSON MARQUES DE LIMA:

[...] as ações constitucionais possuem, de seu turno, características peculiares que as qualificam e as topificam num ambiente especialíssimo. É o caso, dissemos, do *habeas corpus* e do mandado de segurança, por apresentarem uma variabilidade muito grande, de ampla utilização e emprego multifário, pois: a) ora são impetrados como autênticas ações originárias perante o Judiciário, para a tutela dos direitos definidos na Constituição; e b) ora apresentam traços de recursos jurídicos, na medida em que visam a reformar atos praticados pelo juiz no próprio processo (exemplo: art. 648, VI, do CPP - *habeas corpus* quando o processo for manifestamente nulo; Lei 1.533, de 1951, art. 5º, II, *a contrario sensu*). Esta possibilidade de emprego variável atraiu ditas ações a sinonímia de *remédios jurídicos* e de *remédios heróicos*.⁵⁰⁶

Extrai-se, portanto, que os *writs* possuem grande plasticidade no seu uso cotidiano, não sendo raro o manejo deles como verdadeiros sucedâneos recursais, isto é, acabam fazendo as vezes de um recurso.

Principalmente quando o *writ* é utilizado para impugnar decisões proferidas em primeiro grau, é incrível a sua semelhança com o recurso de agravo de instrumento. Dentre as características comuns que denotam a proximidade da fisionomia de ambos nessa situação, podem ser ressaltados os seguintes aspectos: **a)** instrumentos céleres; **b)** baseados em forro documental; **c)** possibilidade de antecipação de tutela (no caso no agravo, da tutela recursal, naturalmente); **d)** informações prestadas pelo juiz em 10 (dez) dias; **e)** serão apreciados por uma câmara julgadora, e não pelo plenário da Corte.

⁵⁰⁶ LIMA, Francisco Gérson Marques de. **Fundamentos constitucionais do processo** (sob a perspectiva de eficácia dos direitos e garantias fundamentais). São Paulo : Malheiros Editores, 2002. p. 224.

Diante de tamanhas afinidades, haveria respaldo para a incidência do art. 557 do CPC?

Na esfera doutrinária, há quem acene positivamente, valendo-se de argumentos bastante convincentes, que realmente impressionam. É o caso de J. S. FAGUNDES CUNHA⁵⁰⁷, que faz menção ao art. 21, § 1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, segundo o qual:

Art. 21. [...]

§ 1º. Poderá o relator arquivar ou negar seguimento a pedido ou recurso manifestamente intempestivo, incabível ou improcedente e, ainda, quando contrariar a jurisprudência predominante do Tribunal, ou for evidente a sua incompetência.

Não se pode esquecer que, de acordo com a jurisprudência do Pretório Excelso, o seu Regimento Interno ostentaria o *status* de lei ordinária, não figurando, portanto, como mero ato administrativo normativo.

O mesmo Tribunal, diga-se de passagem, já sedimentou em inúmeros julgados que o poder conferido ao relator para decidir monocraticamente não vulnera a Constituição Republicana, mormente quando as decisões podem ser submetidas ao controle do colegiado.

O escólio doutrinário supracitado vem encontrando agasalho em algumas Cortes da federação. No Tribunal de Justiça do Espírito Santo, por exemplo, há vários precedentes sobre o assunto, de lavra do Desembargador Samuel Meira Brasil Júnior. Reproduz-se, aqui, um significativo trecho de um deles, no qual Sua Excelência expõe seu entendimento sobre o assunto:

[...] A ação mandamental foi utilizada como um sucedâneo recursal. Assim, como a matéria encontra-se consolidada nos tribunais, julgo com fundamento no art. 557 do CPC.

Muito embora o citado dispositivo legal refira-se a 'recurso', não se pode esquecer que o presente writ foi impetrado, excepcionalmente, como sucedâneo recursal.

Ora, se o writ teve a função de devolver ao tribunal o exame da legalidade de ato judicial, nada mais natural que aplicar o art. 557, e seu § 1º, do CPC, pois

⁵⁰⁷ CUNHA, J. S. Fagundes. O mandado de segurança e a aplicação do art. 557 do código de processo civil. Disponível em: <<http://www.amb.com.br/portal/docs/artigos>>. Acesso em 04 dez. 2007.

as razões que autorizam sua aplicação (jurisprudência consolidada e reapreciação de ato judicial) estão presentes.
 [...] entendo ser absolutamente razoável e coerente a aplicação técnica do julgamento monocrático também nas ações originárias, desde que presentes os requisitos previstos no art. 557 e no § 1º-A [...].⁵⁰⁸

Um argumento muito invocado contra tal prática está na segunda parte do art. 17 da Lei nº 1.533/51, pois esta assenta que na instância superior o *writ* deve ser levado a julgamento na primeira sessão que se seguir à data em que, feita a distribuição, forem conclusos ao relator.

É óbvio que, se a exegese de tal dispositivo fosse conduzida às últimas conseqüências, estaria vedado, por exemplo, o indeferimento da inicial por decisão monocrática do relator, procedimento dos mais rotineiros em todo e qualquer tribunal.

Nesse caso, cumpre mais uma vez reconhecer a existência de lacuna axiológica no bojo da Lei nº 1.533/51, decorrente do anquilosamento desta diante das várias inovações ocorridas no Código de Processo Civil. Reporta-se, aqui, ao que já foi dito sobre a matéria nos tópicos anteriores, principalmente no *item 1.12*.

Mas não é só! Embora o uso do *mandamus* contra ato judicial não desfigure a sua categorização como “ação”, sob o prisma da efetividade e da duração razoável dos processos não deixa de ser digno de encômios o provimento acima reproduzido. Cumpre lembrar que, dependendo da Câmara ou Turma Julgadora, um mandado de segurança pode levar inúmeros meses para ser inserido em pauta, estando sujeito, mesmo assim, a diversos adiamentos, que protelam até não mais poder o seu julgamento. Já na situação ora focalizada, entre a prolação da decisão e a sua publicação na imprensa oficial bastam alguns dias, o que certamente satisfaz o anseio do jurisdicionado por uma tutela jurisdicional tempestiva. E não se descarta, obviamente, o acesso do sucumbente ao Colegiado, pela via do agravo interno, até

⁵⁰⁸ BRASIL, Tribunal de Justiça do Espírito Santo. Mandado de Segurança nº 100.06.004308-8. Relator: Desembargador Samuel Meira Brasil Júnior. Decisão monocrática. j. 28/11/2006, DJ 15/12/2006.

porque, como foi visto acima, a constitucionalidade dos dispositivos reguladores das decisões unipessoais do relator está atrelada à possibilidade de recurso ao Colegiado.

À guisa de conclusão, reputa-se que o art. 557 do CPC somente poderá ser aplicado ao *mandamus* de competência originária quando este apresentar o perfil de sucedâneo recursal. Nos demais casos, se for o caso, poderá incidir o art. 285-A, do mesmo diploma, aspecto este que será analisado no próximo tópico.

3.18.3 Incide na instância superior o art. 285-A do CPC?

A Lei nº 11.277, de 07 de fevereiro de 2006 (publicada no Diário Oficial da União em 08/02/06), acrescentou ao CPC o art. 285-A, cuja redação é a seguinte:

Art. 285-A. Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada.

A inovação legal, a princípio, teve endereço certo: no cotidiano forense, não são poucos os casos nos quais as questões jurídicas discutidas são rigorosamente as mesmas. Nas varas federais, por exemplo, além das causas previdenciárias envolvendo a aplicação de determinados índices de reajuste, também são freqüentes as demandas tributárias cuja matéria debatida é rigorosamente idêntica, situação também freqüente nos juízos da Fazenda Pública (Estadual e Municipal). Nestes últimos, diga-se de passagem, são freqüentes também as demandas envolvendo concursos públicos, regimes especiais de previdência dos servidores, entre outros assuntos.

Principalmente no âmbito dos juízos especializados, nos quais são mais comuns e rotineiras as discussões reiteradas sobre determinadas matérias, já é bastante comum o uso do art. 285-A do CPC.

Embora o mandado de segurança possua um procedimento especial, previsto na Lei nº 1.533/51, defende-se aqui que a novidade também tem incidência no bojo do *writ*, não divergindo de tal orientação o processualista LEONARDO JOSÉ CARNEIRO DA CUNHA, que ao se referir ao dispositivo em comento tece os seguintes comentários:

[...] A regra não parece incompatível com o mandado de segurança. Aliás, os requisitos ali previstos não se restringem a qualquer tipo de procedimento. Sendo a matéria só de direito e já tendo o juízo proferido sentença de total improcedência em casos anteriores, poderá ser aplicado o art. 285-A do CPC, com a prolação de imediata sentença de improcedência, ainda que se trate de mandado de segurança.⁵⁰⁹

Também neste aspecto, existe uma inequívoca lacuna axiológica no tratamento do assunto, pois a novel técnica processual prevista pelo CPC – que não parece incompatível com a natureza do *mandamus* – não encontra previsão na lei especial. E se não houver incompatibilidade, é possível a aplicação subsidiária do Código de Processo, como já foi visto anteriormente.

Ultrapassada essa primeira barreira, cumpre examinar um outro problema: seria possível a aplicação do art. 285-A do CPC no âmbito dos tribunais, uma vez que a lei se refere apenas a “juízo”?

Neste particular, parece muito adequada a lição de RODRIGO KLIPPEL e ÉLVIO FERREIRA SARTÓRIO, segundo os quais:

[...] a terminologia adotada pelo legislador, ao redigir o art. 285-A do CPC, de que nos ocupamos, não pode ser um empecilho ao seu emprego no julgamento de mandados de segurança de competência originária dos tribunais.[...].

Nesse sentido, as expressões *juízo* e *sentença* não podem ser vistas como se fossem referências peremptórias ao emprego da técnica em estudo somente aos órgãos jurisdicionais monocráticos.

Juízo é signo que indica órgão jurisdicional, qualquer que seja ele.⁵¹⁰

⁵⁰⁹ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A fazenda pública em juízo**. São Paulo : Dialética, 2007. p. 410.

⁵¹⁰ KLIPPEL, Rodrigo; SARTÓRIO, Elvivo Ferreira. A aplicação do art. 285-A ao julgamento dos mandados de segurança de competência originária dos tribunais. **Revista da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo**. Vitória, v. 5, n. 5, p. 271, 1º/2º sem. 2006.

De mais a mais, ainda que de forma analógica é possível a aplicação do art. 285-A às ações originárias dos Tribunais, uma vez que resta sedimentado no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça o cabimento de decisão monocrática em julgamento de mandado de segurança, bem como de outras ações da competência originária dessas Cortes, constando tal previsão em seus Regimentos Internos.

Cumpra saber, entretanto, se tal regra de julgamento pode ser utilizada monocraticamente ou de forma colegiada.

De acordo com KLIPPEL e SARTÓRIO, caso o art. 285-A seja aplicado nos tribunais, será colegiada a decisão que refutar, de plano, a pretensão.⁵¹¹

Com o devido respeito, a fim de que se dê a devida aplicação ao instituto, extraído-se dele a maior eficácia possível, é possível admitir o julgamento monocrático pelo relator, com possibilidade de agravo para o colegiado.

A título meramente ilustrativo, cumpre reproduzir a literalidade dos arts. 38 e 39 da Lei nº 8.038/90:

Art. 38. O Relator, no Supremo Tribunal Federal ou no Superior Tribunal de Justiça, decidirá o pedido ou o recurso que haja perdido seu objeto, bem como negará seguimento a pedido ou recurso manifestamente intempestivo, incabível ou, improcedente ou ainda, que contrariar, nas questões predominantemente de direito, Súmula do respectivo Tribunal.

Art. 39. Da decisão do Presidente do Tribunal, de Seção de Turma ou de Relator que causar gravame à parte, caberá agravo para o órgão especial, Seção ou Turma, conforme o caso, no prazo de cinco dias.

Ora, se a idéia é oferecer maior celeridade ao *writ* e o sistema processual já prevê o cabimento da apreciação unipessoal com possibilidade de agravo interno para o colegiado – como se pode extrair dos arts. 38 e 39 da Lei nº 8.038/90 e do art. 557 e respectivo § 1º do CPC – o julgamento deve ser monocrático, e não colegiado.

⁵¹¹ KLIPPEL, Rodrigo; SARTÓRIO, Elvino Ferreira. A aplicação do art. 285-A ao julgamento dos mandados de segurança de competência originária dos tribunais. **Revista da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo**. Vitória, v. 5, n. 5, p. 274, 1º/2º sem. 2006.

Não diverge de tal posição o Plenário do TJES, que já assentou a seguinte orientação:

PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. RELATOR. DECISÃO UNIPESSOAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONVERSÃO. AGRAVO RETIDO. ART. 527, PARÁGRAFO ÚNICO DO CPC. IRRECORRIBILIDADE.

1. O julgamento monocrático, com base em entendimento consolidado pelo próprio tribunal, mesmo que em ação originária, assegura um processo sem dilação indevida.

2. O art. 285-A do CPC pode ser aplicado nas ações de competência originária dos tribunais de justiça.[...].⁵¹²

Do voto proferido pelo eminente relator (Desembargador Samuel Meira Brasil Júnior), pode-se extrair o seguinte:

Ademais, há, ainda, uma razão prática para a decisão unipessoal.

Se se exigisse o julgamento em sessão, a matéria suscitada pelo Impetrante somente seria apreciada após o *writ* entrar em pauta e, após vários meses de espera, sendo que o Plenário iria apenas repetir o entendimento já consolidado neste Egrégio Tribunal de Justiça. Ora, isso afronta a razoável duração do processo, por criar uma dilação indevida.

A preocupação pela efetividade do processo é tão grande que o legislador incluiu, como garantia constitucional (verdadeiro direito fundamental), a razoável duração do processo.

[...] se o julgamento do colegiado é desnecessário, inclusive havendo medida adequada que, com menor custo (de tempo e de esforço), é suficiente para obter o mesmo resultado, então uma eventual dilação gerada pela submissão do recurso à Sessão de Julgamento é desnecessária e inadequada e contraria o [...] art. 5º, LXVIII [...].⁵¹³

Conclui-se, portanto, que além de ser possível a aplicação do art. 285-A do CPC ao mandado de segurança de competência originária, por razões de efetividade e de respeito à duração razoável do processo eventual decisão poderá ser proferida de forma unipessoal, com possibilidade de agravo interno para o colegiado.

3.19 COISA JULGADA

⁵¹² BRASIL, Tribunal de Justiça do Espírito Santo. Agravo Regimental no Mandado de Segurança nº 100.07.000.222-3. Relator: Desembargador Samuel Meira Brasil Júnior. Pleno. J. 25/06/2007, DJES 13/07/2007.

⁵¹³ BRASIL, Tribunal de Justiça do Espírito Santo. Agravo Regimental no Mandado de Segurança nº 100.07.000.222-3. Relator: Desembargador Samuel Meira Brasil Júnior. Pleno. J. 25/06/2007, DJES 13/07/2007.

Desconsiderando o adágio “*omnis definitio in jure civile, periculosa est*”, preceitua o art. 467 do CPC que “denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”.

Embora a existência de uma definição seja útil para coibir dúvidas que possam surgir por ocasião da aplicação do instituto, a corrente doutrinária majoritária critica a acepção da coisa julgada como “eficácia”, preferindo identificá-la com uma “qualidade dos efeitos da decisão”, ou, nas palavras (liebmanianas) de NELSON NERY JUNIOR e ROSA MARIA ANDRADE NERY, “a qualidade que torna imutável e indiscutível o comando que emerge da parte dispositiva da sentença de mérito não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário.”⁵¹⁴

A eficácia, enquanto aptidão da sentença para produzir efeitos, não se confunde com a autoridade da coisa julgada (qualidade do comando da sentença)⁵¹⁵. Isso porque o comando contido na sentença, mesmo quando é eficaz, pode ainda ser suscetível de reforma⁵¹⁶. É o que ocorre, por exemplo, na hipótese de execução provisória, na qual o recurso eventualmente interposto pode ser provido, julgando improcedente o pedido do autor.

Para que se compreenda adequadamente o aspecto da formação da coisa julgada material no mandado de segurança, é preciso, inicialmente, compreender a cognição efetuada no bojo desta ação constitucional. A respeito do tema, é clássica a lição de KAZUO WATANABE, que cataloga o *mandamus* entre os exemplos da cognição plena e exauriente *secundum eventum probationis*, cujas características seriam as seguintes:

[...] sem limitação à extensão da matéria a ser debatida e conhecida, mas com condicionamento da profundidade da cognição à existência de elementos probatórios suficientes, isso em razão de técnica processual (para conceber

⁵¹⁴ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor**. 3. ed., São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 676.

⁵¹⁵ Idem, *ibidem*.

⁵¹⁶ ALVIM, Thereza. **Questões prévias e os limites objetivos da coisa julgada**. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1977. p. 88.

procedimento simples e célere, com supressão da fase probatória específica ou procedimento em que as questões prejudiciais são resolvidas, ou não, com eficácia preclusiva, conforme os elementos de convicção)[...].⁵¹⁷

Ao dissertar especificamente sobre o procedimento de cognição plena e exauriente *secundum eventum probationis* e suas aplicações, o autor supracitado⁵¹⁸ cita como exemplo o *mandamus*, como bem mostra o trecho transcrito abaixo:

[...] Do procedimento [...] de cognição *plena e exauriente* “*secundum eventum probationis*”, podemos citar as seguintes aplicações: [...] b) no *processo de mandado de segurança*, é entendimento assente, inclusive cristalizado em Súmula do Supremo Tribunal Federal, que ‘decisão denegatória de mandado de segurança, não fazendo coisa julgada contra o impetrante, não impede o uso de ação própria’ (Súmula 304) (art. 15, Lei nº 1.533/51). O exame exauriente do mérito da causa é dependente da existência de elementos probatórios necessários para tanto.

Depreende-se, portanto, que a técnica da cognição *secundum eventum probationis* usada no mandado de segurança possibilita uma cognição plena e exauriente apta à formação da coisa julgada material, desde que apresentados elementos de prova suficientes para ensejar esse exame, sem oportunidade de posterior complementação⁵¹⁹. Por outras palavras, a insuficiência de prova impediria o exame do mérito.

Tal entendimento, entretanto, não goza de unanimidade na doutrina, como se pode extrair das palavras de LEONARDO JOSÉ CARNEIRO DA CUNHA⁵²⁰:

Se, entretanto, o impetrante não produz a prova documental que era necessária, vindo a segurança a ser denegada, haverá coisa julgada material. Ora, é cediço que, em qualquer demanda, não provado o fato alegado, a hipótese será de improcedência, com coisa julgada material. No mandado de segurança não é diferente.

⁵¹⁷ WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 2. ed., São Paulo : Bookseller Editora, 2000. p. 114.

⁵¹⁸ Idem, *ibidem*, p. 118-119.

⁵¹⁹ PISTILLI, Ana de Lourdes Coutinho Silva. **Mandado de segurança e coisa julgada**. São Paulo : Atlas, 2006. p. 149.

⁵²⁰ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A fazenda pública em juízo**. 5. ed., São Paulo : Dialética, 2007. p. 431.

Mas ao abordarem os modos de produção da coisa julgada, DIDIER, OLIVEIRA e SARNO fazem menção a 03 (três) diferentes tipos, a saber: **i)** a coisa julgada *pro et contra*; **ii)** a *secundum eventum litis*; e **iii)** a *secundum eventum probationis*.

Ao dissertarem sobre a terceira e última delas, pontificam que:

[...] subsiste em nosso sistema a coisa julgada *secundum eventum probationis* que é aquela que só se forma em caso de esgotamento das provas – ou seja, se a demanda for julgada procedente, que é sempre com esgotamento de prova, ou improcedente com suficiência de provas. A decisão judicial só produzirá coisa julgada se forem exauridos todos os meios de prova. Se a decisão proferida no processo julgar a demanda improcedente por insuficiência de provas, não formará coisa julgada. No regime geral (*pro et contra*), a improcedência por falta de provas torna-se indiscutível pela coisa julgada. São exemplos de coisa julgada *secundum eventum probationis*: a) ações coletivas que versem sobre direitos difusos ou direitos coletivos em sentido estrito (art. 103, I e II, CDC); b) ação popular (art. 18 da Lei Federal n. 4.717/1965); c) o mandado de segurança, individual ou coletivo (art. 16 da Lei Federal n. 1.533/1951).⁵²¹

ANA DE LOURDES PISTILLI⁵²² também não comunga da orientação perfilhada por LEONARDO CARNEIRO, pois, na sua ótica,

Se a prova que ficou faltando não for de natureza documental, não caberá a renovação do mandado de segurança para produzi-la. Isso só será possível se tiver faltado uma prova meramente documental e o impetrante vier a exibi-la, dentro do prazo legal.

[...]

Não há, como se vê, uma coincidência no que tange à possibilidade de renovação da demanda: no caso do mandado de segurança, essa repositura, além de sujeita a um prazo exíguo, só caberá quando faltar apenas uma prova documental, suscetível de ser exibida ou produzida.

Defende-se, aqui, a segunda corrente, não só pelo que foi dito acerca da cognição *secundum eventum probationis*, mas também porque a primeira posição restringe demasiadamente o art. 16 da Lei n° 1.533/51, segundo o qual “o pedido de mandado de segurança poderá ser renovado se a decisão denegatória não lhe houver apreciado o mérito”.

⁵²¹ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil: direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada**, vol. 2. Salvador : Editora Juspodivm, 2007. p. 491.

⁵²² PISTILLI, Ana de Lourdes Coutinho Silva. **Mandado de segurança e coisa julgada**. São Paulo : Atlas, 2006. p. 103-104.

Além disso, a segunda delas também parece estar mais afinada com o princípio da efetividade processual, na medida em que oportuniza a busca da tutela em outra demanda, quando, por insuficiência probatória, não houver decisão sobre o *meritum causae*.

3.19.1 A coisa julgada no mandado de segurança e a “ação ordinária” superveniente para cobrança de valores pretéritos

Conquanto tal entendimento não pareça o mais sintonizado com a economia processual – haja vista exigir o ajuizamento de *duas* demandas quando *apenas uma* poderia compor adequadamente a lide – a jurisprudência cristalizou a orientação de remeter o impetrante às denominadas “vias ordinárias” para cobrar as parcelas pretéritas, isto é, aquelas anteriores ao ajuizamento do mandado de segurança.

Indagação palpitante, que não pode passar despercebida, é a seguinte: se a segurança tiver sido concedida por decisão transitada em julgado e o impetrante desejar cobrar judicialmente as parcelas vencidas anteriormente à impetração por meio de “ação ordinária” de cobrança, poderá a entidade pública rediscutir a matéria coberta pelo manto da coisa julgada?

A resposta a tal pergunta é oferecida por MAURO LUÍS ROCHA LOPES⁵²³:

[...] se um impetrante obtém decisão definitiva em mandado de segurança determinando o restabelecimento de seu benefício previdenciário cassado irregularmente pelo INSS, fundamentando-se a decisão em que o segurado efetivamente faz jus ao mesmo, na ação de cobrança das parcelas vencidas anteriormente à impetração não pode o juiz considerar o oposto, isto é, que a cassação do benefício foi perpetrada de forma correta pela Administração, negando a pretensão. A discussão, nessa ação, estará adstrita aos valores

⁵²³ LOPES, Mauro Luís Rocha. **Mandado de segurança**: doutrina, jurisprudência, legislação. 2. ed., Niterói : Editora Impetus, 2007. p. 82.

envolvidos, às parcelas eventualmente prescritas etc., não podendo resvalar na coisa julgada oriunda do *mandamus*, cuja autoridade há de ser resguardada. Outro entendimento acarretaria total insegurança jurídica, resultante de incompatibilidade lógica entre duas decisões judiciais [...].

Não discrepa desse entendimento o Colendo STJ, segundo o qual “a procedência do pedido em sede de mandado de segurança vincula decisão posterior em ação de cobrança, onde se busca apenas o pagamento das parcelas pretéritas”⁵²⁴. Nesse caso, o termo *a quo* da prescrição quinquenal das parcelas vencidas é a data do ajuizamento da ação mandamental⁵²⁵.

3.19.2 Reflexões sobre o verbete nº 239 do STF

Aspecto dos mais instigantes, que também interessa ao presente estudo, diz respeito à coisa julgada nas chamadas “relações continuativas”, que fazem do mandado de segurança em matéria tributária um exemplo recorrente na doutrina e na jurisprudência.

Imagine-se, por exemplo, que o Município “X” está cobrando Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU) de determinada ordem religiosa, pelo fato de possuir bem imóvel consubstanciado no templo que ocupa. Como tal situação está abarcada pela imunidade prevista no art. 150, VI, “b”, da Constituição Republicana de 1988, a aludida congregação impetra mandado de segurança com pedido meramente declaratório da inexistência de relação jurídica que a obrigue ao pagamento do tributo. Se a segurança for concedida, poderá a pessoa jurídica de direito público interno exigir o imposto em outros exercícios?

⁵²⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo Regimental no Recurso Especial nº 628.961. Relator: Ministro Paulo Gallotti. 6ª Turma. j. 18/08/2005, DJU 12/09/2005.

⁵²⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental Recurso Especial nº 860.212. Relator: Ministro Félix Fischer. 5ª Turma. j. 05/10/2006, DJU 30/10/2006.

Uma leitura apressada do Verbete Sumular nº 239 do STF pode induzir o intérprete a erro, pois seu texto possui o seguinte teor: “decisão que declara indevida a cobrança do imposto em determinado exercício não faz coisa julgada em relação aos posteriores”.

Ao examinar os precedentes que deram origem ao Enunciado em apreço, CASSIO SCARPINELLA BUENO preleciona que:

O que se decidiu para “sumular” e que consta do Enunciado 239 é que naqueles casos em que um específico ato de lançamento tributário é questionado e é ele, aquele específico ato, anulado em juízo, o que foi decidido *nestas condições* não tem o condão de *vincular* o que será decidido em outros casos, mesmo que similares. [...] É nesse sentido – e só nesse – que a Súmula (*sic*) 239 do Supremo Tribunal Federal pode e deve ser lida e aplicada. Ela não se aplica, por isso mesmo, a casos em que não há, no mandado de segurança, restrição a nenhum ato específico mas, bem diferentemente, em que se questiona a própria legitimidade da cobrança de determinado tributo, de determinada exação tributária que se repete, pela sua própria natureza, no tempo.⁵²⁶

No exemplo acima, em que se questionou em juízo a própria “matriz de incidência tributária”, não se justificam novas impetrações para os exercícios subseqüentes, pois a declaração judicial irá alcançar os atos seguintes, enquanto perdurarem os aspectos fáticos nos quais se baseou a decisão original. Por outras palavras, a sentença conservará sua eficácia prospectiva enquanto se mantiverem inalterados o direito e o suporte fático sobre os quais estabeleceu o juízo de certeza.

Acerca do tema, o STJ já decidiu que:

[...] Nos casos em que o pedido não se refira a exercício financeiro específico, mas ao reconhecimento da inconstitucionalidade ou ilegalidade da exação, ou de sua imunidade ou isenção, por exemplo, deve ser afastada a restrição inserta na Súmula nº 239/STF, desde que mantidas inalteradas as situações de fato e de direito⁵²⁷.

⁵²⁶ BUENO, Cassio Scarpinella. **Mandado de segurança**: comentários às leis n. 1.533/51, 4.348/64 e 5.021/66. 3. ed. São Paulo : Saraiva, 2007. p. 173/174.

⁵²⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 706.176. Relatora: Ministra Denise Arruda. 1ª Turma. j. 07/12/2006, DJU 01/02/2007.

3.20 O SISTEMA DE CUMPRIMENTO DAS DECISÕES EM MANDADO DE SEGURANÇA

3.20.1 Considerações iniciais

Na praxe forense, ainda é muito difundida a idéia de que a efetivação da liminar e da sentença do mandado de segurança ocorre com a mera expedição de *ofício* à autoridade coatora e, eventualmente, no caso de descumprimento, com a punição dela pela prática do *crime de desobediência* (art. 330, do CP), sem prejuízo da *intervenção federal* (art. 34, inc. VI, da CF/88) ou mesmo do enquadramento da conduta como *crime de responsabilidade* (art. 85, inc. VII, da CF/88).

Tal concepção, que se mostra demasiadamente limitada quando se trata de viabilizar a efetivação dos provimentos jurisdicionais, certamente não atende a boa parte dos problemas cotidianos.

Em primeiro plano, porque a doutrina e também a jurisprudência se apresentam extremamente vacilantes na indicação do tipo penal em que se enquadraria a recusa do impetrado em cumprir a determinação judicial. E o que é ainda pior: no caso de Prefeito, por exemplo, a jurisprudência entende que ele não poderia figurar como sujeito ativo do crime de desobediência, razão pela qual caberá processá-lo, se for o caso, por crime de responsabilidade, tipificado no art. 1º, inc. XIV, do Decreto-lei nº 201/67.⁵²⁸

Em segundo lugar, a *intervenção federal* ou o enquadramento em *crime de responsabilidade* possuem dois graves inconvenientes, pois além de não facultarem ao juiz agir diretamente contra a autoridade recalcitrante, envolvem julgamento político

⁵²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 76.888. 2ª Turma. Relator: Ministro Carlos Velloso. J. 29/09/1998, DJU 20/11/1998.

subordinado a moroso e complexo processo, razão pela qual se mostram insuficientes para assegurar a pronta obediência à decisão.

Além disso, a pressão psicológica que *medidas punitivas* predeterminadas é capaz de exercer nem sempre se apresenta relevante, mormente quando algumas delas possibilitam a liberação imediata do ofensor (como será visto em item apropriado deste trabalho). Já as *medidas coercitivas*, que influenciam o comportamento do sujeito com a ameaça de um malefício caso ele desrespeite o comando, apresentam-se como poderosos mecanismos no sentido de induzir à prática de alguma conduta, mormente quando resultam num mal crescente à parte recalcitrante, na razão direta da sua recusa em adimplir.⁵²⁹

Com as reformas operadas no CPC na década de 1990, as quais previram medidas coercitivas e sub-rogatórias de grande utilidade prática, foram fornecidas algumas ferramentas jurídicas valiosas que, numa aplicação subsidiária, podem colaborar para a obtenção da tutela específica no âmbito do mandado de segurança.

Se é verdade que o sistema apresenta inúmeras deficiências em termos de efetivação dos provimentos judiciais – que serão apontadas a seguir –, também é certo que o intérprete não pode permanecer de braços cruzados à espera de modificações legislativas no plano infraconstitucional.

Isso porque, se é verdade que a efetividade processual se enquadra entre os direitos fundamentais, e estes são juridicamente exigíveis (isto é, justiciáveis) independentemente de normas de posição hierárquica inferior àquelas que o prevêm⁵³⁰, não é admissível a idéia de continuar subordinando a sua eficácia à intervenção do legislador infraconstitucional.

⁵²⁹ GUERRA, Marcelo Lima. Execução de sentença em mandado de segurança. In: BUENO, Cássio Scarpinella; ALVIM, Eduardo Arruda; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). In: **Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança**: 51 anos depois. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 604.

⁵³⁰ GUERRA, Marcelo Lima. **Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil**. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 86.

Com efeito, o princípio constitucional da efetividade funcionará como baliza e também como amparo para a adoção de diversas providências destinadas a viabilizar o cumprimento dos atos decisórios, pois a partir de uma interpretação em conformidade com a Constituição devem ser extraídas soluções hermenêuticas no sentido de propiciar um processo com resultados concretos no plano do direito material.

3.20.2 O ato decisório e o seu cumprimento

No item 3.14 deste trabalho, foram tecidos alguns comentários sobre as tutelas disponibilizadas no bojo do *mandamus*.

Não interessam tanto, ao presente estudo, as tutelas meramente declaratória e constitutiva, pois enquanto esta ostenta feição auto-suficiente⁵³¹ (bastando, por sua força jurídica, à realização da mudança jurídica pretendida), aquela não busca a efetivação de qualquer direito, mas apenas certificação de determinada situação. Nas palavras de EDUARDO TALAMINI, os provimentos declaratórios e constitutivos operam no âmbito estritamente ideal.⁵³²

As preocupações mais intensas, no presente tópico, giram em torno da tutela condenatória e das técnicas processuais destinadas a efetivá-la.

Isso porque é exatamente nesse quadrante que a resistência ao cumprimento do ato decisório mais afeta a desejada efetividade buscada na via mandamental. E para que a ação constitucional prossiga como uma garantia *sui generis*, a rebeldia da autoridade coatora reclama a adoção de medidas sub-rogatórias ou coercitivas para o restabelecimento imediato do direito violado.

⁵³¹ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A fazenda pública em juízo**. São Paulo : Dialética, 2007. p. 416.

⁵³² TALAMINI, Eduardo. A efetivação da liminar e da sentença no mandado de segurança. **Revista da faculdade de direito da UFPR**, vol. 36, 2001. p. 234.

Dependendo da técnica processual utilizada, a sentença condenatória poderá autorizar o emprego de diferentes meios para a sua efetivação. Se ela contiver eficácia preponderantemente *mandamental*, por exemplo, serão escolhidos prioritariamente *meios coercitivos* (como a multa e a prisão civil, por exemplo); já no caso de preponderância (ou de posterior *agregação*, conforme foi exposto no item 3.14) da eficácia *executiva*, devem ser escolhidos *meios sub-rogatórios*, como a busca e apreensão, a intervenção judicial, o bloqueio de verbas etc.

No tocante à “agregação” acima mencionada, serão fornecidos alguns exemplos para fins de ilustração.

No primeiro deles, o juiz concede a segurança, determinando que a autoridade coatora entregue ao impetrante bem que lhe foi indevidamente retido em órgão alfandegário. Se a autoridade, a despeito de regularmente notificada, insiste em descumprir o mandado, não constituiria tutela adequada o juiz permanecer apenas reiterando a ordem e cominando sanções por seu descumprimento. Sendo praticamente possível, caberá determinar que auxiliares do juízo, se for o caso acompanhados de força policial, apreendam o bem e o entreguem ao impetrante. Eventuais providências jurídicas de desembaraço, por sua vez, serão diretamente supridas pelo juiz.⁵³³

No segundo, a seu turno, o magistrado determina que o Secretário Estadual de Saúde entregue ao Impetrante determinado medicamento. Mas se aquele, tendo o fármaco em seu estoque, não o fornece por mera rebeldia, pode o juiz determinar que o auxiliar do juízo se dirija ao depósito e apreenda o remédio em questão.

Percebe-se, portanto, que para a efetivação das decisões no mandado de segurança é plenamente possível alterar a medida que se mostrou ineficaz para a obtenção da tutela pretendida.

⁵³³ TALAMINI, Eduardo. A efetivação da liminar e da sentença no mandado de segurança. **Revista da faculdade de direito da UFPR**, vol. 36, 2001. p. 238.

3.20.3 Das medidas sub-rogatórias atípicas

Conforme foi frisado acima, geralmente os provimentos cuja eficácia predominante é a *executiva* se valem de medidas sub-rogatórias para a sua efetivação.

Quando o meio utilizado está elencado na lei, diz-se que ele é *típico* (v.g., busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, entre outros). Mas, quando ocorre o inverso – isto é, ele não está nominalmente previsto – cuida-se de medida considerada *atípica*.

Como é praticamente impossível que o legislador preveja todas as particularidades dos direitos mercedores de tutela, o ordenamento jurídico brasileiro possui previsão expressa acerca da atipicidade dos meios executivos na efetivação das obrigações de fazer, não fazer e dar coisa. Trata-se do art. 461, § 5º, do CPC, que consagra um “poder geral de efetivação” ao estabelecer uma cláusula geral executiva.⁵³⁴

Por isso se costuma dizer que o § 5º do art. 461 do CPC deve ser interpretado e aplicado no sentido de garantir à parte o acesso à tutela jurisdicional efetiva.

Durante muito tempo, prevaleceu a idéia de que o manejo de providências sub-rogatórias atípicas não poderia acarretar a desconsideração de dois princípios de direito público, quais sejam, **i)** o que estabelece o sistema dos precatórios para a cobrança de dívidas públicas pretéritas; e **ii)** aquele que proíbe a expropriação de bens públicos.⁵³⁵

Ocorre que, na atualidade, os princípios acima vêm sofrendo mitigações.

No tocante ao primeiro deles, por exemplo, além da possibilidade de dispensa do precatório mediante a expedição de Requisição de Pequeno Valor (RPV) quando os

⁵³⁴ DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil: direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada**. Vol. 2. Salvador : Editora JusPodivm, 2007. p. 339.

⁵³⁵ TALAMINI, Eduardo. A efetivação da liminar e da sentença no mandado de segurança. **Revista da faculdade de direito da UFPR**, vol. 36, 2001.

valores envolvidos forem de pequena monta, não são raras as decisões que, utilizando a ponderação de princípios, vem determinando o seqüestro de verbas para o pagamento de precatórios em algumas situações excepcionais. Um desses casos foi noticiado recentemente, pois o credor, portador de tumor na laringe, tinha urgência no recebimento do valor consignado no seu precatório (cerca de R\$ 28,4 mil), razão pela qual se entendeu possível, topicamente, o afastamento a ordem cronológica.⁵³⁶

No concernente ao segundo, as ressalvas dizem respeito aos bloqueios feitos na conta do Estado para custear tratamentos e medicamentos fornecidos por força de medida judicial.

Outra medida sub-rogatória atípica mencionada pela doutrina diz respeito ao cumprimento da medida por um terceiro. Mas tal aspecto será analisado no tópico seguinte.

3.20.4 As medidas judiciais interventivas

Em se tratando da aplicação de medidas sub-rogatórias no mandado de segurança, um dos assuntos mais palpitantes diz respeito ao cumprimento da determinação judicial por terceiros. Seria isso possível?

Como bem demonstra LEONARDO GRECO, há muito tempo o princípio da separação de poderes tem sido invocado como fundamento para impedir a intervenção judicial em órgãos administrativos a fim de atuar diretamente o *facere* ou o *non facere* decorrente da imposição judicial.⁵³⁷

⁵³⁶ DIREITO FUNDAMENTAL: credor com tumor na laringe deve receber precatórios. Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br>>. Acesso em 20 nov. 2007.

⁵³⁷ GRECO, Leonardo. **Execução de liminar em sede de mandado de segurança**. Disponível em: <<http://www.cjf.gov.br/revista/seriecadernos/vol23/artigo10.pdf>>, acesso em 27 dez. 2007. p. 203-204.

Entretanto, há razões muito fortes para que tal concepção seja repensada, porque a efetividade processual não se harmoniza com a idéia de Poderes (inclusive o Judiciário!) imunes a qualquer controle nem com a idéia do juiz inerte, impotente diante do arbítrio estatal.⁵³⁸

Além disso, cumpre ter em mente as palavras de EDUARDO TALAMINI:

O fundamental é reconhecer que, ao determinar no mandado de segurança a prática de medidas que substituem a conduta da autoridade coatora, o juiz não está violando o princípio da “separação de poderes”. A função jurisdicional inclui entre suas tarefas essenciais o controle dos atos do Estado. E tal controle não há de ser meramente intelectual, cognitivo. Abrange - e aí está sua maior magnitude - a correção concreta dos resultados da indevida atuação estatal.

De resto, se tais providências sub-rogatórias podem ser adotadas contra o Estado nas ações comuns, seria absurdo não admiti-las no instrumento jurisdicional essencialíssimo que é o mandado de segurança.⁵³⁹

É preciso, portanto, superar o dogma representado pela separação de poderes (*rectius*: funções) para a descoberta de novas alternativas que viabilizem a efetivação dos provimentos judiciais prolatados no bojo do *writ*.

Entre as opções indicadas recentemente pela doutrina, está a denominada “intervenção judicial”, que vem a ser uma medida sub-rogatória por meio da qual o juízo ou tribunal se vale de auxiliares designados para a prática do ato que a autoridade coatora se recusa a fazer.

Conforme a lição de LEONARDO GRECO, há duas posições doutrinárias acerca do assunto⁵⁴⁰. Enquanto a primeira (mais liberal) defende as medidas interventivas em órgãos ou funções públicas e em empresas privadas, a segunda (mais restritiva) repudia essa possibilidade, afirmando que o juiz não pode substituir-se à autoridade coatora ou determinar que outro o faça. Poderia, portanto, mandar, impor multa,

⁵³⁸ GRECO, Leonardo. **Execução de liminar em sede de mandado de segurança**. Disponível em: <<http://www.cjf.gov.br/revista/seriecadernos/vol23/artigo10.pdf>>, acesso em 27 dez. 2007. p. 207.

⁵³⁹ TALAMINI, Eduardo. A efetivação da liminar e da sentença no mandado de segurança. **Revista da faculdade de direito da UFPR**, vol. 36, 2001. p. 238.

⁵⁴⁰ GRECO, Leonardo. **Execução de liminar em sede de mandado de segurança**. Disponível em: <<http://www.cjf.gov.br/revista/seriecadernos/vol23/artigo10.pdf>>, acesso em 27 dez. 2007. p. 204.

desencadear trâmite penal, mas não determinar que outrem (como por exemplo um funcionário *ad hoc* por ele nomeado) fizesse aquilo que o impetrado se nega a fazer.

A orientação seguida no presente trabalho é a intitulada de “liberal”, quer porque a separação de “poderes” (*rectius*: funções) não pode ser encarada de forma absoluta, quer porque representa uma verdadeira contradição pensar num Estado de Direito no qual as normas são descumpridas impunemente por aqueles que deveriam obedecê-las de forma exemplar. Neste particular, cumpre lembrar a passagem de um julgado do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, segundo o qual:

[...] o princípio do Estado de Direito exige respeito ao preceito da mais completa proteção jurídica possível, o que significa que o Judiciário deve fazer tudo aquilo que a Administração se recusa a fazer, desde que apresente como necessário para o pleno gozo dos direitos dos particulares⁵⁴¹.

Ao focalizar o assunto em apreço e defender a sua aplicabilidade no Brasil, a doutrina cita contribuições do direito comparado e busca amparo legal na Lei Antitruste (Lei nº 8.884/94) e também no § 5º do art. 461 do CPC. Mas não se pode esquecer que, em primeiro lugar, deve ser usado como fundamento o princípio constitucional da efetividade, já exhaustivamente comentado.

Embora a solução ora preconizada mereça realce, é certo que não deve ser banalizada ou mesmo utilizada rotineiramente, devendo ser reservada para casos nos quais não há outro meio de concretizar o resultado determinado pelo provimento.

Como o caso concreto poderá revelar uma colisão entre os princípios da efetividade e da separação dos poderes, EDUARDO TALAMINI sugere a aplicação da máxima da proporcionalidade e seus desdobramentos para pautar e nortear a atuação judicial. Assim:

[...] i) verificar-se-á qual o valor mais relevante na situação concreta; ii) a intervenção não deverá ser adotada quando medida menos drástica for apta a

⁵⁴¹ HECK, Luís Afonso. **O tribunal constitucional federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais**. Porto Alegre : Sérgio Antônio Fabris, 1995. p. 176.

atingir, sem custos excessivos, os mesmos resultados; iii) a intervenção restringir-se-á ao estritamente necessário para a efetivação do provimento [...].⁵⁴²

3.20.5 A aplicação de medidas coercitivas como instrumento para a obtenção da tutela específica

Se houve um tempo no qual o descumprimento de determinações jurisdicionais era encarado como algo incomum e excepcional (até porque predominava a idéia de que “decisão judicial não se discute, cumpre-se”), nos dias correntes tem se tornado cada vez mais comum a desobediência às ordens provenientes dos juízos e tribunais pelos seus respectivos destinatários.

A falta de credibilidade do Poder Judiciário, a certeza da impunidade e a própria deficiência dos mecanismos coercitivos e sancionatórios figuram como possíveis causas que colaboraram para a criação dessa situação lamentável. Mas a tarefa do presente trabalho, neste ponto, não é propriamente a de investigar a origem da “cultura do descumprimento”, mas sim apontar e analisar os instrumentos disponibilizados pelo sistema jurídico brasileiro para combater e reprimir a insubordinação às determinações judiciais provenientes do mandado de segurança.

Pois bem. Numa curta referência histórica, cumpre ressaltar que antes mesmo das reformas ocorridas no CPC na década de 1990, o mandado de segurança já se destacava pela tutela específica que produzia.

Isso porque, como é cediço, o legislador de 1951 fez uma clara opção pelo cumprimento específico da obrigação, para propiciar ao jurisdicionado a obtenção do

⁵⁴²TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer** : e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 E 461-A, CDC art. 84). 2. ed. ver. atual. e ampl. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 282.

mesmo resultado que seria obtido no plano do direito material se o sujeito passivo tivesse agido voluntariamente.

Em boa medida, a obtenção da tutela específica foi responsável pelo prestígio e simpatia angariados pelo mandado de segurança ao longo do século passado, que o transformaram num dos remédios constitucionais mais utilizados na prática forense.

Mas, infelizmente, “nem tudo são flores” no âmbito do remédio heróico, pois há casos nos quais a Autoridade Coatora, em atitude de afronta à própria dignidade do Poder Judiciário, recusa-se a cumprir as ordens emanadas no bojo do *mandamus*, tratando-as como meras “recomendações” ou “sugestões”. E o que é pior: em muitas situações, o Impetrado coloca em risco – ou compromete definitivamente! – bens jurídicos que gozam de grande destaque no texto constitucional.

Em muitos Estados e municípios brasileiros, por exemplo, ainda é comum o descumprimento de determinações para fornecimento de medicamentos excepcionais, o que já motivou, no Estado do Espírito Santo, a decretação da prisão do Secretário Estadual da Saúde. Trata-se, inclusive, de fato recente – ocorrido em maio de 2007 – que ganhou destaque na mídia local e também nacional.

Neste aspecto surge a importância do presente tópico, na medida em que as medidas coercitivas se inscrevem como importantes instrumentos para assegurar a efetividade da tutela.

3.20.6 A multa (astreintes)

No cotidiano forense a multa se revela como um meio processual de coerção extremamente útil, que geralmente dissuade a autoridade coatora da idéia de descumprir o provimento judicial.

Mesmo quando estejam envolvidos entes estatais – aspecto que tangencia diretamente a temática do mandado de segurança – a medida coercitiva em comento vem sendo amplamente admitida. O STJ, inclusive, decidiu recentemente que “é cabível, mesmo contra a Fazenda Pública, a cominação de multa diária (astreintes) como meio executivo para cumprimento de obrigação de fazer (fungível ou infungível) ou entregar coisa”.⁵⁴³

Entretanto, há casos patológicos nos quais o impetrado, por negligência, retaliação ou mesmo para afrontar a própria administração da Justiça, recusa-se a cumprir o comando judicial, acarretando pesados encargos para os cofres públicos em virtude da incidência da multa.

Isso vem gerando, na prática, o denominando de “efeito perverso da multa”, isto é, o acúmulo do valor relativo às *astreintes* que muitas vezes o torna superior à importância da obrigação originariamente inadimplida.⁵⁴⁴

Tal situação desperta, necessariamente, duas indagações: **a)** o valor da multa pode ultrapassar o valor do bem da vida pretendido?; **b)** caso a resposta seja positiva, há mecanismos para limitar essa importância, a fim de evitar um grave comprometimento das finanças públicas?

Ao contrário do que se pode imaginar numa abordagem inicial, a primeira questão submetida não é das mais pacíficas. Se por um lado há vozes entendendo que o valor da multa pode superar o da prestação porque a sua finalidade é a de convencer ao cumprimento da prestação e não a de dar ao credor o equivalente pecuniário, por outro há quem pondere que se a multa se destina a proporcionar a tutela específica, não deve servir como fonte de enriquecimento sem causa do credor.

⁵⁴³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 853.738. 1ª Turma. Relator: Ministro Teori Albino Zavascki. J. 17/08/2006, DJU 31/08/2006.

⁵⁴⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil, volume 3: execução**. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 82.

Enquanto a primeira corrente busca amparo normativo no § 6º do art. 461 do CPC (que autoriza o julgador a elevar ou a diminuir o valor da multa diária em razão das particularidades do caso concreto), a segunda busca sustentação no art. 412 do novo Código Civil (correspondente ao art. 920 do Código anterior), segundo o qual o valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal.

A favor da primeira posição, pendem dois argumentos muito fortes, que são os seguintes: **a)** não se confunde a cláusula penal – instituto de direito material vinculado a negócio jurídico em que há acordo de vontades – com as *astreintes*, instrumento de direito processual que visa a compelir o devedor ao cumprimento de uma obrigação de fazer ou não fazer e que não correspondem a qualquer indenização⁵⁴⁵; **b)** o valor da multa pode ultrapassar o valor da obrigação a ser prestada, porque sua natureza não é compensatória, porquanto visa persuadir o devedor a realizar a prestação devida.⁵⁴⁶

Por outro lado, abonam a segunda orientação argumentos também muito respeitáveis, quais sejam: **i)** sendo o processo um instrumento ético a serviço da efetivação das garantias constitucionais, não se pode utilizá-lo para respaldar pretensão manifestamente abusiva nem para enriquecer indevidamente o postulante⁵⁴⁷; **ii)** a multa imposta para o caso de descumprimento não pode desvirtuar o seu principal objetivo, que é apenas garantir o adimplemento da obrigação pelo devedor⁵⁴⁸.

Cumprе ressaltar, por uma questão de lealdade, que há julgados em ambos os sentidos, razão pela qual se faz necessário procurar uma solução conciliatória, para nortear o raciocínio do operador do direito.

⁵⁴⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 422.966. 4ª Turma. Relatora: Ministro Sálvio Figueiredo Teixeira. J. 23/09/2003, DJU 01/03/2004.

⁵⁴⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 770.753. 1ª Turma. Relator: Ministro Luiz Fux. J. 27/02/2007, DJU 15/03/2007.

⁵⁴⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 422.966. 4ª Turma. Relatora: Ministro Sálvio Figueiredo Teixeira. J. 23/09/2003, DJU 01/03/2004.

⁵⁴⁸ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelação Cível nº 200533000165926. 5ª Turma. Relatora: Desembargadora Selene Maria de Almeida. J. 24/01/2007, DJU 01/03/2007.

Defende-se, aqui, que o valor da multa pode suplantar o da obrigação inadimplida, mas com a ressalva de que isso não poderá propiciar um enriquecimento injustificado para o credor nem afetar de forma muito intensa as finanças do sujeito passivo. Explica-se.

É bastante comum, na praxe forense, a fixação da multa sem a imposição de limitações temporais, isto é, as *astreintes* são arbitradas sem preocupação com um eventual prazo para o seu cômputo.

Isso pode gerar conseqüências funestas para o erário, pois a “vigência” da multa por prazo indeterminado em caso de descumprimento da decisão pode comprometer as finanças públicas, com prejuízo futuro para a própria população. Ora, se a jurisprudência vem admitindo o bloqueio de quantias em contas para fazer frente a algumas situações (como a compra de medicamentos), seria razoável submeter os cofres públicos a uma multa de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), por exemplo, se com o bloqueio de R\$ 4.000,00 (quatro mil reais) é possível atender à determinação judicial?

Defende-se aqui, portanto, que ao estabelecer a multa o magistrado o faça contemplando um determinado prazo para a sua incidência, por exemplo, fixando as *astreintes* em R\$ 500,00 (quinhentos reais) limitadas a 10 (dez) dias-multa. Isso porque, se por pura *negligência* ou *retaliação* a autoridade não cumpriu a ordem no decêndio, é razoável presumir que ela a obedecerá depois de expirado o referido interstício? Reputa-se, aqui, que não.

É lógico que, em algumas situações – que não se enquadram na moldura do binômio *negligência/retaliação* da autoridade – pode haver uma *demora normal* no cumprimento da obrigação, como ocorre, por exemplo, na compra de medicamentos não disponíveis nas farmácias públicas. Embora as aquisições costumem ocorrer em regime de urgência, o magistrado deverá estar atento para que a multa incida somente após o prazo estimado para a compra do fármaco, pois não é razoável, por exemplo, que um medicamento adquirido no exterior seja entregue em prazo exíguo.

Mas, no caso de descumprimento explícito não amparado em justificativas plausíveis, deverá o magistrado, desde logo, valer-se de outras medidas, que vão desde o *bloqueio de quantias* nas contas públicas até a *aplicação da multa à própria autoridade coatora*, sem prejuízo da *prisão civil* dela com base no § 5º do art. 461 do CPC, medida extrema que deve ser reservada para o último caso.

Cumprido ressaltar que mesmo nos julgados favoráveis à multa superior ao valor da obrigação há ressalva no sentido de que os rigores de tal interpretação devem ser obtemperados em virtude da finalidade do meio coercitivo, que é conduzir ao cumprimento da obrigação e não conduzir o devedor à bancarrota.⁵⁴⁹

Outro aspecto dos mais palpantes, relativo à temática ora tratada, diz respeito à possibilidade de exigência da multa na hipótese de improcedência do pedido.

Neste particular, há duas correntes doutrinárias bem definidas.

Para a primeira delas, que tem como defensor JOAQUIM FELIPE SPADONI, o que autoriza a incidência da multa é a violação (pura e simples) de uma obrigação processual, razão pela qual “a exigibilidade da multa pecuniária não recebe nenhuma influência da relação jurídica de direito material”.⁵⁵⁰

Para a segunda, que tem como um dos seus sectários EDUARDO TALAMINI, se ao final do processo se concluir que o autor não tinha direito à tutela específica, “ficará sem efeito o crédito derivado da multa que eventualmente incidiu”.⁵⁵¹

Por pelo menos 03 (três) argumentos, adota-se aqui a segunda posição doutrinária.

⁵⁴⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 770.753. 1ª Turma. Relator: Ministro Luiz Fux. J. 27/02/2007, DJU 15/03/2007.

⁵⁵⁰ SPADONI, Joaquim Felipe. **Ação inibitória**: a ação preventiva prevista no art. 461 do CPC. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2002. p. 182.

⁵⁵¹ TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer** : e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 E 461-A, CDC art. 84). 2. ed. ver. atual. e ampl. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 259.

O primeiro deles, insta frisar, é mencionado por DIDIER, SARNO e OLIVEIRA:

[...] a multa é apenas um *meio*, um *instrumento* que serve para garantir à parte a tutela antecipada do seu provável direito; dessa forma, se ao cabo do processo se observa que esse direito não é digno de tutela (proteção) jurisdicional, não faz sentido que o jurisdicionado, que não é merecedor da proteção jurisdicional (fim), seja beneficiado com o valor da multa (meio).⁵⁵²

O segundo, a seu turno, reside no fato de que o provimento jurisdicional baseado em cognição exauriente, como regra, substitui a manifestação anterior respaldada em cognição sumária. Por isso, não se deve admitir que a multa – fixada em decisão proferida em sede de cognição sumária – subsista mesmo quando, em cognição exauriente, for rechaçada a pretensão do impetrante.

O terceiro, por sua vez, também é muito simples: como a sentença de improcedência é declaratória (e sua eficácia, por conseguinte, é *ex tunc*), os efeitos dela retroagem para atingir a multa que foi arbitrada.

Não diverge da solução ora preconizada o processualista HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, segundo o qual:

Em conclusão: pode haver execução da multa cominatória tanto em face da decisão de antecipação de tutela como da sentença definitiva. No primeiro caso, porém, a execução será provisória, sujeitando-se à sistemática e aos riscos previstos no art. 558, como determina o § 3º do art. 273. Vale dizer: no caso de a sentença, afinal, decretar a improcedência do pedido, a quantia da multa exigida em antecipação provisória de tutela deverá ser restituída ao executado.⁵⁵³

3.20.7 A multa pode ser dirigida diretamente à autoridade coatora?

⁵⁵² DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil: direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada**. Vol. 2. Salvador : Editora JusPodivm, 2007. p. 360.

⁵⁵³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**, Vol. II. 41. ed. Rio de Janeiro : Forense, 2007. p. 38-39.

Embora não se refute o poder da multa como meio coercitivo destinado à obtenção da *specific performance*, há casos específicos nos quais esse poder de efetivação vem sendo colocado em xeque.

Isso porque, como bem destaca MARCELO LIMA GUERRA,

[...] em se tratando de pessoa jurídica de direito público percebe-se logo que é muito remota a possibilidade de uma medida coercitiva como a multa diária exercer uma efetiva pressão psicológica sobre a vontade do exato agente administrativo responsável pelo cumprimento da decisão judicial. Daí a inoperância dessa medida quando utilizada contra tais pessoas jurídicas [...]. Isso porque, incidindo sobre a própria pessoa jurídica, é o seu patrimônio que será imediatamente atingido pela medida, cabendo ao Poder Público propor ação regressiva para obter dele o ressarcimento. Sabendo-se que a propositura dessa ação depende, muitas vezes, de ato ou iniciativa desse mesmo agente, e pode ser sempre retardada por manobras políticas, mesmo com a saída de tal agente, torna-se tão remota a possibilidade dessa ação regressiva que a ameaça da multa é reduzida drasticamente.⁵⁵⁴

Além disso, o recebimento dos valores oriundos da contabilização final das “astreintes” segue o regime geral das dívidas pecuniárias da Fazenda Pública consubstanciadas em decisões judiciais, ou seja, há submissão ao calvário do precatório.

Por essa razão, cumpre verificar se é possível aplicar a multa diretamente às autoridades que não cumpram as decisões proferidas no *mandamus*.

Para realizar tal investigação, entretanto, é preciso verificar se persiste o “dogma” de que o órgão jurisdicional é desprovido de poderes contra terceiros.

Rogando *venia* aos que pensam de forma diversa, defende-se aqui que tal idéia deve ser mitigada em algumas situações. Se é verdade que o juiz não pode prestar tutela jurisdicional a favor de quem (ou contra quem) não é parte no processo, nada impede que, para chegar a esse resultado, o juiz depare-se com obstáculos representados pela

⁵⁵⁴ GUERRA, Marcelo Lima. Execução de sentença em mandado de segurança. In: BUENO, Cássio Scarpinella; ALVIM, Eduardo Arruda; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). In: **Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança**: 51 anos depois. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 650.

ação ou omissão de terceiros, à ultrapassagem dos quais ele deve determinar medidas de força, de atuação prática de ordens, sejam medidas sub-rogatórias, sejam medidas coercitivas⁵⁵⁵.

Imagine-se, por exemplo, uma demanda ajuizada por “A” em face de “B” na qual o primeiro busca afastar o protesto pretendido pelo segundo, baseado em “duplicata fria” (isto é, emitida sem a ocorrência da relação negocial subjacente) e também desconstituir o título em apreço. No tocante ao primeiro pedido, eventual liminar para a sustação do protesto deverá ser cumprida pelo notário do Cartório de Protesto de Títulos e Documentos, ou seja, por um terceiro que não faz parte da relação processual.

Na mesma situação descrita acima, se durante a demanda “A” descobre que seu nome foi indevidamente inserido em cadastros de proteção ao crédito em razão da mesma duplicata, não se discute que ele pode requerer uma medida incidental para a exclusão da inscrição, a qual deverá ser cumprida pelas empresas responsáveis pela divulgação dos dados (ou seja, por terceiros, que não fazem parte da relação processual originária).

Ora, se o poder judicial não afeta terceiros, como explicar as medidas arroladas acima e também aquelas previstas nos arts. 341, 445, inc. I, e 412 do CPC?

Como se pode perceber, no caso de medidas oriundas do *poder de coerção*, a determinação da execução das ordens judiciais se destina tanto às partes quanto aos terceiros.⁵⁵⁶

A partir de tais considerações, há uma primeira corrente doutrinária que extrai do § 5º do art. 461 do CPC a possibilidade de aplicação da multa diretamente à autoridade

⁵⁵⁵ GUERRA, Marcelo Lima. Execução de sentença em mandado de segurança. In: BUENO, Cássio Scarpinella; ALVIM, Eduardo Arruda; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). In: **Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança**: 51 anos depois. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 651.

⁵⁵⁶ Idem, *ibidem*.

coatora. Neste sentido, merece ser reproduzida a contribuição de MARCELO LIMA GUERRA:

[...] sugere-se a aplicação da multa diária contra o próprio agente administrativo responsável pelo cumprimento da obrigação a ser satisfeita *in executivis*. Com efeito, a tanto se pode chegar com fundamento no próprio § 5º do art. 461 do CPC, uma vez que aí foi conferido ao juiz o poder de determinar as medidas que julgar necessárias, quer sub-rogatórias, quer coercitivas, para a prestação de uma satisfação integral e em forma específica ao credor da obrigação de fazer ou não fazer.⁵⁵⁷

Há, contudo, uma segunda corrente doutrinária, que defende a possibilidade de a multa incidir diretamente sobre a autoridade coatora com base no inc. V do art. 14 do CPC e seu respectivo Parágrafo único, introduzidos pela Lei nº 10.358, de 27/12/2001. Isso porque, de acordo com o inc. V do referido dispositivo legal, são deveres das partes e *de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final*. Acerca do tema, cumpre transcrever a contribuição de MAURO LUÍS ROCHA LOPES:

A autoridade coatora que se furtar ao cumprimento da decisão mandamental pode também ser responsabilizada patrimonialmente por conduta considerada atentatória ao exercício da jurisdição, na forma do art. 14, inciso V e parágrafo único (acrescentados pela Lei nº 10.358/01) do CPC [...].
Chega ao Direito brasileiro, portanto, a vetusta orientação típica dos ordenamentos do *common law*, consistente na efetiva repressão ao (*sic*) atos que representem “desprezo à corte” ou “desacato ao Judiciário”, conhecidos por *contempt of court*.⁵⁵⁸

Ao comentarem o preceptivo supracitado, LUIZ RODRIGUES WAMBIER e TERESA WAMBIER vaticinam que:

Estão certamente incluídos dentre esses empecos os entraves de caráter burocrático, de qualquer natureza, inclusive aqueles criados por servidores públicos, fundacionais ou autárquicos, de qualquer das esferas da administração pública, que serão pessoalmente responsabilizados por sua

⁵⁵⁷ GUERRA, Marcelo Lima. Execução de sentença em mandado de segurança. In: BUENO, Cássio Scarpinella; ALVIM, Eduardo Arruda; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). In: **Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança**: 51 anos depois. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 651.

⁵⁵⁸ LOPES, Mauro Luís Rocha. **Mandado de segurança**: doutrina, jurisprudência, legislação. 2. ed., Niterói : Editora Impetus, 2007. p. 77-78.

conduta. A atribuição de responsabilidade pessoal ao agente administrativo parece ser a única interpretação capaz de dar ao dispositivo o rendimento desejado, em favor da efetividade do processo, quando se tratar de responsável vinculado ao poder público.⁵⁵⁹

Tal medida, por desestimular o descumprimento das decisões proferidas no bojo do *writ*, favorece em muito a efetividade deste remédio constitucional.

A respeito do assunto, há interessante acórdão do Tribunal de Justiça do Paraná, no qual a multa aplicada pela demora no cumprimento de decisão judicial foi dirigida à própria autoridade responsável pelo desatendimento da ordem.⁵⁶⁰

Aspecto importante, que vem sendo realçado pela doutrina, diz respeito à obediência ao contraditório e à ampla defesa para a aplicação da multa diretamente ao impetrado. Tal exigência, como não poderia deixar de ser, tem origem no devido processo legal, pois não se pode conceber a possibilidade de que alguém tenha sua esfera jurídica e seu patrimônio afetados sem ter tido a possibilidade de ofertar defesa.

As discussões doutrinárias, neste particular, gravitam em torno da *forma* e da *oportunidade* nas quais será instrumentalizado o devido processo legal à autoridade.

Enquanto alguns sustentam a defesa após a imposição da multa e mediante um procedimento incidental para apreciação das questões levantadas⁵⁶¹, outros sustentam que ela deve ser cominada por sentença proferida em processo sumário e incidental nos moldes dos arts. 358 a 362 do CPC, em que seria assegurada a ampla defesa e o contraditório ao agente administrativo.⁵⁶²

⁵⁵⁹ WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Breves comentários à 2ª fase da reforma do código de processo civil**: lei 10.352, de 26.12.2001, lei 10.358, de 27.12.2001, lei 10.444, de 07.05.2002. 2. ed. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 30.

⁵⁶⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. Mandado de Segurança nº 70.088-5. Relator: Desembargador Gil Trotta Telles. J. 22/11/1999, Repro, vol. 100, São Paulo, RT, out./dez., 2000, pp. 304 e seguintes.

⁵⁶¹ LOPES, Mauro Luís Rocha. **Mandado de segurança**: doutrina, jurisprudência, legislação. 2. ed., Niterói : Editora Impetus, 2007. p. 78.

⁵⁶² GUERRA, Marcelo Lima. Execução de sentença em mandado de segurança. In: BUENO, Cássio Scarpinella; ALVIM, Eduardo Arruda; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). In: **Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança**: 51 anos depois. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 653-654.

Seja como for, a sanção somente estará legitimada se estiverem presentes 03 (três) requisitos, elencados por MAURO LUÍS ROCHA LOPES:

a) ter tido a autoridade responsável ciência efetiva da decisão judicial a ser por ela cumprida, com menção, para o caso de desobediência, à pena do art. 14, parágrafo único, do CPC; b) ser viável, na prática, o cumprimento da decisão, dentro do prazo assinalado a tanto; e c) a omissão injustificada do agente a quem o ordem foi diretamente encaminhada, no cumprimento da decisão.⁵⁶³

Assim, se a autoridade *não teve ciência efetiva do comando judicial*; ou o juiz *fixou prazo exíguo* para o cumprimento da determinação (v.g., vinte e quatro horas para a entrega de medicamento cuja aquisição demora, no mínimo, três dias); ou, por fim, a *omissão foi justificada* (v.g., o medicamento antiinflamatório “V” não foi entregue à parte porque foi retirado de circulação pelos órgãos sanitários), não se mostra admissível a aplicação da multa à autoridade.

Incumbe ressaltar, também, que no caso de imposição de multa à autoridade, esta possuirá legitimidade e interesse em recorrer. Em princípio, o recurso cabível será o agravo, mas se a aplicação da sanção estiver embutida na sentença, deverá a autoridade legitimada apelar do julgado, limitando-se a atacar, obviamente, o capítulo do ato decisório relativo à penalidade do art. 14, parágrafo único, do CPC.⁵⁶⁴

3.20.8 Há possibilidade de cumulação da multa do art. 14 com a do art. 461 do CPC?

Outra inquietação doutrinária e jurisprudencial muito comum concerne à possibilidade de cumulação das multas dos arts. 14, parágrafo único e 461, ambos do CPC.

⁵⁶³ LOPES, Mauro Luís Rocha. **Mandado de segurança**: doutrina, jurisprudência, legislação. 2. ed., Niterói : Editora Impetus, 2007. p. 78.

⁵⁶⁴ Idem, ibidem.

Defende-se, aqui, a possibilidade de serem cumuladas as multas em questão, pois tanto a razão de ser quanto a natureza jurídica de ambas são diversas. No mesmo sentido, insta frisar, aponta o Colendo STJ:

[...] A multa processual prevista no caput do art. 14 do CPC difere da multa cominatória prevista no art. 461, § 4º e 5º, vez que a primeira tem natureza punitiva, enquanto a segunda tem natureza coercitiva a fim de compelir o devedor a realizar a prestação determinada pela ordem judicial.⁵⁶⁵

Por essa razão, não cabe falar em *bis in idem* se as medidas em apreço forem aplicadas conjuntamente. Não destoam de tal conclusão o processualista CASSIO SCARPINELLA BUENO:

O novo inciso V do art. 14 do CPC e seu respectivo parágrafo único, introduzidos pela Lei nº 10.358, de 27.12.2001, incrementam o *dever* de cumprimento adequado dos provimentos jurisdicionais como os estribados no art. 461 ao catalogar seu não-acatamento como 'ato atentatório à dignidade da justiça' e *sancioná-lo* com multa a ser arbitrada de acordo com a gravidade da conduta do responsável, fixado o teto de 20% do valor da causa. Porque a multa desse dispositivo tem natureza jurídica diversa da fixada com base no art. 461 [...], nada há que impeça sua *cumulação* diante das peculiaridades de um determinado caso concreto, visando à obtenção de resultados práticos que assegurem a maior satisfação possível do credor e, conseqüentemente, a *efetividade* da jurisdição (CF, art. 5º, XXXV). Até porque o novo dispositivo da lei processual civil é inequívoco quanto à incidência da multa que prevê "sem prejuízo de outras sanções, criminais, civis e processuais cabíveis".⁵⁶⁶

3.20.9 O aspecto penal do descumprimento das decisões mandamentais proferidas no *writ*

Um dos assuntos mais polêmicos e discutidos no bojo da doutrina do remédio heróico diz respeito às conseqüências penais provenientes do descumprimento das decisões mandamentais proferidas pelo magistrado. Afinal de contas, haveria crime? Caso a resposta seja positiva, qual seria ele?

⁵⁶⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 770.753. 1ª Turma. Relator: Ministro Luiz Fux. J. 27/02/2007, DJU 15/03/2007.

⁵⁶⁶ BUENO, Cassio Scarpinella. **Código de processo civil interpretado** (Coord.: Antônio Carlos Marcato). 2. ed. São Paulo : Atlas, 2005. p. 1.459.

Cumpra advertir, por dever de lealdade, que a matéria desperta controvérsias tanto nas academias jurídicas quanto nos tribunais. Dissertar sobre o tema, portanto, equivale a caminhar num terreno escorregadio e repleto de perigos, o que obriga o estudioso a uma incursão pelas correntes de pensamento existentes sobre a temática.

HELLY LOPES MEIRELLES, por exemplo, sustenta que “o não atendimento do mandado judicial caracteriza o *crime de desobediência a ordem legal* (CP, art. 330)”⁵⁶⁷.

Tal posição, entretanto, não está imune a críticas, pois como o dispositivo legal está inserido em capítulo relativo aos “crimes praticados por particular contra a administração pública”, há quem entenda que o agente público não figura como sujeito ativo. No âmbito do STJ, inclusive, há um julgado mais antigo que retrata tal orientação, ao assentar que:

[...] os dirigentes de universidade privada, no exercício de funções pertinentes ao ensino superior, atuam como agentes públicos por delegação, e nessa qualidade não cometem o crime de desobediência, pois tal delito pressupõe a atuação criminosa do particular contra a Administração.⁵⁶⁸

SÉRGIO SAHIONE FADEL, por outro lado, defende que a infração penal cometida pela autoridade não seria propriamente a *desobediência*, mas sim a *prevaricação*, tipificada no art. 319 do Código Penal.⁵⁶⁹

Tal orientação também não está isenta de reparos, pois há quem entenda que o crime de prevaricação exige prova de dolo específico (sentimento pessoal), o que é bastante difícil no caso sob exame.⁵⁷⁰

⁵⁶⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, habeas data**. 20. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998. p. 92.

⁵⁶⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 8.593. 6ª Turma. Relator: Ministro Vicente Leal. J. 15/04/1999, DJU 13/12/1999.

⁵⁶⁹ FADEL, Sérgio Sahione. **Teoria e prática do mandado de segurança**. 2. ed. Rio de Janeiro : José Konfino Editor, 1976. p. 138-141.

⁵⁷⁰ MACHADO, Agapito. **Questões polêmicas de direito**. Belo Horizonte : Del Rey, 1998. p. 127.

A despeito da cizânia acima relatada, a jurisprudência do STJ vem admitindo a ocorrência do crime de desobediência. Em julgado do ano de 2001, por exemplo, pontificou que “a autoridade coatora [...] que deixa de cumprir ordem judicial proveniente de mandado de segurança pode ser sujeito ativo de delito de desobediência (art. 330 do C.P.)”.⁵⁷¹

Em julgado mais recente, o mesmo sodalício pronunciou que:

[...] O Superior Tribunal de Justiça possui entendimento firmado no sentido da possibilidade de funcionário público ser sujeito ativo do crime de desobediência, quando destinatário de ordem judicial, sob pena de a determinação restar desprovida de eficácia.⁵⁷²

Para tentar sepultar as dúvidas porventura existentes, o Projeto de Lei nº 5.067/2001, em seu artigo 26, estampa que:

Art. 26. Constitui crime de desobediência, nos termos do art. 330 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, o não cumprimento das decisões proferidas em mandado de segurança, sem prejuízo das sanções administrativas e da aplicação da Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950, quando cabíveis.

Embora o enquadramento da medida como *crime* sirva – ao menos potencialmente – como mais um subsídio para pressionar o impetrado a obedecer a ordem, cumpre ressaltar que alguns aspectos vem esvaziando a utilidade de tal previsão.

O primeiro deles, insta frisar, diz respeito à *prisão em flagrante*. Nos crimes de menor potencial ofensivo, tal como ocorre com a infração tipificada no art. 330 do CP, desde que o autor do fato, após a lavratura do termo circunstanciado, compareça ou assumo o compromisso de comparecer ao Juizado, não será possível a prisão em flagrante nem a

⁵⁷¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 12.008. 5ª Turma. Relator: Ministro Félix Fischer. J. 06/03/2001, DJU 02/04/2001.

⁵⁷² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 556.814. 5ª Turma. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima. J. 07/11/2006, DJU 27/11/2006.

exigência de fiança. É essa, insta frisar, a inteligência do art. 69, parágrafo único, da Lei nº 9.099/95.⁵⁷³

O segundo aspecto, por sua vez, diz respeito ao afastamento do crime de desobediência quando cominada alguma outra penalidade administrativa ou civil para a conduta repudiada. Tal orientação, diga-se de passagem, encontra guarida no escólio do eminente penalista NÉLSON HUNGRIA, segundo o qual:

Se, pela desobediência de tal ou qual ordem oficial, alguma lei comina determinada penalidade administrativa ou civil, não se deverá reconhecer o crime em exame, salvo se a dita lei ressaltar expressamente a cumulativa aplicação do art. 330 (ex: a testemunha faltosa, segundo o art. 219 do CPP, está sujeita não só à prisão administrativa e pagamento das custas da diligência da intimação, como a processo penal por crime de desobediência)⁵⁷⁴.

Em julgados bastante recentes – relativos a ações diversas do *mandamus*, mas cujos fundamentos também servem para o remédio heróico, haja vista a similitude da técnica processual utilizada – o STF vem demonstrando simpatia pela tese de HUNGRIA.

Ao apreciar o HC nº 86.254, por exemplo, a 2ª Turma do Pretório Excelso decidiu o seguinte:

[...] Não se reveste de tipicidade penal – descaracterizando-se, desse modo, o delito de desobediência (CP, art. 330) – a conduta do agente, que, embora não atendendo a ordem judicial que lhe foi dirigida, expõe-se, por efeito de tal insubmissão, ao pagamento de multa diária (astreinte) fixada pelo magistrado com a finalidade específica de compelir, legitimamente, o devedor a cumprir o preceito.⁵⁷⁵

Embora tal concepção pareça prevalecer no Órgão Fracionário mencionado, a 1ª Turma do mesmo tribunal, em pronunciamento também recente, perfilhou entendimento diverso, com base na independência das esferas civil, administrativa e penal. Do voto proferido pelo Ministro Sepúlveda Pertence, extrai-se que:

⁵⁷³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 556.814. 5ª Turma. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima. J. 07/11/2006, DJU 27/11/2006.

⁵⁷⁴ *Apud* NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 4. ed. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 891.

⁵⁷⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 86254. 2ª Turma. Relator: Ministro Celso de Mello. J. 25/10/2005, DJU 10/03/2006.

[...] A aplicação da multa diária – tal como a imposta ao paciente –, constitui modalidade de sanção civil, que não se dirige a um fato específico: ao contrário, funda-se em disposição relativamente aberta que, antes de excluir a sanção penal por desobediência à ordem judicial, busca compelir ao cumprimento desta, por motivos que, a depender da situação concreta, somente a referida cumulação poderá tornar eficaz.

Por isso, incide o princípio da independência das instâncias civil, administrativa e penal.⁵⁷⁶

Embora o primeiro entendimento esteja mais afinado com a tendência atual de se reduzir o máximo possível o espectro de incidência do direito penal, a última orientação parece ser a mais apropriada, não só para propiciar a busca da efetividade no âmbito do *mandamus*, mas também para se garantir a própria administração da justiça.

É preciso destacar, contudo, que, ao menos a princípio, as “astreintes” não possuem natureza sancionatória/punitiva – como foi pronunciado no último aresto – mas sim coercitiva. Esta, portanto, é a única ressalva oposta à fundamentação utilizada no voto acima reproduzido.

Outra pergunta muito freqüente sobre o tema é a seguinte: pode o magistrado, no exercício da jurisdição extrapenal, decretar a prisão com base no descumprimento de ordem judicial?

Neste particular, é firme a jurisprudência do STJ no sentido de que o magistrado, no exercício de jurisdição cível, é absolutamente incompetente para a decretação de prisão fundada em descumprimento de ordem judicial.⁵⁷⁷ Por outras palavras, embora compreensível a vontade do julgador da esfera extrapenal de ver satisfeita em sua plenitude a prestação jurisdicional, “a ameaça efetiva da prisão, quando não se tratar das hipóteses de depositário infiel e devedor de alimentos, configura ilegalidade, por ausência de previsão legal”.⁵⁷⁸

⁵⁷⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 86047. 1ª Turma. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. J. 04/10/2005, DJU 18/11/2005.

⁵⁷⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Medida Cautelar nº 11.804. 6ª Turma. Relator: Ministro Hamilton Carvalhido. J. 17/08/2006, DJU 05/02/2007.

⁵⁷⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 42.896. 5ª Turma. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima. J. 28/06/2005, DJU 22/08/2005.

Diante de tal cenário, é recomendável que o magistrado, com base no art. 40 do CPP, determine a expedição de ofício ao Ministério Público para a adoção das medidas cabíveis na esfera penal. Não discrepa de tal posição o Colendo STJ, que já teve a oportunidade de decidir:

MANDADO DE SEGURANÇA. Desobediência a ordem judicial. Ofício ao Ministério Público. Contempt of court.

Não constitui ato ilegal a decisão do Juiz que, diante da indevida recusa para incluir em folha de pagamento a pensão mensal de indenização por ato ilícito, deferida em sentença com trânsito em julgado, determina a expedição de ofício ao Ministério Público, com informações, para as providências cabíveis contra o representante legal da ré.⁵⁷⁹

Mesmo com a adoção de tal providência, é remotíssima a possibilidade de haver alguma restrição ao direito de liberdade do acusado, pois a Lei nº 9.099/95, como é cediço, prevê institutos como a *transação penal* (art. 76) e a *suspensão condicional do processo* (art. 89), que tornam praticamente improvável a prolação de uma sentença condenatória calcada no art. 330 do CP.

3.20.10 A discussão sobre o cabimento da prisão civil

Conforme foi visto em item apropriado, a sanção penal prevista para a hipótese de descumprimento de ordem judicial não chega a amedrontar, até porque a Lei nº 9.099/95 oferece alternativa para evitar a prisão em flagrante e também os institutos da *transação penal* e da *suspensão condicional do processo*, com os quais se torna remotíssima a possibilidade de incidência de alguma restrição ao direito de liberdade.

A multa, por sua vez, embora reconhecida pela doutrina como mecanismo um pouco mais adequado para a obtenção da *specific performance*, nem sempre alcança os resultados esperados. Uma das possíveis causas de tal estado de coisas é denunciada

⁵⁷⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário no Mandado de Segurança nº 9.228. 4ª Turma. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar. J. 01/09/1998, DJU 14/06/1999.

por um julgado muito lúcido do TRF da 2ª Região, no qual se asseverou que “a aplicação de astreintes à Fazenda Pública é ineficaz como meio de coerção psicológica, já que sujeitas (*sic*) ao regime do precatório”⁵⁸⁰.

Diante de um cenário tão frustrante, os estudiosos e os operadores começaram a se debruçar sobre o § 5º do art. 461 do CPC, em busca de novas alternativas para assegurar a obediência aos comandos judiciais.

E depois de muita reflexão sobre o tema, concluiu-se que “nas causas envolvendo o erário público, a coerção somente será eficaz se incidir sobre o agente que detiver responsabilidade direta pelo cumprimento da ordem, reiterada e imotivadamente desrespeitada”⁵⁸¹.

Entre os meios de coerção indireta passíveis de serem enquadrados no perfil acima, alguns autores indicam a *prisão civil*. Tal entendimento, entretanto, não é nada pacífico, até porque envolve aspectos constitucionais que, para uma parte da doutrina, representam obstáculo intransponível para a adoção dessa medida coercitiva atípica.

Boa parte da controvérsia tem origem no texto do inc. LXVII do art. 5º da Carta Magna de 1988, segundo o qual “*não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel*”.

Neste particular, há duas correntes doutrinárias muito bem definidas, que discutem a acepção e a própria extensão do vocábulo “dívida” utilizado no dispositivo em apreço.

De acordo com a primeira delas, que tem como um de seus defensores EDUARDO TALAMINI, a prisão civil não pode ser utilizada como medida coercitiva, em virtude da

⁵⁸⁰ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Agravo de Instrumento nº 23206. 3ª Turma. Relator: Juiz Ricardo Perlingeiro. J. 22/05/2001, DJU 21/08/2001.

⁵⁸¹ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Agravo de Instrumento nº 23206. 3ª Turma. Relator: Juiz Ricardo Perlingeiro. J. 22/05/2001, DJU 21/08/2001.

vedação constitucional contida no art. 5º, LXVII, da Carta Magna. Na ótica do referido autor, o termo “dívida” se refere ao inadimplemento de “obrigações em geral” – e não só as de conteúdo pecuniário. A seguir, põe em xeque a tese de que o vocábulo “dívida” abrange somente obrigações pecuniárias com a seguinte pergunta: “se a regra geral fosse essa, como explicar que uma das duas exceções previstas na norma – a do depositário infiel – não envolve prisão por dívida pecuniária?”⁵⁸²

De acordo com a segunda posição, o dispositivo constitucional supracitado proíbe a prisão civil por descumprimento de obrigação que dependa, para seu adimplemento, da disposição de dinheiro, podendo ser dito, neste sentido, que tal norma proibiu a prisão por “dívidas pecuniárias”. MARINONI e ARENHART, sectários da orientação ora examinada, aduzem inicialmente que se o objetivo da norma fosse o de proibir *toda e qualquer prisão*, com exceção dos casos do devedor de alimentos e do depositário infiel, *não haveria como explicar a razão pela qual deu conteúdo à prisão civil, dizendo que “não haverá prisão civil por dívida”*. Segundo os referidos processualistas, o entendimento de que toda e qualquer prisão está proibida implica retirar qualquer significado da expressão dívida.⁵⁸³

Ao contrário do que se pode imaginar, a discussão retratada acima não é meramente cerebrina. MARCELO LIMA GUERRA, numa síntese muito apropriada, explica as conseqüências jurídicas da adoção de uma ou outra orientação:

- a) compreendendo-se “dívida” como “obrigação de pagar quantia”, a vedação imposta no inc. LVII (*sic*) não exclui a possibilidade de ser admitida no ordenamento o uso de prisão civil para a tutela de outras modalidades de obrigação, sobretudo de fazer ou não fazer;
- b) compreendendo-se “dívida” como “obrigação civil”, então a vedação do inc. LVII (*sic*) do art. 5º é absoluta, isto é, exclui o uso de prisão civil fora das hipóteses aí indicadas.⁵⁸⁴

⁵⁸² TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer**. 2. ed. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 301-302.

⁵⁸³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Execução**. Vol. 3. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 85.

⁵⁸⁴ GUERRA, Marcelo Lima. **Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil**. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 135.

Embora a primeira corrente mereça respeito e consideração, o presente trabalho adota a segunda posição, por entender que ela guarda maior sintonia com a *teoria dos direitos fundamentais*.

Ora, a prevalecer o primeiro entendimento (isto é, a tese restritiva da prisão civil), a liberdade individual será privilegiada de modo *abstrato e absoluto*, uma vez que, *independente de qualquer circunstância concreta*, não se utilizará medida coercitiva como a prisão.⁵⁸⁵

Neste sentido, cumpre transcrever a lição de DIDIER JUNIOR, BRAGA e OLIVEIRA:

Analisando o problema sob a perspectiva da teoria dos direitos fundamentais – e não sob a perspectiva meramente semântica –, já se pode demonstrar a fragilidade da tese restritiva da prisão civil, eis que ela pressupõe uma hierarquização abstrata e absoluta de um direito fundamental (liberdade individual) em relação aos demais direitos fundamentais (vida, integridade física, dignidade, outros tipos de liberdade, devido processo legal, efetividade da tutela jurisdicional etc.). Essa hierarquização apriorística definitivamente não se coaduna com a teoria dos direitos fundamentais, sobretudo quando se percebe que tais direitos são sempre relativos e podem ser episodicamente afastados, quando o magistrado, à luz do caso concreto e do princípio da proporcionalidade, assim o entender, como forma de efetivar um outro direito fundamental.⁵⁸⁶

Fincada tal premissa, é preciso estabelecer os critérios para a utilização do enunciado teórico em apreço, até porque a gravidade das suas conseqüências impõe a fixação de pautas jurídicas para o seu controle.

No afã de manter coerência lógica com a opção pela *teoria dos direitos fundamentais*, a baliza a ser seguida no momento da escolha da medida coercitiva é a máxima da *proporcionalidade* (ou da *vedação do excesso*), que por sua vez é composta dos seguintes elementos: **i)** adequação; **ii)** necessidade; **iii)** proporcionalidade em sentido estrito.

⁵⁸⁵ GUERRA, Marcelo Lima. **Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil**. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 135.

⁵⁸⁶ DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil: direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada**. Vol. 2. Salvador : Editora JusPodivm, 2007. p. 365.

De acordo com SAMUEL MEIRA BRASIL JÚNIOR⁵⁸⁷, a *adequação* exige que a relação meio-fim seja adequada, isto é, que o meio possua aptidão ou conformidade para atingir o fim subjacente à norma.

A *necessidade*, por sua vez, impõe que seja adotada sempre a medida menos gravosa possível para se atingir determinado objetivo⁵⁸⁸.

A *proporcionalidade em sentido estrito*, por seu turno, envolve a própria ponderação dos bens em colisão. De acordo com este critério, não se admite o sacrifício de um bem jurídico, como meio para se atingir um fim que tenha menor peso do que o bem jurídico sacrificado. Assim, deve ser realizada uma ponderação entre duas finalidades, ou dois princípios jurídicos.⁵⁸⁹

Dois exemplos práticos baseados em situações reais podem servir para ilustrar a aplicação dos elementos componentes da proporcionalidade.

Imagine-se, inicialmente, que “A”, desejando obter vista dos autos de processo administrativo fora do recinto do Tribunal de Contas do ES, impetre o remédio heróico alegando que de acordo com o Regimento Interno do órgão supracitado, somente é possível examinar o “caderno processual” no âmbito da repartição, o que afeta não só o contraditório e a ampla defesa assegurados constitucionalmente, mas também prerrogativa profissional elencada nos incs. XV e XVI do art. 7º da Lei nº 8.906/96 (“Estatuto da Advocacia”).

⁵⁸⁷ BRASIL JÚNIOR, Samuel Meira. **Justiça, direito e processo**: a argumentação e o direito processual de resultados justos. São Paulo : Atlas, 2007. p. 97.

⁵⁸⁸ SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na constituição federal**. Rio de Janeiro : Editora Lumen Juris, 2003. p. 88.

⁵⁸⁹ BRASIL JÚNIOR, Samuel Meira. **Justiça, direito e processo**: a argumentação e o direito processual de resultados justos. São Paulo : Atlas, 2007. p. 100.

Pois bem. Se na situação supracitada o órgão jurisdicional concede a liminar e a autoridade coatora se recusa a cumprir a determinação judicial, a prisão civil deve ser determinada?

Reputa-se, aqui, que não, pois se o resultado pretendido pode ser obtido com a *busca e apreensão* dos autos por um oficial de justiça – meio mais suave e que causa a menor restrição possível à esfera jurídica do impetrado – a prisão não se faz *necessária* (isto é, estaria ausente a *necessidade* para a adoção da medida).

Destarte, merece realce a advertência feita por DIDIER JÚNIOR, BRAGA e OLIVEIRA, no sentido de que a prisão civil só deve ser utilizada em último caso, quando não foi possível alcançar a tutela específica ou o resultado prático equivalente por nenhum outro meio.⁵⁹⁰

O outro exemplo, insta frisar, ocorreu no Estado do Espírito Santo no primeiro semestre do ano de 2007. Os detalhes aqui divulgados estão baseados nas notícias veiculadas pela imprensa na ocasião.

A criança “X”, com apenas 5 (cinco) anos de idade, buscou a tutela jurisdicional porque o Estado lhe sonegara um medicamento excepcional, que seria utilizado para o tratamento de sua mazela (câncer no cérebro). Como a situação era urgentíssima e havia risco de morte, o magistrado de primeiro grau concedeu a tutela liminar pleiteada, na qual determinou o fornecimento do remédio. Conforme informações divulgadas pelos meios de comunicação, teria ocorrido um *atraso injustificado* no cumprimento da ordem, o que levou o julgador a decretar a prisão do Secretário Estadual da Saúde e do Gerente de Assistência Farmacêutica.

Sob o prisma da “proporcionalidade em sentido estrito”, extrai-se que no caso em apreço a ponderação envolve mais de um direito fundamental, pois não se deve levar

⁵⁹⁰ DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil: direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada**. Vol. 2. Salvador : Editora JusPodivm, 2007. p. 365.

em conta apenas “vida” e “liberdade”, mas também a própria efetividade da tutela jurisdicional. E por não ser razoável o sacrifício da vida da criança e da própria efetividade processual – que no caso concreto possuem maior “peso” – entendeu-se que a liberdade dos impetrados deveria ceder temporariamente, em benefício dos outros direitos fundamentais envolvidos.

Acerca do uso do direito fundamental à efetividade da tutela na ponderação, merece reprodução a lição de MARINONI e ARENHART:

Na verdade, deparando-se com a norma do art. 5º, LXVII, da CF, deve o intérprete estabelecer, como é óbvio, a dúvida que a sua interpretação suscita. Ou seja, se ela veda o uso da prisão como meio de coerção indireta ou somente a prisão por dívida em sentido estrito. A partir daí, verificando-se que a norma aponta para dois direitos fundamentais, isto é, para o direito à efetividade da tutela jurisdicional e para o direito de liberdade, deve ser investigado o que significa dar aplicação a cada um deles.⁵⁹¹

Embora extrema e excepcional, a medida pode ser considerada necessária se antes dela foram utilizadas medidas menos gravosas, como a multa, por exemplo. Se isso aconteceu e, mesmo assim, houve a recalcitrância, apresentou-se necessária a decretação da prisão.

Por fim, o meio utilizado (prisão) mostrou-se *adequado* para atingir o fim perseguido. Basta dizer que, em poucas horas, o governo estadual entrou em contato com um hospital da Grande Vitória (considerado centro de referência no tratamento do câncer) e obteve algumas ampolas do medicamento, com a promessa de complementar o estoque do nosocômio tão logo ocorresse a chegada do medicamento – já adquirido, diga-se de passagem, em determinada distribuidora.

Cumprido reforçar, aqui, que a prisão civil está longe de ser uma medida rotineira. Sua decretação – que poderá ser determinada por magistrado de juízo extrapenal – deve ser encarada como medida excepcional, razão pela qual não deve ser banalizada ou mesmo estendida para situações corriqueiras do foro.

⁵⁹¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Execução**. Vol. 3. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 86-87.

Caso seja decretada, o magistrado deverá fixar desde logo o prazo de duração da prisão, salientando que o cumprimento da prestação imposta faz cessar de imediato a incidência da medida coercitiva.⁵⁹²

Dentro de uma gradação das medidas coercitivas disponíveis, sem dúvida alguma esta é a mais grave delas, mormente se considerarmos as condições lamentáveis do sistema prisional brasileiro. Por isso, a recomendação doutrinária é no sentido de que a prisão civil somente deve ser utilizada “no último caso”, isto é, quando os demais meios admissíveis não se mostrarem idôneos para a obtenção do resultado pretendido. Nesse sentido, apontam MARINONI e ARENHART:

O juiz somente poderá se valer da prisão quando estiver em condições de justificar a impossibilidade de efetivação da tutela mediante o emprego da multa ou de qualquer outro meio executivo. Nestes casos, por existir “necessidade” do uso da prisão, será possível concluir que o seu uso constitui medida necessária para que a tutela jurisdicional possa alcançar efetividade.⁵⁹³

Em circunstâncias como a acima mencionada, a recusa peremptória da prisão como forma de coerção indireta equivale a aceitar que “o ordenamento jurídico apenas proclama, de forma retórica, direitos que não podem ser efetivamente tutelados”.⁵⁹⁴

Por fim, impende ressaltar que o magistrado, antes de decretar a prisão, deve garantir o exercício do contraditório, permitindo que as partes – sobretudo o destinatário da medida – manifestem-se sobre o assunto.⁵⁹⁵

3.20.11 Verbetes sumulares nº 269 e 271 do STF: limitações

⁵⁹² DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil: direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada**. Vol. 2. Salvador : Editora JusPodivm, 2007, p. 367.

⁵⁹³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Execução**. Vol. 3. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 88.

⁵⁹⁴ Idem, ibidem, p.

⁵⁹⁵ DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil: direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada**. Vol. 2. Salvador : Editora JusPodivm, 2007, p. 367.

Serão analisados, no presente tópico, dois enunciados sumulares que vêm representando, na prática judiciária, um incrível obstáculo à consagração da efetividade no âmbito do mandado de segurança.

A redação de ambos, insta frisar, cristaliza jurisprudência do Supremo Tribunal Federal do início da década de 1960, sobre a importante questão da abrangência e alcance dos efeitos pecuniários no bojo do mandado de segurança.

Da literalidade da primeira delas (269), extrai-se que “o mandado de segurança não é substitutivo da ação de cobrança”. A segunda, por sua vez, estampa que a “concessão de mandado de segurança não produz efeitos patrimoniais em relação a período pretérito, os quais devem ser reclamados administrativamente ou pela via judicial própria”.

Nos moldes do enunciado nº 271 do STF e do art. 1º da Lei nº 5.021/66, portanto, o mandado de segurança não pode ser utilizado como instrumento de cobrança de dívidas pecuniárias pretéritas (isto é, já vencidas quando da sua impetração), as quais deverão de ser pleiteadas pelas “vias ordinárias”.

Em quase 50 (cinquenta) anos, não se pode negar que o ordenamento jurídico brasileiro passou por mudanças consideráveis, principalmente no plano constitucional.

O princípio do acesso à justiça, por exemplo, deixou de ser mero aconselhamento ao legislador ou mesmo a consagração constitucional do direito de ação para se tornar, na atualidade, sinônimo de uma *tutela jurisdicional adequada*, ou seja, tempestiva, efetiva e aderente às peculiaridades no plano do direito material.

Com efeito, todas as restrições ou limitações infraconstitucionais à obtenção concreta da *tutela jurisdicional adequada* devem ser repensadas, pois não se pode admitir que

as regras e princípios constitucionais permaneçam sem a força normativa que lhes é natural, como se fossem “pautas de intenções” ou “promessas incoseqüentes”.

Em pleno século XXI, não há lugar para a *interpretação retrospectiva* que só colabora para emperrar cada vez mais a máquina judiciária. Ora! Se todos os aspectos do litígio com o Poder Público podem ser sanados no âmbito de um único processo (exemplo este, inclusive, seguido pela terceira onda de reformas do CPC) por que não defender o mesmo no âmbito do *mandamus*, no qual os juízes insistem em decidir que os valores “pretéritos” devem ser cobrados nas “vias ordinárias”?

Por outras palavras, aquilo que poderia ser decidido num único processo acaba dando origem a pelo menos 02 (dois), sem contar os incidentes e recursos manejados no âmbito de cada um deles.

Tal fator, sem dúvida alguma, inibe o manejo do *mandamus* em algumas situações, pois enquanto o rito ordinário possui a aptidão de oferecer ao jurisdicionado a tutela mais ampla do seu direito – ou seja, abarcando também as denominadas parcelas pretéritas – no caso do mandado de segurança ele fica limitado a cobrar, apenas, as parcelas posteriores ao seu ajuizamento. Neste sentido, inclusive, aponta o Agravo Regimental no Agravo nº 640.138, no qual a 5ª Turma do STJ assentou que “no rito ordinário não há impedimento legal à condenação do Réu ao pagamento retroativo dos vencimentos relativos ao período anterior ao ajuizamento da ação”.⁵⁹⁶

Com efeito, o procedimento que deveria oferecer mais resultados no plano do direito material acaba propiciando uma tutela menos efetiva do que a oferecida pelo rito ordinário, numa demonstração de flagrante incoerência legislativa e jurisprudencial.

Mas não é só! Se outros procedimentos que primam pela celeridade não trazem limitações à cobrança de parcelas anteriores ao ajuizamento (como ocorre, por

⁵⁹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo nº 640.138. 5ª Turma. Relatora: Ministra Laurita Vaz. J. 19/04/2005, DJU 16/05/2005.

exemplo, com o rito sumaríssimo dos Juizados Especiais Federais), seria coerente, sob o prisma sistemático, a manutenção da restrição no âmbito do mandado de segurança?

E mais: é natural da sentença condenatória a produção de efeitos *ex tunc* – isto é, retroativos – como acontece, *e.g.*, com os juros e com a correção monetária⁵⁹⁷. O que justificaria racionalmente, portanto, a restrição temporal imposta ao mandado de segurança?

Percebe-se, portanto, que estão cada vez mais frágeis os argumentos de sustentação dos verbetes sumulares em apreço. Por essa razão, caso ainda se entendam aplicáveis os referidos verbetes, impõe-se restringir o máximo possível o seu espectro de incidência.

A jurisprudência dos Tribunais Superiores, de forma ainda tímida, vem abrandando o rigor dos enunciados supracitados em alguns casos. Alguns deles, pela sua força paradigmática, merecem apreciação apartada.

A primeira situação originou-se num mandado de segurança impetrado por dois bancos, no qual pretendiam afastar multas que lhes foram impostas pelo Banco Central do Brasil e ainda reaver valores das suas reservas que foram indevidamente retidos por esta instituição, para o pagamento das aludidas penalidades.

Como nos graus de jurisdição inferiores foi oposto o óbice contido no verbete nº 271 do Pretório Excelso, os impetrantes interpuseram o Recurso Especial nº 410.371⁵⁹⁸, cuja ementa merece ser reproduzida, *in verbis*:

[...] I - O mandado de segurança é via processual adequada para pleitear a devolução de valores apropriados com mão-própria, quando decorrente de ato administrativo ilegal, afastado o teor das súmulas 269 e 271, do STF, uma vez não se tratar de ação de cobrança.

⁵⁹⁷ SANTOS, Nilton Agnaldo Moraes dos. **A técnica de elaboração da sentença civil**. 2. ed. São Paulo : Saraiva, 1997. p. 34.

⁵⁹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 410.371. 1ª Turma. Relator: Ministro Francisco Falcão. J. 02/10/2003, DJU 03/11/2003.

II – Demonstrada a pertinência da anulação do ato administrativo ilegal, remanesce de rigor a aplicação dos valores apropriados.

O segundo caso provém de remédio heróico que atacou ato omissivo da Administração, que deixou de pagar a ex-servidores militares com *status* de anistiados políticos parcelas mensais, permanentes e continuadas reconhecidas expressamente em Portarias Ministeriais.

Como haviam sido observadas todas as etapas administrativas e os recursos orçamentários para a satisfação das prestações já estavam destacados, o Supremo Tribunal Federal, baseando-se em parecer da Subprocuradoria-Geral da República, afastou o verbete nº 269 e entendeu que se tratava de uma obrigação de fazer, consubstanciada na efetivação de um direito já reconhecido⁵⁹⁹.

Destarte, para o STF não pode ser enquadrado como “ação de cobrança” o *mandamus* que visa a sanar omissão da autoridade coatora quanto ao cumprimento integral da Portaria que reconhece a condição de anistiado político, inclusive no tocante ao pagamento da parcela relativa a valores pretéritos, cujo montante devido encontra-se ali expressamente previsto.

Caso se entenda que os verbetes sumulares em questão estão afinados com a Constituição Federal e com o Princípio da Efetividade – posição esta não defendida no presente trabalho –, mesmo assim não se pode perder de vista que a limitação neles veiculada ofende a economia processual, pois compelem o jurisdicionado a buscar a via administrativa ou mesmo a provocar novamente o Estado-juiz, quando tudo – rigorosamente tudo – poderia ser obtido por meio de um único processo.

3.21 PROJETO DE LEI Nº 5.067/2001: UMA ANÁLISE SOB O PRISMA DA EFETIVIDADE

⁵⁹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 24.953. 2ª Turma. Relator: Ministro Carlos Velloso. J. 14/09/2004, DJU 01/10/2004.

No ano de 2001, o Excelentíssimo Ministro da Justiça convocou uma Comissão de formada por Arnaldo Wald (Relator), Caio Tácito (Presidente) e Carlos Alberto Menezes Direito (Revisor).

Do trabalho elaborado pelos referidos juristas veio a lume o Projeto de Lei nº 5.067/2001 (inserido no *item 7* como Anexo), que se ocupa não só do mandado de segurança individual (objeto de estudo da presente dissertação), mas também do *mandamus* coletivo.

A fim de situar historicamente o referido Projeto – que já está em adiantado estágio de tramitação no Congresso Nacional – cumpre ressaltar que a sua elaboração na versão original antecedeu a “2ª onda” de reformas do Código de Processo Civil, materializada em leis editadas de dezembro de 2001 a maio de 2002 (Leis 10.352/01, 10358/01 e 10.444/02). E isso, em apertada síntese, quer dizer o seguinte: o PL 5.067/2001 já está nascendo ultrapassado, pois em alguns pontos suas disposições não estão em sintonia com as recentes alterações ocorridas no CPC.

Serão abordados, a seguir, os pontos positivos e negativos do Projeto sob o prisma da efetividade processual e do devido processo constitucional.

Como pontos positivos, podem ser apontadas as seguintes mudanças: **A)** o § 1º do art. 1º equipara às autoridades os representantes ou órgãos de partidos políticos; **B)** atualização do texto correspondente ao atual art. 4º da Lei nº 1.533/51 para contemplar os novos mecanismos de comunicação (como o fax e outros meios de autenticidade comprovada) e também para compatibilizar o prazo para a apresentação das vias originais com aquele traçado pelo art. 2º da Lei nº 9800/99; **C)** foi eliminada a restrição ao *mandamus* no caso de ato disciplinar, atualmente prevista no inc. III do art. 5º da Lei nº 1.533/51; **D)** o parágrafo 1º do art. 6º do PL permite que o juiz ordene a *terceiros* (e não só à autoridade) a exibição de documentos que estejam em seu poder; **E)** o § 1º do

art. 7º prevê expressamente o cabimento do agravo de instrumento das decisões do juiz de primeiro grau que venham a conceder ou denegar a liminar, sepultando, assim, qualquer dúvida existente sobre o assunto; **F)** o § 3º do art. 7º estende os efeitos da medida liminar (salvo se revogada ou cassada) até a prolação da sentença, deixando claro o repúdio à alínea “b” do art. 1º da Lei nº 4.348/64, por meio da qual a liminar somente terá eficácia por 90 (noventa) dias a contar da data da respectiva concessão; **G)** prioridade de julgamento para as causas com liminar já deferida, aspecto passível de assegurar uma tramitação mais célere ao processo daquele que, desde o primeiro momento, demonstra ter um direito subjetivo digno de tutela imediata; **H)** ao evitar o ingresso de litisconsorte ativo após o despacho da petição inicial, o § 2º do art. 10 do PL deixa clara a necessidade de respeito ao princípio do Juiz Natural, acabando com situações esdrúxulas vivenciadas na prática forense nas quais dezenas de jurisdicionados requeriam o ingresso como litisconsortes ativos após a concessão de liminares, prejudicando bastante a celeridade do *writ*; **I)** o art. 12 do projeto esclarece que a manifestação do Ministério Público ocorrerá dentro de um prazo improrrogável (ou seja, num prazo próprio), acabando com situações delicadas ocorridas em regiões com maior movimentação forense, nas quais os autos ficavam aguardando pareceres durante meses; **J)** o art. 16 do PL assegura a defesa oral na sessão de julgamento do mandado de segurança de competência originária dos tribunais, o que se afina com o princípio da ampla defesa; **L)** o art. 17, “caput”, estabelece uma das inovações mais relevantes, ao estabelecer que nas decisões proferidas em mandado de segurança e nos respectivos recursos, quando não publicado no prazo de trinta dias contados da data do julgamento, o acórdão será substituído pelas respectivas notas taquigráficas, independentemente de revisão; **M)** na instância superior, o *mandamus* deverá ser levado a julgamento na primeira sessão que se seguir à data em que forem conclusos ao relator; **N)** outra alteração também muito importante está catalogada no art. 26, que tipifica o não-cumprimento das decisões proferidas em mandado de segurança como crime de desobediência, afastando antiga divergência da doutrina penal concernente ao fato de que a rigor a autoridade pública não poderia ser sujeito ativo da referida infração penal, porque se trataria de um delito de particular contra a administração⁶⁰⁰; **O)** por um

⁶⁰⁰ LOPES, Mauro Luís Rocha. **Mandado de segurança**: doutrina, legislação, jurisprudência. 2. ed. Niterói : Editora

lado, o cabimento de agravo no *mandamus* de competência originária dos tribunais nas hipóteses de indeferimento ou de deferimento da liminar (Parágrafo único do art. 16) pode colaborar para a efetividade, nas situações de decisões equivocadas, aptas a gerar lesão.

Conforme foi assinalado no prelúdio desse tópico, o Projeto também padece de alguns aspectos negativos sob o prisma da efetividade. Seriam eles, basicamente, os seguintes: **I)** o parágrafo único do art. 5º, em franco retrocesso, fixa um interstício para a impetração do *mandamus* contra omissões da autoridade, quando é cediço que para a jurisprudência pátria tal prazo se renova continuamente; **II)** há incoerência entre os arts. 6º e 7º, pois enquanto o primeiro fala na apresentação de 02 (duas) vias da inicial (uma para os autos e outra para remeter à autoridade), o segundo – mais precisamente no seu inc. II – impõe a exigência de se dar ciência ao órgão de representação judicial da pessoa jurídica, o que demandaria, salvo melhor juízo, 03 (três) cópias da petição inicial; **III)** somente se referiu à emenda da inicial no caso do § 4º do art. 6º, e ainda assim de forma criticável; **IV)** o regramento do § 4º do art. 6º do PL (segundo o qual suscitada a ilegitimidade da autoridade coatora o impetrante poderá emendar a inicial no prazo de dez dias, observado o prazo decadencial), merece críticas não só porque a pessoa jurídica é a ré no *mandamus* – razão pela qual, no tocante ao prazo decadencial, seria irrelevante a notificação de autoridade equivocada da entidade legítima – mas também porque o STJ se contrapôs à regra insculpida nesse artigo em recente julgado, que também envolvia a emenda da petição inicial e a fluência do prazo decadencial⁶⁰¹; **V)** o art. 7º, inc. II, do Projeto, faz menção à notificação do órgão de representação da pessoa jurídica para que esta, querendo, “ingresse no feito”, redação esta que poderá dar azo à interpretações refratárias à celeridade do *writ*, pois além do fato de a entidade já está “presentada” no *mandamus* pela autoridade, pode-se entender possível o oferecimento de uma “contestação suplementar”, quando é cediço que na maioria dos casos as informações já são elaboradas por procuradores; **VI)** o art. 7º, inc. III, prevê a possibilidade de exigência de caução, fiança ou depósito no caso de

Impetus, 2007. p. 144.

⁶⁰¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 480.211. Relator: Ministro Félix Fischer. 5ª Turma. j. 09/03/2004, DJU de 31/05/2004.

concessão de liminar, o que não só está em descompasso com a jurisprudência hoje prevalecente no STJ, mas também pode afetar a parcela menos favorecida da população; **VII**) o art. 8º - cuja redação é similar àquela do art. 2º da Lei nº 4.348/64 – prevê hipótese de caducidade ou preempção da liminar quando o impetrante deixar de promover, por mais de três dias úteis, os atos e diligências que lhe cumprirem, medida esta com grande potencial de ofensa à efetividade processual, que parece exigir, para sua aplicabilidade, a observância do § 1º do art. 267 do CPC; **VIII**) o art. 10 prevê a possibilidade de indeferimento imediato da inicial quando decorrido o prazo legal para a impetração, representando a demonstração de uma política legislativa avessa à instrumentalidade e à economia processuais, que recomendariam, neste caso, ou a conversão procedimental ou mesmo a emenda da inicial para adequá-la; **IX**) o art. 12 e seu parágrafo aumentaram os prazos para manifestação do Ministério Público (de cinco para dez dias) e para prolação de sentença (de cinco para trinta dias); **X**) continua prevista a manifestação do Ministério Público em todo e qualquer *mandamus*, o que viola não só o art. 127 da CF/88, mas também vai de encontro ao recente Projeto de Lei nº 72/03, destinado a dispensar o parecer em ações mandamentais nas quais sejam discutidos direitos individuais disponíveis; **XI**) o § 1º do art. 14 manteve a remessa necessária de forma irrestrita, sem atentar para os §§ 2º e 3º do art. 475 do CPC (inseridos pela Lei nº 10352/01) e para recente Projeto de Lei (como o de nº 2.698 de 2003, do Deputado Luiz Antônio Fleury) no qual se busca suprimir a remessa necessária ou obrigatória; **XII**) o cabimento de agravo no *mandamus* de competência originária dos tribunais nas hipóteses de indeferimento ou de deferimento da liminar (Parágrafo único do art. 16) pode causar o retardamento do julgamento do *mandamus* no caso de apensamento dos autos do agravo aos do mandado de segurança (procedimento comum em algumas Cortes), razão pela qual seriam recomendáveis mudanças regimentais para permitir o trâmite paralelo de ambos.

4 CONCLUSÃO

4.1 CONCLUSÃO GENÉRICA

O princípio da efetividade tem um papel fundamental para relativizar o binômio direito/processo, proporcionando resultados ainda mais efetivos para o *mandamus*, quer no sentido de mitigar exigências formais, quer no sentido de promover a justa composição da lide (ou “acesso à ordem jurídica justa”, na concepção da Escola Paulista de Direito Processual), um dos escopos políticos basilares do processo.

4.2 CONCLUSÕES ESPECÍFICAS

Capítulo 1

1. Por meio do presente estudo, ficou demonstrado que o direito brasileiro passa por uma crise paradigmática, pois há sinais de ruptura do referencial positivista e da emergência de um paradigma pós-positivista.

2. Diante da insuficiência da teorização positivista para fazer frente às novas demandas no plano jurídico, é possível falar na emergência de um paradigma pós-positivista, cujo instrumental técnico (que não desconhece a normatividade dos princípios e a utilização da técnica de ponderação para a solução de eventuais colisões entre eles) oferece alternativas para a solução das questões jurídicas oriundas de uma sociedade cada vez mais plural e complexa;

3. Com o advento da Constituição Republicana de 1988 o direito brasileiro foi fecundado pelas idéias oriundas do neoconstitucionalismo, que oferece uma nova tônica sobre temas como a normatividade dos princípios, relação mais próxima entre direito e moral, utilização da técnica de ponderação na aplicação do direito, norma com a acepção de produto da interpretação (e não mais como simples objeto dela), interpretação criativa dos magistrados, ativismo judicial, intervenção da esfera de pré-compreensão no processo decisório, união lingüística entre sujeito e objeto, dentre outras conquistas.

4. A prática de se interpretar e aplicar o direito a *partir da lei* deve dar lugar a um enfoque diametralmente oposto, que evidencie a *necessidade* de o direito ser analisado, interpretado e aplicado *desde a Carta Magna*.

5. A *concepção semântica* de norma (segundo a qual esta seria o “resultado” e não o “produto” da atividade interpretativa), pode ser utilizada na interpretação/aplicação dos dispositivos relativos ao *mandamus*, a fim de que, nas situações de *multiplicidade de sentidos* de determinado *texto legal*, seja escolhido aquele que maximize os resultados do remédio heróico no plano do direito material.

6. A partir do fenômeno de constitucionalização do processo, a noção de devido processo legal ganhou dimensão nova, revestindo-se do *status* mais abrangente de garantia do *devido processo constitucional*, que pode ser entendido como a conformação do processo às garantias e princípios constitucionais, o que serve para afastar, em boa parte, as alegações de invalidade decorrentes do descumprimento de dispositivos infraconstitucionais quando estes não tenham como base relevantes postulados catalogados na Constituição.

7. Embora boa parte do instrumental técnico do direito processual civil tenha sido elaborado na sua etapa *autonomista*, pode-se dizer que hoje a disciplina atravessa a denominada fase *instrumentalista*, na qual as preocupações com o processo não se restringem ao viés jurídico, abarcando também os aspectos social e político, em busca

de resultados práticos no plano do direito material conducentes à desejada pacificação social.

8. A cada dia é mais visível a influência do direito material sobre o processual, até porque este deve dispor de técnicas que permitam, na maior medida possível, a proteção da situação jurídica substancial que venha a ser deduzida no ato postulatório.

9. No bojo do processo civil contemporâneo, no qual fala mais alto o interesse público de se alcançar um resultado satisfatório em termos de composição do litígio, não mais se justifica a figura do juiz inerte e com perfil de mero espectador da batalha judicial, cabendo-lhe zelar também por um processo justo, capaz de permitir a adequada verificação dos fatos e a participação das partes em contraditório real, a justa aplicação das normas de direito material e a efetividade da tutela dos direitos, já que a atuação burocrática pautada unicamente na auto-contenção do juiz tornou-se incompatível com a evolução do Estado e do direito.

10. Como o legislador, por mais diligente que seja, não pode prever todas as particularidades, cumpre ao magistrado o papel de identificar as necessidades de direito material na situação examinada e, a partir daí, ir à procura não só da técnica processual mais adequada para propiciar uma tutela jurisdicional efetiva, mas também da solução que componha a lide da forma mais justa e satisfatória possível, até porque deixa de interessar à sociedade organizada apenas a melhor interpretação: é preciso buscar *a melhor interpretação para cada caso concreto*.

11. A partir do momento em que o magistrado se libertou dos grilhões impostos pelos primórdios do Estado Liberal e passou a buscar, numa atuação mais livre e criativa, a solução mais justa e adequada para o caso concreto – propiciada pelas cláusulas gerais, princípios e novos horizontes interpretativos – o paradigma de *certeza* foi substituído pelo de *não-surpresa (previsibilidade)*.

12. Na atualidade não se justifica a busca da “segurança pela segurança”, com um apego exacerbado às regras jurídicas mesmo quando iníquas ou desvencilhadas de princípios e garantias constitucionais subjacentes. É preciso fomentar, outrossim, uma preocupação mais intensa com os resultados do processo, não só no plano da aceitação moral das decisões, mas também no aspecto da efetividade.

13. Diante da constatação da existência de lacunas ontológicas e axiológicas, é possível utilizar a teoria das lacunas para justificar o “diálogo” entre o CPC e a Lei nº 1.533/51, impondo-se uma releitura do critério de solução de antinomias segundo o qual “a lei especial prevalece sobre a lei geral” para permitir a aplicação subsidiária do CPC também quando a norma da Lei nº 1.533/51 – embora específica – apresentar manifesto “envelhecimento”, que, na prática, impeça ou dificulte a prestação jurisdicional justa e efetiva no bojo do procedimento especial.

Capítulo 2

1. Defende-se que a terminologia mais adequada é “efetividade processual” (e não “eficácia processual”), porque enquanto a *eficácia* diz respeito à aptidão ou capacidade para a produção dos efeitos pretendidos, a *efetividade*, por sua vez, diz respeito ao grau de materialização, no mundo empírico, da conduta prevista no ordenamento jurídico.

2. Embora a efetividade processual figure como um dos princípios mais comentados na atualidade, ela não apresenta caráter absoluto nem deve ser encarada de forma apriorística, como se ocupasse uma posição hierárquica mais elevada que os demais direitos fundamentais.

3. Defende-se que a análise da *efetividade processual* não deve se restringir apenas aos *resultados* da atividade jurisdicional, mas também aos *meios* predispostos para

obtê-los, pois dificilmente se poderá alcançar o fim pretendido sem a utilização de um instrumental técnico suficiente e adequado.

4. Embora boa parte da doutrina trate a efetividade processual como método de pensamento, premissa metodológica ou mesmo como postura ideológica, defende-se aqui que ela também é um direito fundamental com *status* de princípio, que não pode ser desconsiderado no momento de se interpretar e aplicar o direito.

5. O fundamento constitucional do princípio da efetividade pode ser extraído dos incisos XXXV e LIV do art. 5º da Carta Magna de 1988, não desmerecendo tal postulada o fato de se encontrar implícito no texto constitucional, mormente quando o § 2º do dispositivo supracitado prevê que os direitos e garantias expressos na Lei Maior não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados.

6. Sob a lente da contribuição de Canotilho, a efetividade pode ser enquadrada como um princípio constitucional especial, que densifica ou concretiza princípios constitucionais gerais.

7. Os princípios jurídicos exercem influência no plano hermenêutico, pois figuram como espécies normativas que regulam também a interpretação das demais normas jurídicas.

8. Em sede infraconstitucional, há alguns postulados que figuram como *subprincípios* derivados da *efetividade*, que são os seguintes: **a)** fungibilidade; **b)** instrumentalidade; **c)** cooperação; **d)** adaptabilidade/adequação do procedimento; **e)** aproveitamento ou conservação dos atos processuais; **f)** inquisitivo; **g)** economia processual.

9. O subprincípio da fungibilidade, dentro da sua roupagem mais atualizada, possibilita a admissão de um *writ* no lugar de outro (afastando a carência de ação por falta de interesse-adequação) e até mesmo a recepção de remédios jurídicos de natureza jurídica diversa, independentemente da existência de dúvida objetiva.

10. O subprincípio da *instrumentalidade* colabora com a efetividade, quer por afastar os exageros processualísticos a que o aprimoramento da técnica pode insensivelmente conduzir (daí a idéia de *instrumentalidade das formas*), quer porque incute no hermeneuta a preocupação de extrair do processo, como instrumento, o máximo de proveito quanto à obtenção dos resultados propostos, numa consagração da *instrumentalidade substancial*.

11. O subprincípio da cooperação colabora com a efetividade, pois preconiza a importância do diálogo entre os sujeitos do processo e da colaboração entre eles como a melhor forma de se alcançar uma solução judicial adequada.

12. O subprincípio da adaptabilidade/adequação do procedimento colabora com a efetividade, pois admite a mudança procedimental para o rito ordinário sem a necessidade de extinção prematura do processo, sem nenhum prejuízo para o réu, que terá possibilidade até mais ampla de se defender.

13. O subprincípio do aproveitamento ou da conservação dos atos processuais se afina com a efetividade, pois ao preconizar que a nulidade de uma parte do ato não prejudicará as outras que dela sejam independentes, está cooperando para a obtenção do resultado pretendido no plano do direito material dentro de um prazo mais razoável.

14. Se para os atos de propor e desistir da demanda tem maior influência o princípio dispositivo, a produção de provas e o próprio desenvolvimento da marcha processual estão atreladas ao princípio inquisitivo, razão pela qual compete ao juiz o poder de iniciativa probatória para a elucidação das afirmações de fato deduzidas pelas partes.

15. O subprincípio da economia processual também tem íntima correlação com a efetividade, pois tem por escopo o máximo de resultado possível com a atuação da lei com um mínimo de emprego da atividade processual.

Capítulo 3

1. Embora a natureza jurídica do mandado de segurança seja de ação, é preciso reconhecer não só a grande plasticidade do referido remédio jurídico (que muitas vezes figura como sucedâneo recursal), como também a necessidade, em prol da efetividade, de não se esquecer do *mandamus* enquanto procedimento especial, passível de sofrer adaptações quando o caso concreto assim o requerer.

2. Considerando que o mandado de segurança é uma garantia constitucional, faz jus a uma interpretação que acentue a efetividade da tutela por ele oferecida e, por via de consequência, maximize seus resultados no plano do direito material.

3. “Líquido e certo” não é propriamente o *direito*, mas sim o *fato*, ou melhor, a *afirmação de fato* feita pela parte autora.

4. A ilegalidade e o abuso de poder dizem respeito ao mérito do *mandamus*, razão pela qual a ausência destes dois elementos deverá conduzir à improcedência do pedido formulado.

5. Os dispositivos do CPC têm aplicação subsidiária no bojo do *mandamus*, e deverão incidir quando puderem realçar os atributos constitucionais do mandado de segurança, especialmente para conferir maior efetividade à tutela por meio dele oferecida.

6. No que diz respeito à distribuição e aos procedimentos cartorários relativos ao *mandamus*, ambos devem ser caracterizados pela agilidade e pela desburocratização, mormente naquelas situações reputadas “agônicas”, nas quais o retardamento da apreciação judicial pode colocar em risco o próprio resultado útil do processo.

7. Para a verificação do órgão jurisdicional competente para processar e julgar o *mandamus*, é preciso, primeiramente, identificar a autoridade coatora, pois o grau

hierárquico dela e o seu eventual *status* de autoridade federal serão fundamentais para apurar onde a demanda deverá ser ajuizada.

8. No caso de impetração do *mandamus* perante órgão incompetente porque houve indicação de autoridade coatora errônea, seria mais adequado possibilitar ao impetrante a emenda da petição inicial e, cumprida tal providência, efetuar a remessa dos autos ao órgão competente.

9. A regra do § 2º do art. 113 do CPC não é inflexível, pois sempre que estiverem em jogo direitos fundamentais de grande significação ou mesmo o próprio resultado útil do processo, é possível manter o ato decisório incólume até a sua análise pelo órgão jurisdicional competente.

10. Se houver dúvida objetivamente justificável quanto à competência do órgão julgante de primeiro grau, o órgão revisor (tribunal) pode convalidar a sentença proferida por juiz absolutamente incompetente, *se e somente se* tiver competência recursal, inclusive em razão da especificidade da matéria.

11. Não se confundem os conceitos de processo, ação, procedimento e tutela, porque: **a)** no tocante ao *processo*, embora um dos conceitos mais correntes seja o de que ele é “o instrumento pelo qual o Estado exerce a jurisdição”, há o entendimento de que tal categoria jurídica retrata uma entidade complexa, que deve ser encarada pelo duplice aspecto da relação entre seus atos (procedimento) e também da relação entre os seus sujeitos (relação jurídica processual); **b)** a *ação* é um direito subjetivo público e abstrato exercido contra o Estado, por meio do qual se pode pedir a este a tutela jurisdicional; **c)** *procedimento*, por seu turno, é o lado extrínseco, palpável, sensível e constatável objetivamente, pelo qual se desenvolve o *processo* ao longo do tempo; e **d)** *tutela*, por sua vez, vem a ser exatamente a proteção buscada em juízo.

12. A análise do mandado de segurança não dispensa o estudo das categorias da teoria geral do processo, inclusive das denominadas *condições da ação*, cumprindo

ressaltar, entretanto, que elas não podem ser enxergadas como se fossem panacéia destinada à cura de todos os males, até porque, em inúmeras situações, o vício pode ser sanado com a simples emenda da petição inicial, sem necessidade de extinguir prematuramente o processo.

13. Em se tratando da legitimação para a causa no *writ*, a ampliação da legitimidade ativa, o reconhecimento da pessoa jurídica (e não da autoridade coatora) como legitimada passiva e a aplicação da Teoria da Encampação são alguns exemplos de providências que podem auxiliar para a obtenção de uma tutela mais efetiva no bojo do mandado de segurança.

14. No tocante à condição do interesse processual, a admissão da conversão do procedimento do *mandamus* para aquele que seria o adequado impõe a necessidade de uma releitura do denominado “interesse-adequação”.

15. O deferimento de liminar satisfativa não acarreta a perda superveniente do interesse processual no *writ*, quer porque tal medida é dotada de provisoriedade, quer porque o § 5º do art. 273 do CPC (aplicável subsidiariamente) prevê a necessidade de um julgamento final, no plano meritório.

16. Ao menos sob a lente do direito processual positivado, reputa-se que a impossibilidade jurídica da demanda figura como condição da ação, pois o inc. VI do art. 267 do CPC estampa entre as causas de extinção do processo sem julgamento de mérito a ausência das condições da ação, inserindo entre elas a possibilidade jurídica.

17. O “direito líquido e certo” não deve ser enquadrado como condição especial da ação de mandado de segurança equiparada ao interesse processual na modalidade “adequação”, mas sim como pressuposto processual relativo à adequação do procedimento, corroborando tal conclusão os seguintes argumentos: **i)** o que está em jogo não é propriamente o *interesse processual*, mas sim a *forma*; **ii)** a sentença de carência por falta de interesse-adequação faz coisa julgada material, o que impediria a

repropositura do *mandamus*; **iii**) a concepção “clássica” não está afinada com as pautas hermenêuticas da instrumentalidade e da efetividade processual.

18. É possível defender uma releitura das clássicas restrições ao cabimento do *mandamus* não só em razão das rupturas deflagradas pelos enunciados teóricos do acesso do acesso à justiça e da efetividade processual na atualidade, mas também porque o próprio direito material vem enfrentando mudanças significativas, o que deve repercutir na seara processual.

19. Em se tratando da petição inicial, poderão aumentar a efetividade da tutela prestada pela via do *mandamus* as seguintes medidas: **a)** ampliação da possibilidade de emenda – que poderá ocorrer até após a citação –, mas desde que preservado o contraditório; **b)** possibilidade de regularização da inicial quando ela estiver sem assinatura; **c)** emenda de ofício pelo Magistrado na situação de indicação errônea da autoridade coatora se não restar configurado erro grosseiro; **d)** emenda também para a juntada de documentos necessários não trazidos com a inicial pelo impetrante; **e)** eliminação da utilidade prática dos incisos II e III do art. 295 do CPC nos casos de ilegitimidade *ad causam* e de ausência do “interesse-adequação”.

20. Quando o assunto é litisconsórcio, podem colaborar para a efetividade da tutela buscada no *mandamus* sem ofensa ao devido processo constitucional as providências destacadas a seguir: **I)** o litisconsórcio ativo facultativo deve ser formado quando do ajuizamento da demanda, sob pena de violação ao princípio do juiz natural; **II)** deve ser rejeitada a interpretação literal do art. 47 do CPC, a fim de que só se possa falar em ineficácia se o litisconsorte ausente for prejudicado pelo resultado do processo; **III)** interpretação do verbete nº 631 do STF sem perder de vista o § 1º do art. 267 do CPC; **IV)** impedimento no sentido de que o juiz determine, de ofício, a citação de litisconsorte necessário.

21. No tocante ao prazo de 120 (cento e vinte) dias, podem colaborar para a efetividade da tutela buscada no *mandamus* sem ofensa ao devido processo constitucional as

medidas arroladas a seguir: **I)** o interstício em apreço, previsto no art. 18 da Lei nº 1.533/51, é *extintivo* do direito à utilização do *writ*, e não *decadencial*; **II)** a contagem do prazo é feita de acordo com o CPC; **III)** o termo inicial dos 120 dias tem início no primeiro dia útil após a ciência do ato impugnado; **IV)** em se tratando de prazos, a exegese contemporânea deve viabilizar (e não obstaculizar) o acesso à justiça.

22. Quando o assunto é a liminar, podem alavancar a efetividade da tutela buscada no *mandamus* sem ofensa ao devido processo constitucional as providências destacadas a seguir: **a)** a abolição da prática de se deixar para analisar a liminar após as informações; **b)** a possibilidade de concessão posterior da liminar inicialmente indeferida, desde que tenha ocorrido alguma mudança no cenário processual; **c)** a supressão ou mesmo a contenção da exigência de caução quando ela puder comprometer o acesso à justiça; **d)** o reconhecimento da inconstitucionalidade do art. 1º, alínea “b”, da Lei nº 4.348/64, por meio do qual a medida liminar terá eficácia por prazo determinado; **e)** a possibilidade de um controle no caso concreto das restrições legais ao deferimento da tutela de urgência; **f)** afastamento das limitações em comento quando estiverem em jogo direitos fundamentais cujo sacrifício não seja razoável no caso concreto; **g)** a concessão da liminar de ofício, quer com base no modelo constitucional do *writ*, quer com amparo na teoria dos direitos fundamentais.

23. O tratamento das informações como contestação (e não como meio de prova), o afastamento da regra do art. 188 do CPC, a dispensa da prova pré-constituída quando a autoridade admitir os fatos narrados na inicial, a observância do contraditório quando houver juntada de documentos ou mesmo a arguição de preliminares nas informações, o afastamento da idéia de apresentação cumulativa de informações e de contestação (com base no art. 3º da Lei nº 4.348/64, com redação atribuída pela Lei nº 10.910/04), a possibilidade de regularização das informações não assinadas e a admissão da juntada de documentos *a posteriori* enquadram-se entre as medidas que podem colaborar para a efetividade no leito do remédio heróico, sem ofensa a outros direitos e garantias fundamentais.

24. Em se tratando da prova no mandado de segurança, a admissão da juntada de prova documental *a posteriori* (observadas as peculiaridades do caso concreto e o princípio do contraditório), a aceitação da prova documentada (também respeitado o contraditório), o aumento dos poderes do juiz na direção do processo, uma maior amplitude na colheita do material probatório documental, o afastamento da orientação jurisprudencial que limita a utilização do Parágrafo único do art. 6º a Lei 1.533/51, a superação da alegação de falta de autenticação dos documentos quando ausente demonstração da distorção do seu conteúdo e uma nova concepção sobre a matéria relativa ao “fato negativo” e à “prova diabólica” (considerando-se, aqui, a possibilidade de inversão do ônus probatório ou mesmo da incidência da teoria da distribuição dinâmica do ônus probatório) podem colaborar sobremaneira para a efetividade da tutela no *mandamus*.

25. Quando o assunto é a intervenção do Ministério Público, podem alavancar a efetividade da tutela buscada no *mandamus* sem ofensa ao devido processo constitucional as providências destacadas a seguir: **a)** interpretação do art. 10 da Lei nº 1.533/51 em conformidade com a Constituição, a fim de que, nos termos do art. 127 da Carta Magna de 1988, a intervenção ministerial decorra do *direito discutido*, e não do *procedimento adotado*; **b)** uma nova percepção sobre o que se deve entender por “manifestação” do *Parquet*, a fim de que seja considerado efetivo o pronunciamento se o Ministério Público, abordando a questão de fundo, entende que, por força da substância dela, não deve atuar como *custos legis*; **c)** o afastamento da nulidade quando não houver prejuízo ao interesse protegido pelo MP; **d)** o suprimento da falta de pronunciamento do Órgão Ministerial em primeiro grau pela atuação da Procuradoria; **e)** dispensa da manifestação do MP como fiscal da lei quando ele atua como sujeito parcial da lide, o que poderia colaborar com a celeridade do remédio heróico.

26. No respeitante à sentença proferida no mandado de segurança, cumpre reconhecer que a utilização das técnicas mandamental e executiva *lato sensu* é essencial para a efetividade da tutela, pois propicia a concretização do direito material no seu sentido

mais latente, consubstanciado na obtenção do resultado específico (ou seja, da prestação *in natura*).

27. No tocante à remessa necessária no mandado de segurança após as alterações legislativas no art. 475 do CPC, o critério de solução de antinomias segundo o qual “a norma especial prevalece sobre a geral” deve ser encarado com cautela, mormente quando presentes lacunas ontológicas ou axiológicas no sistema e a lei geral estabelece novos princípios absolutamente incompatíveis com aqueles sobre os quais se baseava a lei especial anterior.

28. A pacificação das controvérsias sobre o cabimento de determinados vetores recursais no bojo do mandado de segurança pode alavancar a efetividade da tutela prestada por meio dele, pois enquanto os próprios tribunais superiores não uniformizam a sua jurisprudência, quem acaba sofrendo os prejuízos oriundos da divergência é o jurisdicionado, que a cada momento se depara com novos entendimentos sobre determinadas matérias.

29. Quando o assunto é suspensão de segurança, pode alavancar a efetividade da tutela buscada no *mandamus* uma interpretação sempre *restritiva* do referido incidente processual, exatamente porque vai de encontro a princípios e garantias constitucionais que garantem uma tutela jurisdicional adequada (isto é, tempestiva, efetiva e compatível com as necessidades no plano do direito material).

30. Em se tratando do *mandamus* de competência originária, figuram como meios passíveis de alavancar a efetividade da tutela: **a)** medidas como a pauta temática, que reduzem os pedidos de vista, que figuram entre as principais causas da lentidão dos julgamentos colegiados; **b)** a admissão da incidência do art. 557 do CPC quando o *writ* atacar ato judicial, ou seja, possuir o perfil de sucedâneo recursal; **c)** aplicação do art. 285-A do CPC ao mandado de segurança de competência originária, cuja decisão poderá ser proferida de forma unipessoal, com possibilidade de agravo interno para o colegiado.

31. No respeitante à coisa julgada no mandado de segurança, destinam-se a alavancar a efetividade da tutela as seguintes medidas: **i)** o reconhecimento do seu caráter *secundum eventum probationis*, isto é, que só se forma em caso de esgotamento das provas; **ii)** a procedência do pedido em sede de mandado de segurança vincula decisão posterior em ação de cobrança, onde se busca apenas o pagamento das parcelas pretéritas; **iii)** nos casos em que o pedido não se refira a exercício financeiro específico, mas ao reconhecimento da inconstitucionalidade ou ilegalidade da exação, ou de sua imunidade ou isenção, por exemplo, deve ser afastada a restrição inserta no verbete sumular nº 239/STF, desde que mantidas inalteradas as situações de fato e de direito.

32. No tocante ao cumprimento dos atos decisórios no mandado de segurança, podem alavancar a efetividade da tutela as seguintes medidas: **a)** como há divergência sobre a tipificação penal do descumprimento da determinação judicial e a intervenção federal e o crime de responsabilidade são medidas que sofrem influxos políticos e não permitem ao juiz agir diretamente contra a autoridade recalcitrante, devem ser priorizadas as medidas sub-rogatórias e coercitivas para o restabelecimento imediato do direito violado; **b)** medidas sub-rogatórias, geralmente oriundas da técnica *executiva*, podem ser utilizadas tanto na sua forma típica quanto na atípica; **c)** como o princípio da separação dos poderes não é absoluto, há respaldo para sustentar a intervenção judicial a fim de que seja nomeado um terceiro para praticar o ato que a autoridade coatora se recusa a providenciar; **d)** a multa se revela como um meio processual de coerção extremamente útil, que geralmente dissuade a autoridade coatora da idéia de descumprir o provimento judicial; **e)** no caso das medidas oriundas do *poder de coerção*, a determinação da execução das ordens judiciais se destina tanto às partes quanto aos terceiros, razão pela qual é possível defender que a autoridade coatora seja atingida pela multa, desde que obedecido, obviamente, o devido processo legal; **f)** é possível cumular a multa do art. 14 do CPC com a do art. 461, §§ 4º e 5º, do mesmo diploma legislativo, pois a natureza jurídica de ambas é diversa; **g)** em situações excepcionais, é possível decretar a prisão civil da autoridade recalcitrante quando esta se recusar a cumprir a determinação judicial; **h)** os verbetes sumulares 269 e 271 do STF devem ser abrandados em alguns casos.

33. O PL 5.067/2000, no que diz respeito à efetividade, possui aspectos positivos (como a eliminação da restrição ao cabimento do *mandamus* contra ato disciplinar, previsão de cabimento do agravo de instrumento, supressão do prazo de eficácia da liminar, tipificação do descumprimento da ordem como crime de desobediência etc.) e também negativos (estabelecimento de prazo para impetração do *writ* contra atos omissivos da autoridade, manutenção da intervenção do *Parquet* e da remessa necessária de forma indiscriminada, entre outros).

5 REFERÊNCIAS

ALVIM, Thereza. **Questões prévias e os limites objetivos da coisa julgada**. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1977.

ARRUDA ALVIM, Eduardo. **Mandado de segurança no direito tributário**. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1998.

ARRUDA ALVIM NETTO. **Manual de direito processual civil**, vol. 2. 8. ed., São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2003.

ARAÚJO, José Henrique Mouta. **Mandado de segurança: questões controvertidas**. Salvador : Editora JusPodivm, 2007.

AURELLI, Arlete Inês. **O juízo de admissibilidade na ação de mandado de segurança**. São Paulo : Malheiros Editores, 2006.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 5. ed. São Paulo : Malheiros Editores, 2006.

BARBI, Celso Agrícola. **Do mandado de segurança**. 8. ed., Rio de Janeiro : Forense, 1998.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, L. R.; BARCELOS, A. P. A nova interpretação constitucional: ponderação, argumentação e papel dos princípios. In LEITE G.S. (Org.). **Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da constituição**. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 6. ed. São Paulo : Saraiva, 2006.

_____. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira**. 8. ed., Rio de Janeiro : Renovar, 2006.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. In: MARCATO, Antônio Carlos (Coord.). **Código de processo civil interpretado**. 2. ed. São Paulo : Atlas, 2005, p. 156.

_____. **Direito e processo: influência do direito material sobre o processo**. 2. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

_____. **Efetividade do processo e técnica processual.** São Paulo : Malheiros Editores, 2006.

_____. **Tutela cautelar e tutela antecipada:** tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização). 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

BOFF, Leonardo. **A águia e a galinha: uma metáfora da condição humana.** 8. ed. Rio de Janeiro : Vozes, 1997.

BRASIL JÚNIOR, Samuel Meira. **Justiça, direito e processo:** a argumentação e o direito processual de resultados justos. São Paulo : Atlas, 2007.

BUENO, Cássio Scarpinella. **A nova etapa da reforma do código de processo civil, Volume 1.** São Paulo : Saraiva, 2006.

_____. **Curso sistematizado de direito processual civil:** teoria geral do direito processual civil, *Volume 1.* São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Liminar em mandado de segurança:** um tema com variações. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1997.

_____. Litisconsórcio necessário e ausência de citação de litisconsorte necessário em mandado de segurança. **Revista de Processo** 79:263. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, julho-setembro de 1995.

_____. **Mandado de segurança:** comentários às leis n. 1.533/51, 4.348/64 e 5.021/66. 3. ed. São Paulo : Saraiva, 2007.

BUZAID, Alfredo. **Do mandado de segurança,** vol. 1. São Paulo : Saraiva, 1989.

CAMBI, Eduardo. **Direito constitucional à prova no processo civil.** São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2001,

_____. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. In FUX, L.; NERY JR., N.; WAMBIER, T. A. A. (Orgs.). **Processo e constituição:** estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2006.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional.** 6. ed., Coimbra : Livr. Almedina, 1992.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes irresponsáveis?.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1989.

CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de direito constitucional tributário.** 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

CARRIÓ, Genaro R. **Notas sobre derecho e lenguaje**. Buenos Aires : Abeledo-Perrot, 1973.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 15. ed., Lúmen Júris Editora: Rio de Janeiro, 2006.

CAVALCANTE, Mantovanni Colares. **Mandado de segurança**. São Paulo : Dialética, 2002.

CHAVES, Luciano Athayde. **A recente reforma no processo comum**: reflexos no direito judiciário do trabalho. São Paulo: Ltr, 2006.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. Investigação Criminal e Ministério Público. **Direito e sociedade**, Curitiba, p. 154, v. 3, n. 1, jan./jun. 2004.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003.

COMOGLIO, Luigi Paolo. **Commentario della costituzione, a cura di G. Branca**. Bologna-Roma : Zanichelli-Foro Italiano, 1981.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. As noções jurídico-processuais de eficácia, efetividade e eficiência. **Revista de processo**: São Paulo, nº121, mar. 2005.

COSTA, Thales Morais da. Notas sobre o contraditório em mandado de segurança. In: BUENO, Cássio Scarpinella; ALVIM, Eduardo Arruda; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). In: **Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança**: 51 anos depois. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2002.

CUNHA, J. S. Fagundes. O mandado de segurança e a aplicação do art. 557 do código de processo civil. Disponível em: <<http://www.amb.com.br/portal/docs/artigos>>. Acesso em 04 dez. 2007.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A fazenda pública em juízo**. São Paulo : Dialética, 2007.

CUNHA, Rosanne Gay. **O princípio da vedação de insuficiência: uma visão garantista positiva do processo civil**. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/edicao_011/rosane_cunha.htm>. Acesso em: 03 jul. 2007.

DALL'AGNOL JUNIOR, Antônio Janyr. Distribuição dinâmica do ônus probatório. **Revista dos tribunais**. São Paulo, nº788, p. 97, jun. 2005.

DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. **Habeas corpus**. Rio de Janeiro : Aide, 1995.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**: direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada, vol. 2. Salvador : Editora Juspodivm, 2007.

_____. **Direito processual civil**: tutela jurisdicional individual e coletiva. 5. ed., Salvador: Jus PODIVM, 2005, v. 1.

_____. CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais**, vol. 3. Salvador: JusPODIVM, 2006,

_____. Natureza jurídica das informações da autoridade coatora no mandado de segurança. In: BUENO, Cássio Scarpinella; ARRUDA ALVIM, Eduardo; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coords.). **Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança – 51 anos depois**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **Pressupostos processuais e condições da ação**: o juízo de admissibilidade do processo. São Paulo : Saraiva, 2005.

_____. **Sobre dois importantes (e esquecidos) princípios do processo: adequação e adaptabilidade procedimental**. In <<http://jus2.uol.com.br/doutrina>> acesso em 18/07/2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

_____. **Capítulos de sentença**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

_____. **Execução civil**. 6. ed., São Paulo : Malheiros Editores, 1998.

_____. **Fundamentos do processo civil moderno**. Vol. I, 5 ed. São Paulo : Malheiros Editores, 2002.

_____. **Instituições de direito processual civil**, v. 1, 3ª edição, Malheiros Editores, São Paulo : 2003.

_____. **Instituições de direito processual civil**, v. 2, São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. **Litisconsórcio**. 5. ed. São Paulo : Malheiros Editores, 1997,

DINAMARCO, Pedro da Silva. **Código de processo civil interpretado** (Coord.: Antônio Carlos Marcato). 2 ed., São Paulo : Atlas, 2005.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade administrativa e controle judicial da administração. In SALES, C. A. (Org.). **Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social**. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2003.

_____. Mandado de segurança: ato coator e autoridade coatora. In: GONÇALVES, Aroldo Plínio (Coord.). **Mandado de segurança**. Belo Horizonte : Del Rey, 1996.

FADEL, Sérgio Sahione. **Teoria e prática do mandado de segurança**. 2. ed. Rio de Janeiro : José Konfino Editor, 1976.

FERRAZ, Sérgio. **Mandado de segurança**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, A concretização dos princípios constitucionais no Estado Democrático de Direito. In YARSHELL, L.F; ZANOIDE, M. (Org.). **Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: DPJ Editora, 2005.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **O controle judicial de políticas públicas**. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2005.

FREIRE, R, et al. **Reforma do CPC: leis 11.187/2005, 11.232/2005, 11.276/2005, 11.277/2006 e 11.280/2006**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

GALDINO, Flávio. A evolução das idéias de acesso à justiça. In SARMENTO, D.; GALDINO, F. (Orgs.). **Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres**. Rio de Janeiro : Renovar, 2006.

GEBRAN NETO, João Pedro. **A aplicação imediata dos direitos e garantias individuais: a busca de uma exegese emancipatória**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GONÇALVES, Willian Couto. **Garantismo, finalismo e segurança jurídica no processo judicial de solução de conflitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 3. ed. São Paulo : Malheiros Editores, 2005.

GRECO, Leonardo. **Execução de liminar em sede de mandado de segurança**. Disponível em: <<http://www.cjf.gov.br/revista/seriecadernos/vol23/artigo10.pdf>>. Acesso em 27 dez. 2007.

GUERRA, Marcelo Lima. **Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil**. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2003.

_____. Execução de sentença em mandado de segurança. In: BUENO, Cássio Scarpinella; ALVIM, Eduardo Arruda; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). In:

Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança: 51 anos depois. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2002.

_____. Execução de sentença em mandado de segurança. In: BUENO, Cássio Scarpinella; ALVIM, Eduardo Arruda; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). In: **Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança:** 51 anos depois. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **O direito posto e o direito pressuposto.** 5. ed. São Paulo : Malheiros Editores, 2003.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro.** v. 1, 7. ed., São Paulo : Saraiva, 1992.

GRECO, Leonardo. **A teoria da ação no processo civil.** São Paulo: Dialética, 2003.

_____. **Estudos de direito processual.** Campos dos Goytacazes : Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Mandado de segurança contra ato jurisdicional penal. In: GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Mandado de Segurança.** Belo Horizonte : Del Rey, 1996.

_____. **O processo em evolução.** Rio de Janeiro : Forense Universitária, 1996.

HECK, Luís Afonso. **O tribunal constitucional federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais.** Porto Alegre : Sérgio Antônio Fabris, 1995.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Código de Processo Penal Anotado.** São Paulo : Saraiva. 1996.

KLIPPEL, Rodrigo. **Teoria geral do processo civil.** Niterói : Impetus, 2007.

_____. SARTÓRIO, Élvio Ferreira. A aplicação do art. 285-A ao julgamento dos mandados de segurança de competência originária dos tribunais. **Revista da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo.** Vitória, v. 5, n. 5, 1º/2º sem. 2006.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas.** Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2007.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **O despacho saneador e o julgamento do mérito.** São Paulo : Bushatsky, 1976.

LIMA, Francisco Gérson Marques de. **Fundamentos constitucionais do processo** (sob a perspectiva de eficácia dos direitos e garantias fundamentais). São Paulo : Malheiros Editores, 2002.

- LIXA, IVONE FERNANDES MORCILO. **Hermenêutica & direito: uma possibilidade crítica**. Curitiba: Juruá, 2003.
- LOPES, João Batista. **A prova no direito processual civil**. 2. ed. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- LOPES, Maria Elizabeth de Castro. **O juiz e o princípio dispositivo**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2006.
- LOPES, Mauro Luís Rocha. **Mandado de segurança**: doutrina, jurisprudência, legislação. 2. ed., Niterói : Editora Impetus, 2007.
- MACHADO, Agapito. **Questões polêmicas de direito**. Belo Horizonte : Del Rey, 1998.
- MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Processo tributário**. São Paulo : Atlas, 2004.
- MACIEL, José Fábio Rodrigues. **Teoria geral do direito**: segurança, valor, hermenêutica, princípios, sistema. Saraiva: São Paulo, 2004.
- MARANHÃO, Clayton. In: FARIAS, Cristiano Chaves; DIDIER JR., Fredie (Coords.). **Procedimentos especiais cíveis**: legislação extravagante. São Paulo : Editora Saraiva, 2003.
- MARINONI, Luiz Guilherme. As novas sentenças e os novos poderes do juiz para a prestação da tutela jurisdicional efetiva. In: DIDIER JR, Fredie (Coord.). **Leituras complementares para concursos**. Salvador : JusPodivm, 2004, v. II.
- _____. **Curso de processo civil, volume 1** : teoria geral do processo. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2006.
- _____. ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil, volume 3**: execução. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- _____. **Execução**. Vol. 3. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- _____. **Novas linhas do processo civil**. 3. ed. São Paulo : Malheiros Editores, 1999.
- _____. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo : RT, 2004.
- _____. **Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença**. 2. ed. São Paulo : RT, 1998.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 17. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1998.

MAZZILLI, Hugo Nigro. A Intervenção do Ministério Público no Processo Civil: Críticas e Perspectivas. In SALLES, Carlos Alberto de (Org.). **Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social**. São Paulo: RT, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 24. ed., São Paulo : Malheiros Editores, 1999.

_____. **Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, hábeas data**. 20. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

MENDONÇA JUNIOR, Delosmar. **Princípios da ampla defesa e da efetividade do processo civil brasileiro**. São Paulo : Malheiros, 2001.

MEZZAROBBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de metodologia da pesquisa no direito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do estado e da constituição**. Coimbra: Coimbra Ed., 2002.

MITIDIERO, Daniel Francisco. ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Introdução ao estudo do processo civil: primeiras linhas de um paradigma emergente**. Sérgio Antônio Fabris Editor: Porto Alegre, 2004.

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da administração pública**. 2. ed. São Paulo : Dialética, 2004.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Mandado de segurança – uma apresentação. In: GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Mandado de Segurança**. Belo Horizonte : Del Rey, 1996.

_____. Notas sobre o problema da efetividade do processo. **Revista ajuris**, Porto Alegre, n. 44, 1995.

MOUSSALLEM, Tárek Moysés. **Fontes do direito tributário**. 2. ed. São Paulo : Noeses, 2006.

NEGRÃO, Theotônio. **Código de processo civil e legislação processual em vigor**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor**. 9. ed., São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2006.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na constituição federal**. 7ª ed. São Paulo: RT, 2002.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 4. ed. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2003.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. **Do formalismo no processo civil**. 2. ed., São Paulo : Saraiva, 2003.

_____. O juiz e o princípio do contraditório. **Revista de processo** 73:12. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, janeiro-março de 1994.

_____. O problema da eficácia da sentença. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro (Coord.). **Eficácia de coisa julgada**: atualizada de acordo com o código civil de 2002. Rio de Janeiro : Forense, 2006

OLIVEIRA, Douglas Gonçalves de. Duplo grau de jurisdição: o limite previsto no § 2º do artigo 475 do CPC e sua aplicação no mandado de segurança. **Revista Dialética de Direito Processual** 15:21-25. São Paulo : Dialética, junho de 2004.

OLIVEIRA, Francisco Antônio de. **Manual de processo do trabalho**. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1998.

OLIVEIRA, Vallisney de Souza. **Nulidade da sentença e o princípio da congruência**. São Paulo: Saraiva, 2004.

ORIONE NETO, Luiz. **Recursos Cíveis**. São Paulo : Saraiva, 2002.

_____. **Tratado das liminares**. Vol. II. São Paulo : Lejus, 2000,

PASSOS, J. J. Calmon de. A instrumentalidade do processo e devido processo legal. **Revista de processo**. São Paulo, n. 102, abr-jun. 2001.

PISTILLI, Ana de Lourdes Coutinho Silva. **Mandado de segurança e coisa julgada**. São Paulo : Atlas, 2006.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

PROTO PISANI, Andrea. Apunti sulla tutela cautelare nel processo civile. **Rivista di diritto processuale**, 1987.

_____. **Lezione di diritto processuale civile**. 3. ed. Nápoles : Jovene, 1999.

REMÉDIO, José Antônio. **Mandado de segurança individual e coletivo**. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROCHA, José se Albuquerque. **Teoria geral do processo**. 3. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos de direito processual civil**, v.1. 3. ed. São Paulo: RT, 2003.

_____. **Suspensão de segurança**: sustação da eficácia de decisão judicial proferida contra o poder público. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2000.

SALLES, Carlos Alberto. Mandado de segurança contra atos judiciais: as súmulas 267 e 268 do STF revisitadas. In: BUENO, Cássio Scarpinella; ALVIM, Eduardo Arruda; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). In: **Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança**: 51 anos depois. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2002.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. **Manual de direito processual civil**, volume 3 : procedimentos especiais codificados e da legislação esparsa, jurisdição contenciosa e jurisdição voluntária. 10 ed. São Paulo : Saraiva, 2006.

SANTOS, Nelton Agnaldo Moraes dos. **A técnica de elaboração da sentença civil**. 2. ed. São Paulo : Saraiva, 1997.

_____. **Código de processo civil interpretado** (Coord.: Antônio Carlos Marcato). 2 ed., São Paulo : Atlas, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na constituição federal**. Rio de Janeiro : Editora Lumen Juris, 2003.

_____. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed., Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2006.

SCHÄFER, Jairo Gilberto. O problema da fiscalização da constitucionalidade dos atos políticos em geral. **Revista Interesse Público**, nº 35, janeiro/fevereiro de 2006. Porto Alegre : Notadez,

SIQUEIRA, Cleanto Guimarães. **A defesa no processo civil**: as exceções substanciais no processo de conhecimento. Belo Horizonte : Del Rey, 1995.

STRECK, Lenio Luiz; FELDENS, Luciano. **Crime e constituição**: a legitimidade da função investigatória do Ministério Público. Rio de Janeiro: Forense, 2003

_____. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 2. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

TALAMINI, Eduardo. A efetivação da liminar e da sentença no mandado de segurança. **Revista da faculdade de direito da UFPR**, vol. 36, 2001.

_____. O emprego do mandado de segurança e do habeas corpus contra atos revestidos pela coisa julgada. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coords.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis**, vol. 9. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2006.

_____. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer** : e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 E 461-A, CDC art. 84). 2. ed. ver. atual. e ampl. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2003.

TARDIN, Luiz Gustavo. **Fungibilidade das tutelas na urgência**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. Natureza jurídica do prazo para impetração do mandado de segurança. **Revista de processo**. São Paulo, n. 149, p. 21, jul. 2007.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**, Vol. II. 41. ed. Rio de Janeiro : Forense, 2007.

VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa de. **Princípio da fungibilidade**: hipóteses de incidência no processo civil brasileiro contemporâneo. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2007.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. **Temas de direito público**. Belo Horizonte : Del Rey, 1994.

VESCOVI, Enrique. Dai processi straordinari alla tutela sommaria differenziata (allá ricerca di una maggiore efficienza della giustizia). **Rivista di diritto processuale**, Padova, fasc. 3, 1996.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Anotações sobre a efetividade do processo**. Disponível em: <http://www.almeidafilho.adv.br/academica/index_arquivos/efetividade.pdf>, acesso em 20 jul. 2007.

_____. **Breves comentários à 2ª fase da reforma do código de processo civil**: lei 10.352, de 26.12.2001, lei 10.358, de 27.12.2001, lei 10.444, de 07.05.2002. 2. ed. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2002.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória - recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória**: o que é uma decisão contrária à lei? São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2002.

_____. Fungibilidade de “meios”: uma outra dimensão do princípio da fungibilidade. In: NERY JR., Nelson; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coords.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de**

impugnação às decisões judiciais. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2001, v. 4.

_____. **Nulidades do processo e da sentença.** 4. ed. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1998.

_____. MEDINA, José Miguel Garcia. **O dogma da coisa julgada:** hipóteses de relativização. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2003.

WATANABE, Kazuo. **Controle jurisdicional:** princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional no sistema jurídico brasileiro e mandado de segurança contra atos judiciais. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1980.

_____. **Da cognição no processo civil.** 2. ed., São Paulo : Bookseller Editora, 2000.

ZENKNER, Marcelo. **Ministério público e efetividade do processo.** São Paulo: RT, 2006.

6 FONTES LEGISLATIVAS

BRASIL. **Constituição [da] República Federativa do Brasil**. 33. ed. São Paulo : Saraiva, 2004.

BRASIL. Constituição (1988). Emenda constitucional nº 45, de 08 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos artigos 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os artigos 103-A, 103-B, 111-A, e 130-A, e dá outras providências. Disponível em:<<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 10 jan. 2007.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em:<<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 10 jan. 2007.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em:<<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 10 jan. 2007.

BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942. **Código Civil**. 18 ed., São Paulo : Saraiva, 2003.

BRASIL. Lei nº 1.533, de 31 de dezembro de 1951. Altera disposições do Código de Processo Civil, relativas ao mandado de segurança. Disponível em:<<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 10 jan. 2007.

BRASIL. Lei nº 4.348, de 26 de junho de 1964. Estabelece normas processuais relativas a mandado de segurança. Disponível em:<<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 10 jan. 2007.

BRASIL. Lei nº 5.021, de 09 de junho de 1966. Dispõe sobre o pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias asseguradas, em sentença concessiva de mandado de segurança, a servidor público civil. Disponível em:<<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 10 jan. 2007.

BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em:<<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 13 jul. 2007.

BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em:<<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 15 jun. 2007.

BRASIL. Lei nº 10.358, de 27 de dezembro de 2001. Altera dispositivos da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, relativos ao processo de conhecimento. Disponível em:<<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 10 jan. 2007.

7 ANEXO

**Presidência da República
Secretaria-Geral
Secretaria de Assuntos Parlamentares**

PROJETO DE LEI Nº 5.067/2001

Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por **habeas corpus** ou **habeas data**, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação, ou houver justo receio de sofrê-la, por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça.

§ 1º Equiparam-se às autoridades, para os efeitos desta Lei, os representantes ou órgãos de partidos políticos e os administradores de entidades autárquicas, bem como os dirigentes de pessoas jurídicas ou as pessoas naturais no exercício de atribuições do Poder Público, somente no que disser respeito a essas atribuições.

§ 2º Não cabe mandado de segurança contra os atos de gestão comercial praticados pelos administradores de empresas públicas, de sociedade de economia mista e de concessionárias de serviço público.

§ 3º Quando o direito ameaçado ou violado couber a várias pessoas, qualquer delas poderá requerer o mandado de segurança.

Art. 2º Considerar-se-á federal a autoridade coatora se as conseqüências de ordem patrimonial do ato contra o qual se requer o mandado houverem de ser suportadas pela União ou entidade por ela controlada.

Art. 3º O titular de direito líquido e certo decorrente de direito, em condições idênticas, de terceiro, poderá impetrar mandado de segurança a favor do direito originário, se o seu titular não o fizer, no prazo de trinta dias, quando notificado judicialmente.

Parágrafo único. O exercício do direito previsto no **caput** deste artigo submete-se ao prazo fixado no art. 23, contado da notificação.

Art. 4º Em caso de urgência, é permitido, observados os requisitos legais, impetrar mandado de segurança por telegrama, radiograma, fax ou outro meio eletrônico de autenticidade comprovada.

§ 1º Poderá o juiz, em caso de urgência, notificar a autoridade por telegrama, radiograma ou outro meio que assegure a autenticidade do documento e a imediata ciência pela autoridade.

§ 2º O texto original da petição deverá ser apresentado nos cinco dias úteis seguintes.

§ 3º Para os fins deste artigo, em se tratando de documento eletrônico, serão observadas as regras da Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil.

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. O mandado de segurança poderá ser impetrado, independentemente de recurso hierárquico, contra omissões da autoridade, no prazo de cento e vinte dias, após sua notificação judicial ou extrajudicial.

Art. 6º A petição inicial, que deverá preencher os requisitos estabelecidos pela lei processual, será apresentada em duas vias com os documentos que instruírem a primeira reproduzidos na segunda, e indicará, além da autoridade coatora, a pessoa jurídica que esta integra, à qual se acha vinculada ou da qual exerce atribuições.

§ 1º No caso em que o documento necessário à prova do alegado se ache em repartição ou estabelecimento público, ou em poder de autoridade que recuse fornecê-lo por certidão, ou de terceiro, o juiz ordenará, preliminarmente, por ofício, a exibição desse documento em original ou em cópia autêntica e marcará, para o cumprimento da ordem, o prazo de dez dias. O escrivão extrairá cópias do documento para juntá-las à segunda via da petição.

§ 2º Se a autoridade que tiver procedido dessa maneira for a própria coatora, a ordem far-se-á no próprio instrumento da notificação.

§ 3º Considera-se autoridade coatora aquela que tenha praticado o ato impugnado ou da qual emane a ordem para a sua prática.

§ 4º Suscitada a ilegitimidade pela autoridade coatora, o impetrante poderá emendar a inicial no prazo de dez dias.

§ 5º Denega-se o mandado de segurança nos casos previstos pelo art. 267 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil.

§ 6º O pedido de mandado de segurança poderá ser renovado dentro do prazo decadencial, se a decisão denegatória não lhe houver apreciado o mérito.

Art. 7º Ao despachar a inicial, o juiz ordenará:

I - que se notifique o coator do conteúdo da petição inicial, enviando-lhe a segunda via apresentada com as cópias dos documentos, a fim de que, no prazo de dez dias, preste as informações;

II - que se dê ciência do feito ao órgão de representação judicial da pessoa jurídica interessada, enviando-lhe cópia da inicial sem documentos, para que, querendo, ingresse no feito;

III - que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido, quando houver fundamento relevante e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja finalmente deferida, sendo facultado exigir, do impetrante, caução, fiança ou depósito, com o objetivo de assegurar o ressarcimento à pessoa jurídica.

§ 1º Da decisão do juiz de primeiro grau, que conceder ou denegar a liminar, caberá agravo de instrumento, observado o disposto no Código de Processo Civil.

§ 2º Não será concedida medida liminar que tenha por objeto a compensação de créditos tributários, a entrega de mercadoria 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.

§ 3º Os efeitos da medida liminar, salvo se revogada ou cassada, persistirão até a prolação da sentença.

§ 4º Deferida a medida liminar, o processo terá prioridade para julgamento.

§ 5º As vedações relacionadas com a concessão de liminares previstas neste artigo se estendem à tutela antecipada a que se referem os arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil.

Art. 8º Será decretada a preempção ou caducidade da medida liminar **ex officio** ou a requerimento do Ministério Público quando, concedida a medida, o impetrante criar obstáculo ao normal andamento do processo ou deixar de promover, por mais de três dias úteis, os atos e as diligências que lhe cumprirem.

Art. 9º As autoridades administrativas, no prazo de quarenta e oito horas da notificação da medida liminar, remeterão ao ministério ou órgão a que se acham subordinadas e ao Advogado-Geral da União ou a quem tiver a representação judicial

da União, do Estado, do Município ou da entidade apontada como coatora, cópia autenticada do mandado notificatório, assim como indicações e elementos outros necessários às providências a serem tomadas para a eventual suspensão da medida e defesa do ato apontado como ilegal ou abusivo de poder.

Art. 10. A inicial será desde logo indeferida, por decisão motivada, quando não for o caso de mandado de segurança ou lhe faltar algum dos requisitos legais ou quando decorrido o prazo legal para a impetração.

§ 1º Do indeferimento da inicial pelo juiz de primeiro grau caberá apelação e, quando a competência para o julgamento do mandado de segurança couber originariamente a um dos tribunais, do ato de relator caberá agravo para o órgão competente do tribunal que integre.

§ 2º O ingresso de litisconsorte ativo não será admitido após o despacho da petição inicial.

Art. 11. Feitas as notificações, o serventário, em cujo cartório corra o feito, juntará aos autos cópia autêntica dos ofícios endereçados ao coator e ao órgão de representação judicial da pessoa jurídica interessada, bem como a prova da entrega a estes ou da sua recusa em aceitá-los ou dar recibo e, no caso do art. 4º, a comprovação da remessa.

Art. 12. Findo o prazo a que se refere o inciso I do art. 7º, o juiz ouvirá o representante do Ministério Público, que opinará, dentro do prazo improrrogável de dez dias.

Parágrafo único. Com ou sem o parecer do Ministério Público, os autos serão conclusos ao juiz, para a decisão, a qual deverá ser necessariamente proferida em trinta dias.

Art. 13. Concedido o mandado, o juiz transmitirá em ofício, por intermédio do oficial do juízo, ou pelo correio, mediante correspondência com aviso de recebimento, o inteiro teor da sentença à autoridade coatora e à pessoa jurídica interessada.

Parágrafo único. Em caso de urgência, poderá o juiz observar o disposto no art. 4º.

Art. 14. Da sentença, denegando ou concedendo o mandado, cabe apelação.

§ 1º Concedida a segurança, a sentença estará sujeita obrigatoriamente ao duplo grau de jurisdição.

§ 2º Estende-se à autoridade coatora o direito de recorrer.

§ 3º A sentença que conceder o mandado de segurança pode ser executada provisoriamente, salvo nos casos em que for vedada a concessão da medida liminar.

§ 4º O pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias assegurados em sentença concessiva de mandado de segurança a servidor público da administração direta ou autárquica federal, estadual e municipal somente será efetuado relativamente às prestações que se vencerem a contar da data do ajuizamento da inicial.

Art. 15. Quando, a requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada ou do Ministério Público, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, o presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em decisão fundamentada, a execução da liminar e da sentença, dessa decisão caberá agravo, sem efeito suspensivo, no prazo de cinco dias, que será levado a julgamento na sessão seguinte à sua interposição.

§ 1º Indeferido o pedido de suspensão ou provido o agravo a que se refere o **caput**, caberá novo pedido de suspensão ao presidente do tribunal competente para conhecer de eventual recurso especial ou extraordinário.

§ 2º É cabível também o pedido de suspensão a que se refere o parágrafo anterior, quando negado provimento a agravo de instrumento interposto contra a liminar a que se refere este artigo.

§ 3º A interposição de agravo de instrumento contra liminar concedida nas ações movidas contra o Poder Público e seus agentes não prejudica nem condiciona o julgamento do pedido de suspensão a que se refere este artigo.

§ 4º O presidente do tribunal poderá conferir ao pedido efeito suspensivo liminar, se constatar, em juízo prévio, a plausibilidade do direito invocado e a urgência na concessão da medida.

§ 5º As liminares cujo objeto seja idêntico poderão ser suspensas em uma única decisão, podendo o presidente do tribunal estender os efeitos da suspensão a liminares supervenientes, mediante simples aditamento do pedido original.

Art. 16. Nos casos de competência originária dos tribunais, caberá ao relator a instrução do processo, sendo assegurada a defesa oral na sessão do julgamento.

Parágrafo único. Da decisão do relator, que conceder ou denegar a medida liminar, caberá agravo ao órgão competente do tribunal que integre.

Art. 17. Nas decisões proferidas em mandado de segurança e nos respectivos recursos, quando não publicado, no prazo de trinta dias contados da data do julgamento, o acórdão será substituído pelas respectivas notas taquigráficas, independentemente de revisão.

Art. 18. Das decisões em mandado de segurança proferidas em única instância pelos tribunais cabe recurso especial e extraordinário, nos casos legalmente previstos, e recurso ordinário, quando a ordem for denegada.

Art. 19. A sentença ou o acórdão que denegar mandado de segurança, sem decidir o mérito, não impedirá que o requerente, por ação própria, pleiteie os seus direitos e os respectivos efeitos patrimoniais.

Art. 20. Os processos de mandado de segurança e os respectivos recursos terão prioridade sobre todos os atos judiciais, salvo **habeas corpus**.

§ 1º Na instância superior, deverão ser levados a julgamento na primeira sessão que se seguir à data em que forem conclusos ao relator.

§ 2º O prazo para a conclusão dos autos não poderá exceder de cinco dias.

Art. 21. O mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, na defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária, ou por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há, pelo menos, um ano, em defesa de direitos líquidos e certos da totalidade, ou de parte, dos seus membros ou associados, na forma dos seus estatutos e desde que pertinentes às suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial.

Parágrafo único. Os direitos protegidos pelo mandado de segurança coletivo podem ser:

I - coletivos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo ou categoria de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica básica;

II - individuais homogêneos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os decorrentes de origem comum e da atividade ou situação específica da totalidade ou de parte dos associados ou membros da impetrante.

Art. 22. No mandado de segurança coletivo, a sentença fará coisa julgada limitadamente aos membros do grupo ou categoria substituídos pelo impetrante.

§ 1º O mandado de segurança coletivo não induz litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada não beneficiarão o impetrante a título individual se não requerer a desistência de seu mandado de segurança no prazo de trinta dias a contar da ciência comprovada da impetração da segurança coletiva.

§ 2º No mandado de segurança coletivo, a liminar só poderá ser concedida após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de setenta e duas horas.

Art. 23. O direito de requerer mandado de segurança extingue-se-á decorridos cento e vinte dias, contados da ciência, pelo interessado, do ato impugnado.

Art. 24. Aplicam-se ao mandado de segurança os arts. 46 a 49 do Código de Processo Civil.

Art. 25. Não cabem, no processo de mandado de segurança, a interposição de embargos infringentes e a condenação ao pagamento dos honorários advocatícios, sem prejuízo da aplicação de sanções no caso de litigância de má-fé.

Art. 26. Às autoridades administrativas que não cumprirem as decisões proferidas em mandado de segurança aplicar-se-á a pena prevista no art. 330 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, sem prejuízo das sanções administrativas cabíveis.

Art. 27. Os regimentos dos tribunais e, no que couber, as leis de organização judiciária deverão ser adaptados às disposições desta Lei no prazo de cento e oitenta dias, contados da sua publicação.

Art. 28. Revogam-se a Lei nº 1.533, de 31 de dezembro de 1951; a Lei nº 4.166, de 4 de dezembro de 1962; a Lei nº 4.348, de 26 de junho de 1964; a Lei nº 5.021, de 9 de junho de 1966; o art. 3º da Lei nº 6.014, de 27 de dezembro de 1973; o art. 1º da Lei nº 6.071, de 3 de julho de 1974; o art. 12 da Lei nº 6.978, de 19 de janeiro de 1982; e o art. 2º da Lei nº 9.259, de 9 de janeiro de 1996.

Art. 29. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília,

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)