



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Ronaldo Campos e Silva

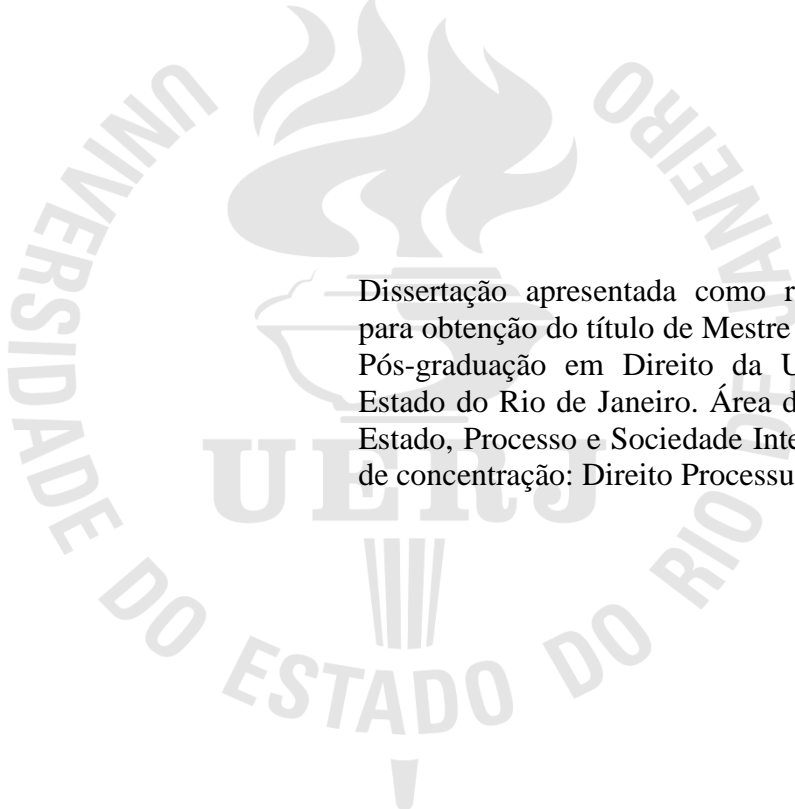
**O mandado de segurança à luz das garantias fundamentais do processo
justo e dos princípios de acesso à justiça**

Rio de Janeiro

2012

Ronaldo Campos e Silva

O mandado de segurança à luz das garantias fundamentais do processo justo e dos princípios de acesso à justiça



Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Estado, Processo e Sociedade Internacional. Área de concentração: Direito Processual.

Orientador (a): Prof. Dr. Paulo Cezar Pinheiro Carneiro.

Rio de Janeiro

2012

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

S586m Silva, Ronaldo Campos e.

O mandado de segurança à luz das garantias fundamentais do processo justo e dos princípios de acesso à justiça. / Ronaldo Campos e Silva. – 2012. 137 f.

Orientador: Prof. Dr. Paulo Cezar Pinheiro Carneiro.
Dissertação (mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1. Direito processual civil- Teses. 2. Mandado de segurança. I. Carneiro, Paulo Cezar Pinheiro. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 347.958

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta dissertação, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

Ronaldo Campos e Silva

O mandado de segurança à luz das garantias fundamentais do processo justo e dos princípios de acesso à justiça.

Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Estado, Processo e Sociedade Internacional. Área de concentração: Direito Processual.

Aprovada em ____ de _____ de _____.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Paulo Cezar Pinheiro Carneiro (Orientador)
Faculdade de Direito da UERJ

Prof. Dr. Humberto Dalla Bernardina de Pinho
Faculdade de Direito da UFRJ

Prof.^a Dra. Márcia Cristina Xavier
Faculdade de Direito da UFRJ

Rio de Janeiro

2012

DEDICATÓRIA

À Dani e Manu, para as quais dedico todos os dias da minha vida.

AGRADECIMENTOS

Agradeço à minha mulher Daniella pelo seu amor e pela sua infinita generosidade. Sem a sua ajuda teria sido absolutamente impossível persistir nesse projeto. Agradeço também pelo incentivo, pela paciência e pelo carinho e prometo retribuir em dobro cada segundo de convívio que lhe roubei durante esses intermináveis meses.

À minha filha Manuella, que nasceu às vésperas do meu ingresso no mestrado, agradeço por ter acrescentado tanta beleza em minha vida e por ter se tornado o grande e mais evidente motivo para continuar na luta e acreditando em um mundo melhor e mais justo.

Ao meu querido e inseparável amigo, padrinho e compadre Ricardo Lodi Ribeiro, agradeço por tantas vezes ter me incentivado a cursar o mestrado, apontando os caminhos do estudo, da seriedade e da honestidade acadêmica. Em infindáveis aspectos, Ricardo, você é um grande exemplo de vida.

Aos meus professores Paulo Cezar Pinheiro Carneiro (meu orientador), Daniel Sarmento, Flávio Mirza, Humberto Dalla Bernardina de Pinho, Jane Reis Gonçalves Pereira, José Ricardo Cunha, Leonardo Greco, Luiz Fux e Nelson Luis Pinto, agradeço pelas lições e pelo edificante e agradável convívio.

Quero também agradecer a alguns fantásticos amigos, com os quais tenho vivido momentos de enorme alegria, de descontração, de troca de idéias e de grande aprendizado. Essa saudação muito especial vai para Alexandre Santos de Aragão, Carlos Edson do Rego Monteiro Filho, Daniel Sarmento, Fábio Zambitte, Gustavo Binenbojm, Júlio Cesar Santiago, Maurício Pereira Faro, Marcio Senra, Marcus Vinicius Cardoso Barbosa, Mário Marinho, Leonardo Lobo de Almeida, Pedro Câmara Raposo Lopes e Ricardo Lodi Ribeiro.

Aos meus colegas da turma do mestrado, com os quais dividi intermináveis momentos de ansiedade, insegurança e crescimento, quero deixar o meu abraço amigo e dizer do orgulho que tive de participar de um grupo tão preparado. Obrigado Bruno Bodart, Cintia Guedes, Daniela Madeira, Julia Ivantes, Guilherme Quaresma, Eduardo Hallak, e Juliano Brandis. Todos vocês, sem dúvida, já são grandes amigos.

Agradeço ao amigo Tadeu dos Santos e volto a agradecer aos amigos Marcio Senra e Ricardo Lodi Ribibeiro por terem lido com tanta atenção os originais.

Por fim, quero agradecer aos meus queridos e amados pais, Cláudio Gilberto Silva e Vera Ladeira Silva, e ao meu irmão Rodolfo Campos e Silva. Sem vocês, obviamente, nada disso teria ocorrido.

La finalidad última del fenómeno de constitucionalización de las garantías procesales no es otro que lograr la tan pretendida Justicia.

Joan Picó i Junoy

RESUMO

CAMPOS E SILVA, Ronaldo. *O mandado de segurança à luz das garantias fundamentais do processo justo e dos princípios de acesso à justiça*. 2012. 137f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012.

A presente dissertação tem por objetivo a análise crítica da disciplina legal do processo de mandado de segurança, estabelecida pela Lei nº 12.016, de 07 de agosto de 2009, à luz das garantias fundamentais do processo justo e dos princípios de acesso à justiça, buscando apontar eventuais deficiências da legislação e oferecer alternativas de interpretação que sejam consentâneas com um modelo de processo justo, acessível e democrático. O trabalho apresenta uma síntese da evolução metodológica por que passou o direito processual civil ao longo dos anos, abordando, ao final dessa primeira parte, os princípios de acesso à justiça e as garantias fundamentais do processo justo. Em seguida, é feita uma breve retrospectiva histórica do mandado de segurança e uma análise dos elementos estruturantes do instituto na Constituição brasileira de 1988. Por fim, a dissertação aborda as normas hoje vigentes que disciplinam o mandado de segurança com o propósito de, à luz do que foi exposto ao longo do texto, proceder a uma interpretação que supere eventuais “déficits garantísticos” deste fundamental instrumento de tutela jurisdicional dos direitos do indivíduo. O estudo termina com a exposição de algumas experiências do direito estrangeiro na tutela jurisdicional dos direitos fundamentais. Também é oferecido um anexo, no qual se apresenta um quadro comparativo das leis que, até hoje, disciplinaram o mandado de segurança em nosso país.

Palavras-Chave: Mandado de segurança. Garantias fundamentais do processo justo. Princípios de acesso à Justiça.

ABSTRACT

This dissertation aims to proceed to a critical analysis of the legal discipline concerning the writ of mandamus, established by Law 12016 of 07 August 2009, in light of the fundamental guarantees of fair process and of the principles of access to justice, seeking to identify any shortcomings of the legislation and offer alternative interpretations that are consistent with a model of civil procedure fair, accessible and democratic. Initially, it is presented an overview of the methodological evolution undergone by the civil procedural law over the years, culminating with an approach to the principles of access to justice and the basic guarantees of a fair process. On the sequence, it is made a brief historical retrospective about the writ of mandamus, and also an analysis of its structural elements under the Constitution of 1988. After, the dissertation addresses the present rules governing the writ of mandamus with the purpose of, in the light of the foregoing throughout the text, make an interpretation capable of overcoming any possible “deficits of guaranteeism” in this fundamental instrument of judicial protection of rights of the individual. The study concludes with presenting some experiences collected from the foreign law in judicial protection of fundamental rights. Also offered is an attachment, which presents a table comparing the laws that, until today, disciplined the injunction in Brazil.

keywords: Writ of injunction. Fundamental guarantees of fair process. Principles of access to justice.

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO.....	11
1	ASPECTOS CONTEMPORÂNEOS DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL.....	13
1.1	A evolução metodológica do Direito Processual Civil: o sincretismo, o conceitualismo e a instrumentalidade do processo.....	13
1.2	Princípios de acesso à justiça.....	16
1.3	O garantismo processual.....	18
1.4	Os princípios e regras que compõem as garantias fundamentais do processo justo.....	22
1.4.1	<u>Acesso à Justiça.....</u>	22
1.4.2	<u>Imparcialidade do juiz.....</u>	25
1.4.3	<u>Isonomia processual.....</u>	26
1.4.4	<u>Contraditório e ampla defesa.....</u>	28
1.4.5	<u>Vedação das provas obtidas por meios ilícitos.....</u>	31
1.4.6	<u>Coisa julgada.....</u>	31
1.4.7	<u>Juiz Natural.....</u>	32
1.4.8	<u>Motivação das decisões judiciais.....</u>	33
1.4.9	<u>Publicidade.....</u>	34
1.4.10	<u>Duração razoável do processo.....</u>	35
1.4.11	<u>Devido processo legal.....</u>	36
1.5	Conclusão.....	38
2	HERMENÊUTICA DAS GARANTIAS FUNDAMENTAIS DO PROCESSO JUSTO.....	40
2.1	A distinção entre regras e princípios. Restrições às garantias fundamentais do processo justo.....	40
2.2	Limites às restrições às garantias fundamentais do processo justo: reserva de lei, proporcionalidade e núcleo essencial.....	44
2.3	Conclusão.....	46
3	UMA BREVE RETROSPECTIVA DA HISTÓRIA DO MANDADO DE SEGURANÇA.....	47

4	OS ELEMENTOS ESTRUTURANTES DO MANDADO DE SEGURANÇA NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988.....	53
4.1	Direito líquido e certo.....	53
4.2	Não amparado por “<i>habeas corpus</i>” ou “<i>habeas data</i>”.....	56
4.3	Ilegalidade ou abuso de poder.....	56
4.4	Autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.....	57
5	A IMPETRAÇÃO DO MANDADO DE SEGURANÇA.....	60
5.1	O impetrante do mandado de segurança.....	60
5.2	A legitimação extraordinária para a impetração do mandado de segurança.....	60
5.2.1	<u>A notificação do titular do direito originário como condição para o exercício da legitimação extraordinária.....</u>	63
5.2.2	<u>Os limites subjetivos da coisa julgada na hipótese de legitimação extraordinária.....</u>	63
5.3	O prazo de 120 dias para a impetração do mandado de segurança.....	66
6	A DEFESA NO PROCESSO DE MANDADO DE SEGURANÇA.....	71
6.1	Sobre quem ocupa o pólo passivo da relação processual no mandado de segurança.....	71
6.2	O exercício do contraditório e da ampla defesa: avanços e aparentes retrocessos da Lei n. 12.016/2009.....	74
6.2.1	<u>A citação da pessoa jurídica.....</u>	74
6.2.2	<u>As intimações das decisões proferidas no processo de mandado de segurança.....</u>	75
7	A PROVIDÊNCIA LIMINAR E AS RESTRIÇÕES À SUA CONCESSÃO	78
7.1	A liminar.....	78
7.2	A natureza jurídica da liminar.....	79
7.3	A caução, fiança ou depósito.....	80
7.4	As vedações à concessão de liminares contra a Fazenda Pública.....	81
7.5	A recorribilidade da decisão que concede ou denega a liminar.....	84
8	A PROVA NO PROCESSO DE MANDADO DE SEGURANÇA.....	87
8.1	Ainda o direito líquido e certo.....	87
8.2	Restrição quanto aos meios de prova e quanto ao tempo de sua	

	produção.....	88
8.3	Exibição de documento ou coisa.....	91
8.4	Ônus da prova.....	92
9	O PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO.....	93
10	A SENTENÇA E SEUS RECURSOS.....	96
11	A SUSPENSÃO DA SEGURANÇA.....	101
12	NOTAS SOBRE O MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO.....	105
12.1	Objeto do mandado de segurança coletivo.....	105
12.2	Legitimidade para a impetração do mandado de segurança coletivo.....	106
12.2.1	<u>Partido político.....</u>	107
12.2.2	<u>Organização sindical, entidade de classe ou associação.....</u>	109
12.2.3	<u>Ministério Público.....</u>	109
12.3	A coisa julgada e a litispendência no mandado de segurança coletivo.....	110
12.3.1	<u>A coisa julgada.....</u>	110
12.3.2	<u>A litispendência.....</u>	112
12.4	Previa audiência da Fazenda Pública para a concessão da liminar no mandado de segurança coletivo.....	114
13	NOTAS SOBRE A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL DAS LIBERDADES NO DIREITO COMPARADO.....	115
13.1	México.....	115
13.2	Espanha.....	117
13.3	Alemanha.....	120
14	CONCLUSÕES.....	122
	REFERÊNCIAS.....	131

INTRODUÇÃO

Em junho de 1994, a Escola Superior de Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de Minas Gerais, organizou um seminário em que se discutiu o mandado de segurança após quarenta anos de vigência da Lei nº 1.533, de 31 de dezembro de 1951. Na ocasião, o professor José Carlos Barbosa Moreira, em sua palestra, alertou para o fato de que existe no Brasil “certa tendência a ver no mandado de segurança uma entidade exótica, estranha, insuscetível de enquadramento nas categorias tradicionais do Direito Processual”, sendo possível atribuir “um pouco dessa tendência ao fato de que, nos primeiros tempos da sua existência, o mandado de segurança foi estudado menos por processualistas que por estudiosos, por especialistas de outros campos do direito”. Talvez por isso, prosseguiu Barbosa Moreira, tenha sido difundida a “idéia de que o mandado de segurança é algo que não se enquadra, que não se consegue encaixar em moldura alguma do Direito Processual”.¹

Hoje temos uma nova lei regulando o mandado de segurança, a Lei nº 12.016, de 07 de agosto de 2009, que veio a substituir a Lei nº 1.533, de 31 de dezembro de 1951, e outras tantas que estabeleciam normas sobre o tema.² Embora a nova lei não tenha produzido nenhuma “revolução” na disciplina do mandado de segurança, muito pelo contrário, é tempo de revisitar o instituto, perscrutar sua disciplina e questionar a validade e a eficiência das normas que tratam desse importante e genuinamente brasileiro instrumento de tutela jurisdicional das liberdades contra atos abusivos ou ilegais do Poder Público e seus delegados.

Não acreditamos, no entanto, que o foco principal dessa nova análise deva ser, nos dias de hoje, a busca do enquadramento do mandado de segurança nas *categorias “tradicionais” do Direito Processual*. É claro que qualquer trabalho acadêmico que se pretenda sério há de se preocupar com o rigor conceitual e a categorização adequada dos institutos, mas o que nos move, pelo menos nesse momento, de maneira principal, é a busca do enquadramento do mandado de segurança nas categorias “contemporâneas” do direito processual, construídas à luz dos *princípios de acesso à justiça* e das *garantias constitucionais do processo justo*. Em outras palavras, procuraremos proceder a uma leitura das normas hoje vigentes que disciplinam o mandado de segurança, de modo a identificar eventuais “déficits garantísticos” e a propor alternativas de interpretação mais consentâneas

¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Mandado de Segurança - Uma Apresentação*. In *Mandado de Segurança*. Aroldo Plínio Gonçalves (Coord.). Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1996, p. 83.

² Leis 4.166, de 4 de dezembro de 1962, 4.348, de 26 de junho de 1964, 5.021, de 9 de junho de 1966, 6.071, de 3 de julho de 1974, 6.978, de 19 de janeiro de 1982, e 9.259, de 9 de janeiro de 1996.

com o respeito aos princípios de acesso à justiça e às garantias constitucionais do processo justo.

Para atingir esse objetivo, iniciaremos o nosso trabalho elaborando uma síntese da evolução metodológica por que passou o direito processual civil ao longo dos anos, abordando, ao final dessa primeira parte, os princípios de acesso à justiça e as garantias fundamentais do processo justo. Em seguida, faremos uma breve retrospectiva histórica do mandado de segurança e uma análise dos elementos estruturantes do instituto na Constituição brasileira de 1988. Por fim, abordaremos as normas hoje vigentes que disciplinam o mandado de segurança com o propósito de, à luz do que foi exposto ao longo do texto, proceder a uma interpretação que supere eventuais “déficits garantísticos” deste fundamental instrumento de tutela jurisdicional dos direitos do indivíduo. Concluiremos o nosso estudo expondo algumas experiências do direito estrangeiro na tutela jurisdicional dos direitos fundamentais. Também oferecemos um anexo, no qual traremos um quadro comparativo das leis que, até hoje, disciplinaram o mandado de segurança em nosso país.

Portanto, não é o objetivo deste estudo empreender uma análise pormenorizada de todos dispositivos da lei que rege o mandado de segurança. Não se pretende aqui escrever um “curso”, “manual” ou “comentários à lei”. O que nos move é justamente a intenção dissertar sobre a legislação que rege o mandado de segurança para apontar suas deficiências e oferecer alternativas de interpretação que sejam consentâneas com os princípios de acesso à justiça e com as garantias fundamentais do processo justo.

1 ASPECTOS CONTEMPORÂNEOS DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL.

1.1 A evolução metodológica do Direito Processual Civil: o sincretismo, o conceitualismo e a instrumentalidade do processo.

A história do direito processual, no mundo de cultura romano-germânica, passou por três grandes fases evolutivas.³ Houve uma primeira fase *sincrética*, em que não se reconhecia autonomia ao direito processual, sendo desse período as famosas teorias *immanentistas* ou *civilistas do direito de ação*. A ação era concebida como um mero elemento do direito material, algo a ele imanente, não mais do que o próprio direito substancial exercido em juízo (*actio autem nihil aliud non est, quam jus perseguendi iudicio quod sibi debeat*). Durante essa fase sincrética, o sistema processual era encarado como mero capítulo do direito privado, algo sem autonomia conceitual ou científica.⁴ O conhecimento dos mecanismos do processo era apenas empírico, pois não se havia ainda tomado consciência de seus princípios e conceitos próprios.⁵

Após, tivemos uma fase *conceitualista* ou *científica*, cujo principal marco teórico é a obra Teoria dos Pressupostos Processuais e das Exceções Dilatórias (1868), de Oskar von Bülow, em que pela primeira vez demonstrou-se a existência de uma *relação jurídica de direito processual* distinta da relação jurídica de direito substancial. Essa nova relação jurídica instaurada pelo processo teria *objeto próprio* (a sentença), *pressupostos* também próprios (os pressupostos processuais), além de *incluir mais um sujeito* (o juiz).⁶ A triunfante doutrina do alemão Bülow, além de conseguir oferecer uma convincente explicação publicística ao processo, desencadeou um movimento científico processual de enorme magnitude, que acabou germinando em solo italiano.⁷

³DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do processo*. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2002, pp. 17-33. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. Vol. 1. São Paulo: Malheiros, 2001, pp. 252-273. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. Vol. I, 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, pp. 123-127.

⁴Como ensina Roque Komatsu, os primeiros estudos do processo sofreram a influência do método exegético civilista, limitando-se à compilação de leis e decisões judiciais, sem a necessária preocupação com os princípios teóricos próprios da disciplina que estava por nascer. Ver KOMATSU, Roque. *Da invalidade no processo civil*. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 1991, p.18.

⁵DINAMARCO. *Op. cit. (Fundamentos...)*, p. 124.

⁶DINAMARCO. *Op. cit. (Fundamentos...)*, p. 125.

⁷KOMATSU. *Op. cit. (Da invalidade no processo civil...)*, p. 21.

Foi nessa fase que se criaram e se consolidaram variados conceitos fundamentais ao direito processual, todos convergindo para a afirmação de sua autonomia científica em relação ao direito material. Essa perspectiva predominantemente técnico-jurídica do fenômeno processual era, nas palavras de José Carlos Barbosa Moreira, “um fenômeno inevitável”, afinal, “tendo alcançado – em época relativamente recente – a maioria científica, o direito processual não poderia deixar de encarar como tarefa prioritária a construção de edifício dogmático próprio, sobre fundamentos sólidos”.⁸ Nessa fase, v. g., tomou-se consciência dos elementos identificadores da ação (partes, pedido e causa de pedir), foram elaboradas teorias como a das condições da ação e enunciados diversos princípios regentes do processo civil.⁹

Como também lembra Barbosa Moreira, o período de maturação do direito processual coincidiu historicamente com o florescimento e dominação do positivismo jurídico, e seria de surpreender que os processualistas “permanecessem imunes à pressão de uma voga que lhes solicitava a atenção, antes e acima de tudo, para a análise da rede normativa e para a extração de conclusões sistemáticas – operações a serem efetuadas, naturalmente, com o instrumental clássico do conceptualismo”.¹⁰ Enfim, foi nessa fase que os processualistas perceberam que o processo não é um modo de exercício de direitos, mas um caminho para a obtenção de uma especial proteção por obra do juiz¹¹; um método racional e preestabelecido pela lei, que as partes e os juízes devem seguir, etapa por etapa, para a obtenção de uma sentença justa. Processo é método, dizia Calamandrei, e a ciência processual, a metodologia.¹²

A etapa conceitualista acabou sendo sucedida ou superada pela chamada fase *instrumentalista* ou *teleológica*, que se revelou menos preocupada com a arquitetura dos conceitos e mais atenta aos fins pretendidos pelo processo e aos seus escopos metajurídicos.

Essa fase tem fortíssima identificação com as teorias de Mauro Cappelletti e Bryant Garth,¹³ fundadores do denominado “*movimento universal de acesso à justiça*”, mediante o qual se pretendeu conceber um novo enfoque à ciência jurídica, repudiando-se a visão formalista do período antecedente, que identificava o direito como um sistema fechado de

⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Sobre a multiplicidade de perspectivas no estudo do processo*. In *Temas de direito processual. Quarta série*. São Paulo: Saraiva, 1989, pp. 11-21

⁹ DINAMARCO. *Op. Cit. (Fundamentos...)*, p. 125.

¹⁰ BARBOSSA MOREIRA. *Op. cit. (Temas..., Quarta série)*, pp. 11-21.

¹¹ DINAMARCO. *Op. cit. (Fundamentos...)*, p. 124: “[foi] nessa segunda fase que os processualistas se aperceberam de que o processo não é um modo de exercício dos direitos, colocado no mesmo plano que os demais modos indicados pelo direito privado, mas caminho para obter uma especial proteção por obra do juiz – a tutela jurisdicional”.

¹² CALAMANDREI, Piero. *Processo e democrazia*. In *Opere giuridiche*, V. 1, 1965, p. 625.

¹³ CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

normas produzidas pelo Estado e negligenciava componentes como os sujeitos, as instituições, os processos e o contexto social.¹⁴

A preocupação com os objetivos do processo foi fortemente difundida no Brasil a partir da “*teoria da efetividade do processo*” e da grande influência do pensamento de José Carlos Barbosa Moreira, um dos maiores responsáveis por expressar entre nós “*as tendências contemporâneas do Direito Processual*”, dentre as quais o deslocamento da tônica da elaboração conceitual para os problemas relacionados com a realização prática da função do processo, marcada pela progressiva acentuação das exigências de ordem social, com a consequente necessidade de busca de novas formas de tutela para além dos esquemas clássicos de contraposição entre um credor e um devedor.¹⁵

Ganha relevo, nessa fase, a compreensão de que o processo deve ser efetivamente capaz de influir e modificar a realidade material sensível para torná-la de acordo com o Direito, não podendo o juiz se furtar de participar criativamente no momento da aplicação da norma, cabendo a ele perseguir os fins sociais que informam a sua atividade.¹⁶ Como afirma Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, “cresce de importância (...), neste momento, a concepção do real significado de acesso à justiça. É preciso que ela sirva, e bem a todos, desde os mais carentes aos mais privilegiados, desde o indivíduo isoladamente considerado até o grupo, a

¹⁴ Importante fonte de reação ao enfoque formalista decorreu do *realismo jurídico*, que importou no *cepticismo normativo*, movimento a partir do qual se tomou consciência de que as normas são expressas por meio da linguagem, que congrega palavras e símbolos e que demandam uma interpretação criativa do intérprete. Esse *cepticismo normativo* foi levado ao extremo exagero pelos integrantes da escola de pensamento chamada “Critical Legal Studies”, que, a partir de um enfoque autodeclarado pós-moderno, atribuíram total ambigüidade e indeterminação às regras jurídicas, produzindo a “desconstrução” de toda espécie de hermenêutica. O movimento universal de acesso à justiça, embora fundado no *realismo jurídico*, não negou o componente normativo do direito, encarando-o, no entanto, apenas como um elemento do fenômeno jurídico. Para esse movimento, o elemento primário não seria a norma, mas o povo, com todos os seus traços culturais, econômicos e psicológicos. Em suma, o enfoque realista do movimento de acesso à justiça contextualiza o direito, afastando-o da visão unidimensional em que o direito era concebido, limitado que era à declaração da norma. Passa-se a afirmar a necessidade de uma visão tridimensional, em que a *primeira dimensão* reflete o *problema*, a *necessidade* ou a *exigência social* que induz a criação de um instituto jurídico; a *segunda dimensão* reflete a *resposta* ou a *solução jurídica*, que se extrai não só da norma, mas das instituições e processos correlacionados, e a *terceira dimensão* reflete os *resultados* ou o *impacto* dessa *resposta* ou *solução jurídica* sobre o *problema*, a *necessidade* ou a *exigência social*. Ver CAPPELLETTI, Mauro. *Os Métodos Alternativos de Solução de Conflitos no Quadro do Movimento Universal de Acesso à Justiça*. In Revista de Processo, RT-SP, n. 74, ano 19, abril-junho/94.

¹⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Tendências contemporâneas do direito processual civil*. In: *Temas de Direito Processual*. Terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984. O assunto é também abordado em *Temas Fundamentais do Direito Brasileiro nos anos 80: Direito Processual Civil*. In *Temas de direito processual*. Quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989.

¹⁶ Há de se lembrar, nesse ponto, da “máxima chiovendiana”, segundo a qual, na medida do possível, o processo deve assegurar a quem tem um direito tudo aquilo e exatamente aquilo que esse direito lhe assegura (“Il processo deve dare per quanto è possibile praticamente a chi ha um diritto tutto quello e proprio quello ch’egli há diritto de conseguire”). Ver CHIOVENDA, Giuseppe. *Saggi di diritto processuale civile*. Vol. 1. Roma: 1930, p. 110.

coletividade, globalmente considerada”.¹⁷ O processualista incorpora a consciência de que o processo não pode ser um fim em si mesmo, devendo a técnica processual servir de *instrumento* para a realização da justiça.

Mas é claro que só há sentido na afirmação de que o processo é um *instrumento* desde que sejam identificados os *objetivos* a que ele se destina. Assim, o método instrumentalista supera a visão estritamente jurídica do fenômeno processual para identificar outros escopos do processo, além do estritamente jurídico de aplicar a lei ao caso concreto para a satisfação de direitos substanciais.¹⁸ Passa-se a falar, então, em objetivos *sociais e políticos* do processo, ligados ao seu papel de pacificar com justiça os conflitos sociais, de conscientizar os membros da sociedade de seus direitos e obrigações, de afirmar a capacidade estatal de decidir imperativamente, de limitar o próprio poder do Estado ao devido processo legal, de canalizar a participação democrática do cidadão na vida política do Estado através de instrumentos como a ação popular e a ação civil pública etc..

1.2 Os princípios de acesso à justiça.

Diante desse novo direcionamento dos fins da jurisdição, surgiu a necessidade doutrinária de se buscar uma nova sistematização da teoria geral do processo, identificando-se os princípios que informam o acesso à justiça, tarefa a que se lançou Paulo Cezar Pinheiro Carneiro em sua tese de cátedra apresentada à Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ em 1999 (*Acesso à Justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública, uma nova sistematização da teoria geral do processo*). Quatro princípios foram identificados pelo autor: os princípios da acessibilidade, da operosidade, da utilidade e da proporcionalidade.

O *princípio da acessibilidade* corresponde à existência de pessoas capazes de estar em juízo, sem impedimentos de natureza financeira, desempenhando adequadamente os instrumentos judiciais e extrajudiciais disponíveis à defesa de seus interesses. A acessibilidade pressupõe o *direito à informação*, isto é, o conhecimento dos direitos e de suas formas de defesa. Também passa pela superação da lógica tradicional que atribui a

¹⁷ CARNEIRO, Paulo Cesar Pinheiro. *Acesso à justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública: uma nova sistematização da teoria geral do processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 30.

¹⁸ Para Dinamarco, o escopo jurídico do processo não é a composição da lide, mas a *atuação da vontade concreta da lei*. Com isso Dinamarco afasta-se de Carnelutti, filiando-se à concepção dualista de Chiovenda, segundo a qual a ordem jurídica é composta por dois planos muito bem definidos, o substancial e o processual, de modo que a sentença não cria direitos, mas apenas os revela, sendo esse o *escopo jurídico do processo*: revelar a norma jurídica adequada ao caso concreto. Ver DINAMARCO, *Op. cit. (Instrumentalidade...)*, pp. 193-267.

legitimidade para agir ao suposto titular do direito material, criando-se instrumentos de *legitimação adequada*, viabilizando-se a propositura da ação por parte daquele que tenha mais condições de defender o direito lesado. Por fim, a acessibilidade pressupõe, ainda, a superação do custo financeiro do processo como fator de inibição ao acesso à justiça.¹⁹

O *princípio da operosidade* expressa o dever daqueles que participam, direta ou indiretamente, da atividade judicial de atuar da forma mais ética, produtiva e laboriosa possível para assegurar o efetivo acesso à justiça.²⁰

O *princípio da utilidade* está associado à idéia de que o processo deve assegurar ao vencedor tudo aquilo que ele tem direito a receber, da forma mais rápida e proveitosa possível, com o menor sacrifício para o vencido. A elaboração desse princípio passa pela priorização da *celeridade do processo*, com o mínimo de sacrifício da segurança dos julgados, buscando-se o aprimoramento dos meios de *tutela coletiva dos direitos*, de *aceleração da tutela jurisdicional* e de *execução específica*, além de uma releitura do sistema de nulidades do ato processual, de modo a priorizar-se a lógica da instrumentalidade das formas.²¹ Como sintetiza Paulo Cezar Pinheiro Carneiro:

É possível afirmar-se que a utilidade do processo passa, necessariamente, por um enfoque que tem como linhas principais a instrumentalidade do processo e a sua efetividade, trazendo como conseqüências necessárias a rapidez, a garantia do bem da vida, a execução específica, a abrangência da decisão do ponto de vista subjetivo e objetivo e, finalmente, o tratamento adequado do ato processual com sua sistematização das nulidades.²²

Por fim, o *princípio da proporcionalidade* passa pelo reconhecimento de que o juiz, no curso do processo, tem de fazer escolhas entre uma e outra interpretação, projetando e examinando os possíveis resultados, as possíveis soluções. Assim, o juiz compara os interesses em jogo e, finalmente, identifica o interesse mais valioso, harmonizando-o com os princípios e os objetivos buscados pela ordem jurídica. Essa atividade, segundo Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, retrata a utilização do princípio da proporcionalidade, que permeia e a todo momento influencia a aplicação dos demais princípios de acesso à justiça.²³

¹⁹ PINHEIRO CARNEIRO. *Op.cit. (Acesso à justiça...)*, pp. 65-69.

²⁰ PINHEIRO CARNEIRO. *Op. cit. (Acesso à justiça...)*, pp. 71-88.

²¹ PINHEIRO CARNEIRO. *Op.cit. (Acesso à justiça...)*, pp. 89-106.

²² PINHEIRO CARNEIRO. *Op. cit. (Acesso à justiça...)*, pp. 106.

²³ PINHEIRO CARNEIRO. *Op. cit.,(Acesso à justiça...)*, pp. 107-114.

1.3 O garantismo processual.

A partir do segundo pós-guerra, ocorre, na Europa, especialmente naqueles países que na primeira metade do século XX sofreram com regimes totalitários, um fenômeno de constitucionalização dos direitos fundamentais e, no seu bojo, das garantias decorrentes do devido processo legal.²⁴ Itália e Alemanha experimentam mudanças significativas a partir da promulgação de suas novas constituições, em 1947 e 1949. Tempos mais tarde esses influxos renovadores são experimentados por Portugal e Espanha, com o fim do Salazarismo e do Franquismo e com o conseqüente surgimento de suas novas Constituições, em 1976 e 1978.²⁵

Essas novas constituições surgidas na Europa, repletas de normas de elevado valor axiológico, criaram e fortaleceram os instrumentos de tutela dos direitos fundamentais e as garantias fundamentais do processo, impostos, a partir de então, mesmo em face do legislador.²⁶

Na América latina, essa virada histórica ocorreu apenas nas duas últimas décadas do século XX, com o fim das ditaduras militares e o restabelecimento da democracia no continente sul-americano, do que foi marco a Constituição brasileira de 1988. Também não se deve esquecer que esse processo histórico de constitucionalização e valorização dos direitos fundamentais foi incrementado pela independência das antigas colônias africanas, como

²⁴ PICÓ I JUNOY, Joan. *Las garantías constitucionales del proceso*. Barcelona: J.M.Bosch Editor, 1997, pp. 17-21: “La finalidad última del fenómeno de constitucionalización de las garantías procesales no es outro que lograr la tan pretendida Justicia, reconocida em nuestra Carta Magna como valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1.1 C.E.). El proceso se convierte de este modo – como apunta Couture – ‘em el medio de realización de la justicia’”.

²⁵O artigo 24 da Constituição italiana, de 27 de dezembro de 1947, passa a dispor que todos podem atuar em juízo na defesa de seus próprios direitos e interesses legítimos, assegurando-se a defesa como um direito inviolável em qualquer estado ou grau do processo. Aos pobres, diz o texto constitucional italiano, devem ser assegurados os meios de ação e defesa mediante institutos especiais protetivos. Do mesmo modo, a Lei Fundamental de Bonn, de 23 de maio de 1949, consagra o direito ao acesso à jurisdição (art. 19.4), a garantia do juiz natural (art. 101.1) e da ampla defesa (art. 103.1). Também a Constituição portuguesa, de 2 de abril de 1976, reconhece os direitos e garantias processuais no art. 20.1 (acesso à justiça, inclusive aos desvalidos) e no art. 32 (direito de defesa, direito à duração razoável do processo, direito à assistência técnica e garantia do juiz natural). Na Espanha, a Constituição de 1978 estabelece, em seu artigo 24, que todas as pessoas tem direito de obter a tutela jurisdiccional efetiva a cargo do juiz natural, assegurando-se, no curso do processo, o direito de defesa e de assistência técnica. Além disso, nos termos da Constituição espanhola, o processo deve ser público e desenvolver-se sem dilações indevidas.

²⁶SARMENTO, Daniel. *Por um constitucionalismo inclusivo: história constitucional brasileira, Teoria da Constituição e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2010. pp. 233-271: “As constituições européias do 2º pós-guerra não são cartas procedimentais, que quase tudo deixam para as decisões das maiorias legislativas, mas sim documentos repletos de normas impregnadas de elevado valor axiológico, que contêm imortantes decisões substantivas e se debruçam sobre uma ampla variedade de temas que outrola não eram tratados pelas constituições”.

também pelo restabelecimento das democracias constitucionais de livre-mercado no leste europeu.²⁷

Em razão desse fenômeno, em boa hora ganhou relevo na doutrina nacional e estrangeira a concepção *garantista* de que o processo não apenas deve produzir *resultados justos*, ele mesmo deve ser um *meio justo*, desenvolvendo-se com respeito à dignidade humana, de acordo com a série de regras e princípios que compõem as *garantias fundamentais do processo* e que se sintetizam na cláusula do *devido processo legal*.²⁸

Esse processo *justo e equo*, como afirma Luigi Paolo Comoglio, depende de um procedimento em que as partes gozem de iguais direitos de ação e de defesa, sob o pleno e efetivo contraditório, mediante uma técnica capaz de produzir providências imperativas e adequadas ao caso concreto e que expressem decisões individual e socialmente justas.²⁹

Na lição de Leonardo Greco, “o processo deve ser um meio justo para um fim justo”, não podendo os fins justificar os meios, na medida em que a justiça do resultado do processo está também na justiça dos meios empregados no curso do procedimento.³⁰ Nas palavras do autor:

Como relação jurídica plurissubjetiva, complexa e dinâmica, o processo em si mesmo deve formar-se e desenvolver-se com absoluto respeito à dignidade humana de todos os cidadãos, especialmente das partes, de tal modo que a justiça do seu resultado esteja de antemão assegurada pela adoção das regras mais propícias à ampla e equilibrada participação dos interessados, à isenta e adequada cognição do juiz e à apuração da verdade objetiva: um meio justo para um fim justo.³¹

A Constituição brasileira de 1988 confere sensível suporte a essa concepção humanista e garantista do processo ao enunciar, como “*fundamento*” da República, a “*dignidade da pessoa humana*” (art. 1º, inc. III), ao estabelecer que a administração pública, “*de qualquer dos Poderes*”, “*obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência*” (art. 37) e também ao consagrar, expressamente, o princípio da isonomia (art. 5º, *caput* e inc. I) e as garantias processuais da inafastabilidade da jurisdição

²⁷ BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais. A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, pp. 3-4.

²⁸ GRECO, Leonardo. *Novas perspectivas da efetividade e do garantismo processual*. Inédito.

²⁹ COMOGLIO, Luigi Paolo. *Etica e técnica del “giusto processo”*. Torino: G. Giappichelli Editore. 2004, p. 15: “In senso ‘sostanziale’, qualsiasi processo o procedimento giurisdizionale, in cui tutte le parti coinvolte godono di equali diritti di azione e difesa, nel pieno ed effettivo contraddittorio fra di loro, deve essere tecnicamente idoneo a concludersi con provvedimenti imperativi, i quali abbiano a loro volta, nella variabilità delle forme prescritte e dei casi concreti, l’intrinseca idoneità (oltrechè la vocazione finalistica) ad esprimere decisioni individualmente e socialmente giuste”.

³⁰ GRECO, Leonardo. *Garantias fundamentais do processo: o processo justo*, in *Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005, pp. 225-286.

³¹ GRECO. Op. cit. (*Garantias Fundamentais do Processo: O Processo Justo...*), p. 225.

(art. 5º, inc. XXXV), da coisa julgada (XXXVI), do juiz natural (XXXVII e LIII), do devido processo legal (LIV), do contraditório e ampla defesa (LV), da vedação das provas obtidas por meios ilícitos (LVI), da razoável duração do processo (LXXVIII), da publicidade dos atos processuais (art. 5º, inc. LX e art. 93, IX) e da motivação das decisões judiciais (art. 93, IX).

Esse conjunto de normas compõe aquilo que Cassio Scarpinella Bueno chama de “*modelo constitucional do processo*”, enunciando “*as diretrizes mínimas, mas fundamentais, do próprio comportamento do Estado-juiz*”.³² Cândido Dinamarco trata o fenômeno como a “*tutela constitucional do processo*”, ressaltando que ela é feita mediante *princípios, garantias e exigências* que, vindos da Constituição, ditam padrões políticos para a vida do processo, através de “*imperativos cuja observância é penhor da fidelidade do sistema processual à ordem político-constitucional do país*”.³³

Tais garantias fundamentais do processo justo respondem a uma *dimensão subjetiva*, ensejando uma pretensão política e positiva de que sejam editadas normas que deem vida aos valores que as justificam, como também que essas normas sejam aplicadas e interpretadas de acordo com esses valores. Além disso, elas respondem a uma *dimensão objetiva*, na medida em que expressam princípios básicos da ordem constitucional, participando da essência do Estado de Democrático de Direito, operando como limite do poder e como diretriz da ação do Estado.³⁴

Sobre esse duplo caráter, objetivo e subjetivo, dos direitos fundamentais, assim disse Joan Picó i Junoy:

El carácter objetivo de los derechos fundamentales comporta su configuración como normas esenciales de nuestro ordenamiento jurídico, como figuras que resumen un valor asumido en el sistema de una comunidad, insertándose con fuerza vinculante en el conjunto normativo.

Además, tales derechos tienen una vertiente subjetiva, en la medida en que atribuyen a una persona el poder de ejercitarlos, así como de reclamar su debida protección.³⁵

Em suma, a Constituição pretende afeição o método de atuação do Estado-juiz aos valores que ela mesma adotou como fundamentais, de modo que se construa um processo democrático, participativo, humanizado, eficiente, impessoal e igualitário. O que pretende a Constituição é que se ofereça aos jurisdicionados, no *menor espaço de tempo possível*,

³²BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil. Teoria geral do direito processual civil*. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 92.

³³DINAMARCO. *Op. Cit. (Instituições...)* p. 189.

³⁴MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, pp. 249-256.

³⁵PICÓ I JUNOY. *Op. cit. (Las garantías...)*, p. 22.

mecanismos jurisdicionais capazes de garantir, *definitivamente*, a *eficácia concreta dos direitos*, no bojo de procedimentos que sejam conduzidos por juízes *independentes*, *imparciais* e que assegurem às partes litigantes tratamento *substancialmente isonômico* para o adequado exercício do *contraditório* e da *ampla defesa*. Sendo o processo civil um instrumento pelo qual o Estado exerce uma de suas funções, esse instrumento deve também expressar os valores adotados pelo Estado, tal qual concebidos pela Constituição.

Aliás, é importante lembrar que não só a Constituição, mas também atos de direito internacional em vigor no Brasil, enunciam esse *modo de ser* garantista do processo civil, como a Convenção Americana de Direitos Humanos (*Pacto de San José da Costa Rica*), que no art. 8º, n. 1, estabelece regras acerca das “garantias judiciais” do processo:

Art. 8º.

1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

Embora não vincule o Brasil, outra importante referência, ao menos teórica, deve ser feita ao art. 6º, 1., da *Convenção Europeia dos Direitos Humanos*:

Artigo 6º O Direito a um processo equitativo

1. Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de caráter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a proteção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça.

1.4 Os princípios e regras que compõem as garantias fundamentais do processo justo.

Tentaremos fazer, a partir de agora, uma breve enunciação desses princípios e regras que compõem as garantias fundamentais do processo, muitos dos quais, advirta-se desde logo, têm conteúdos indeterminados, comportando concepções e definições intercambiáveis, além de inúmeras superposições, não sendo possível delimitar áreas de aplicação exclusiva de cada um desses princípios ou situá-los em compartimentos estanques, não só em razão da convergência entre eles, mas também porque nenhum deles se conceitua por padrões

rigorosamente lógicos, senão políticos.³⁶ Afinal, como afirma José Carlos Vieira de Andrade, os direitos fundamentais não são unidimensionais ou unidirecionais, assumindo uma bastante clara *complexidade estrutural*, representando um *feixe de faculdades* ou de *poderes* de tipos diferentes e de diversos alcances, apontados em direções distintas.³⁷

1.4.1 Acesso à justiça:

A garantia do acesso à Justiça é uma consequência fundamental e necessária do Estado Democrático de Direito e da vedação à autotutela, devendo ser assegurada, de forma ampla, a qualquer pessoa que tenha um direito lesado ou ameaçado de lesão, seja nas relações entre particulares ou naquelas que envolvem o particular e o Estado.

Em certo aspecto, essa garantia confunde-se com o princípio da inafastabilidade da jurisdição, que está enunciado no inciso XXXV, do artigo 5º, da Constituição, segundo o qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Tal princípio orienta a função legislativa do Estado, tornando inadmissível o estabelecimento de obstáculos legais não razoáveis ao exercício do direito de ação. Dessa forma, como já decidiu o Tribunal Constitucional espanhol, a restrição legal ao acesso aos tribunais, para poder legitimar-se a partir da ótica constitucional, “deberá obedecer a razonables finalidades de protección de bienes e intereses constitucionalmente protegidos y deberá guardar una notória proporcionalidad com la carga de diligencia exigible a los justiciables (STC 13/2008, de 31 de enero)”.³⁸

Além disso, o princípio da inafastabilidade condiciona a atividade jurisdicional, impondo ao Estado a prestação da tutela judicial dos direitos de forma efetiva e adequada.

³⁶DINAMARCO. *Op. Cit. (Instituições...)* p.198.

³⁷José Carlos Vieira de Andrade afirma que a norma que estabelece um direito fundamental possui um conteúdo principal e um conteúdo instrumental. O conteúdo principal abrange as faculdades ou garantias específicas de cada hipótese normativa. É o programa normativo do direito em si. No conteúdo principal é possível distinguir o núcleo essencial e as camadas envolventes. O núcleo essencial corresponde às faculdades típicas que integram o direito, tal como é definido na hipótese normativa, de acordo com o valor que a constituição visou em primeira linha proteger ao estabelecer autonomamente aquele direito fundamental. As camadas envolventes incluem outros valores (bens, comportamentos, garantias) que aquele direito também visa assegurar, mas que correspondem a aspectos que, por serem menos típicos, mais relativos ou menos importantes, a proteção constitucional deve ser considerada de menor intensidade. Por fim, o conteúdo instrumental abrange as faculdades ou deveres ligados à efetivação do programa normativo do direito. O conteúdo instrumental está ligado aos meios pelos quais o programa normativo do direito é respeitado, protegido ou promovido. Ver ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 2001, pp. 167-196.

³⁸LLOBREGAT, José Garberí. *El derecho a la tutela judicial efectiva en la jurisprudencia del tribunal constitucional*. Barcelona: Bosch, 2008, p. 30

Como diz Nicolò Trocker, a exigência de efetividade acaba servindo para ampliar o conteúdo da garantia de ação e de defesa.³⁹

A garantia do acesso à justiça não se esgota com a propositura da ação, englobando também a fase executiva das decisões judiciais, que deve ser considerada parte incidível do processo, conforme decidiu a Corte Européia de Direitos Humanos, na sentença de 28 de julho de 1999, no caso *Immob.Saffi v. Itália*.⁴⁰ Em outras palavras, quando se fala em inafastabilidade do controle jurisdicional e acesso à justiça, há de se considerar presente não só o direito de propor a ação, mas, igualmente, o direito a um processo efetivo, que produza providências jurisdicionais adequadas à resolução do conflito e que sejam, de fato, capazes de alterar a realidade material sensível para torná-la de acordo com o Direito.⁴¹

O princípio da inafastabilidade engloba também as providências preventivas de natureza liminar, desde que sejam elas, de acordo com as circunstâncias do caso concreto, medidas necessárias à tutela efetiva dos direitos.⁴² Não se deve esquecer que, na locução do dispositivo constitucional, o princípio da inafastabilidade está associado também às *ameaças de lesão* a direitos, o que pressupõe a existência de instrumentos preventivos e de tutela inibitória liminar.⁴³

³⁹TROCKER, Nicolò. *Processo civile e costituzione. Problemi di diritto tedesco e italiano*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1974, p. 421: “Il requisito dell’effettività viene quindi ad ampliare il contenuto della garanzia di azione e di difesa”.

⁴⁰GRECO, Leonardo. *Resenha informativa sobre o direito ao processo justo na convenção européia e na convenção americana dos direitos do homem*. Inédito.

⁴¹PICÓ I JUNOY. *Op. cit. (Las Garantías...)*, p. 76: “El derecho a la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos exige también que el fallo judicial se cumpla em sus propios términos, pues solo de esta manera el Derecho al Proceso se hace real y efectivo, y se garantiza judicialmente por una Sentencia dictada en un proceso anterior entre las mismas partes”.

⁴²Com total acerto o Tribunal Constitucional espanhol já decidiu no sentido de que a possibilidade de suspensão liminar de atos da Administração responde a uma necessidade de assegurar, em cada caso, a efetividade do pronunciamento futuro do órgão jurisdicional, de modo a evitar que uma possível decisão favorável à pretensão deduzida se torne desprovida de eficácia prática. Conferir Sentencia nº 238/1992 de Tribunal Constitucional, Pleno, 17 de Diciembre de 1992, Cuestión de Inconstitucionalidad nº 1.445/1987: “La potestad jurisdiccional de suspensión, como todas las medidas cautelares, responde a la necesidad de asegurar, en su caso, la efectividad del pronunciamiento futuro del órgano jurisdiccional; esto es, de evitar que un posible fallo favorable a la pretensión deducida quede (contra lo dispuesto en el art. 24.1 C.E.) desprovisto de eficacia por la conservación o consolidación irreversible de situaciones contrarias al derecho o interés reconocido por el órgano jurisdiccional en su momento”.

⁴³MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, pp. 139-140: “Mas não há como esquecer, quando se pensa no direito à efetividade em sentido lato, de que a tutela jurisdicional deve ser tempestiva (direito fundamental à duração razoável do processo – art.5º, LXXVIII, CF) e, em alguns casos, ter a possibilidade de ser preventiva. Antigamente, questionava-se sobre a existência de direito constitucional à tutela preventiva. Dizia-se, simplesmente, que o direito de ir ao Poder Judiciário não incluía o direito à “liminar”, desde que o jurisdicionado pudesse afirmar lesão ao direito e vê-la apreciada pelo juiz. Atualmente, diante da inclusão da locução “ameaça a direito” na verbalização do denominado princípio da inafastabilidade, não há mais qualquer dúvida sobre o direito à tutela jurisdicional capaz de impedir a violação do direito”.

Ajunte-se que a garantia do acesso à justiça não pode ser amesquinhada por óbices fundados em uma visão formalista e ultrapassada do fenômeno processual. A técnica e a forma são instrumentos valiosos para a segurança jurídica do processo,⁴⁴ mas nenhum requisito formal pode converter-se em obstáculo que impeça um pronunciamento de mérito, quando o seu descumprimento não tenha causado prejuízo às partes e o ato tenha atingido a finalidade para a qual foi concebido.⁴⁵

Como recorda Leonardo Greco, a garantia do acesso à justiça

não pode ser dificultada por obstáculos impostos por interesses acessórios ou alheios ao exercício da jurisdição. Os pressupostos de exame do mérito (pressupostos processuais e condições da ação) somente são legítimos na medida em que asseguram a eficácia do exercício da jurisdição e impedem que o réu seja submetido ao ônus de defender-se de um processo injusto. Ultrapassados esses limites, prevalecem a liberdade formal e o antiformalismo.⁴⁶

Mauro Cappelletti e Bryant Garth lembram que o conceito de acesso à justiça sofreu transformações importantes ao longo dos últimos tempos. Nos estados liberais burgueses dos séculos dezoito e dezenove, o conceito de acesso à justiça refletia a concepção essencialmente individualista dos direitos, de tal modo que o direito ao acesso à proteção judicial significava essencialmente o direito formal do indivíduo agravado de propor ou contestar uma ação. Na medida em que as reformas do *welfare state* armaram os indivíduos de novos direitos de cunho individual e social, o direito ao acesso efetivo à justiça foi progressivamente sendo reconhecido como de importância capital para a concretização desses novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação. Assim, concluem os autores que “o acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como requisito fundamental – o mais básico dos

⁴⁴OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 2.ed. São Paulo: Editora Sariva, 2003, p. 7: “A forma em sentido amplo investe-se, assim, da tarefa de indicar as fronteiras para o começo e o fim do processo, circunscrever o material a ser formado, estabelecer dentro de quais limites devem cooperar e agir as pessoas atuantes no processo para o seu desenvolvimento. O formalismo processual contém, portanto, a própria idéia do processo como organização da desordem, emprestando previsibilidade a todo o procedimento. Se o processo não obedece a uma ordem determinada, cada ato devendo ser praticado a seu devido tempo e lugar, fácil entender que o litígio desembocaria numa disputa desordenada, sem limites ou garantias para as partes, prevalecendo ou podendo prevalecer a arbitrariedade e a parcialidade do órgão judicial ou a chicana do adversário”.

⁴⁵PINHEIRO CARNEIRO. *Op. cit. (Acesso à justiça...)*, p. 103: “... no direito processual não basta que o ato contenha um vício para que ele seja considerado inválido, com as conseqüências próprias. É preciso mais, é necessária a existência de outros ingredientes para caracterizar o ato como inválido. Não basta a existência do defeito ou vício, é preciso que o ato não tenha alcançado a finalidade ou que tenha causado prejuízo a uma das partes”.

⁴⁶GRECO. *Op. Cit. (Garantias...)*, p. 257.

direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos”.⁴⁷

1.4.2 Imparcialidade do juiz:

A garantia do acesso à justiça implica o direito a um julgamento proferido por um juiz imparcial, que se coloque em posição de equidistância das partes e interesses em conflito, de modo a examinar as postulações com a devida *alteridade*, sendo ditado apenas pelo dever de fazer atuar o Direito no caso concreto.⁴⁸ Para Calamandrei, próprio direito processual teve sua origem na necessidade sentida pelo Estado de intervir para garantir como terceiro imparcial a lealdade dos litigantes na resolução dos conflitos, de modo que o embate de armas transforme-se em um embate de argumentos, no bojo de um contraditório leal.⁴⁹

A Constituição não enunciou explicitamente o princípio da imparcialidade, sendo ele uma decorrência da garantia síntese do devido processo legal (art. 5º, inc. LIV), do juiz natural (XXXVII e LIII) e também uma consequência bastante próxima dos princípios da legalidade, da impessoalidade e da moralidade, que orientam a atividade estatal, em “qualquer dos Poderes” (art. 37). Sob uma perspectiva mais genérica, pode-se dizer que a imparcialidade do órgão julgador é uma exigência do próprio Estado de Direito, servindo para assegurar que todos estejam sujeitos às mesmas leis e que somente as leis constitucionalmente legítimas sejam aplicadas.⁵⁰

Apesar da ausência de uma enunciação explícita, a Constituição contém uma série de dispositivos destinados a assegurar que as causas sejam conduzidas e julgadas por juízes imparciais, cercando o juiz de um conjunto de garantias (art. 95, I, II e III)⁵¹ e impedimentos (art. 95, *parágrafo único*, I a V), disciplinando a forma de ingresso na carreira da magistratura

⁴⁷CAPPELLETTI e GARTH. *Op. cit.* (*Acesso à justiça...*) pp. 9-12.

⁴⁸ANTELO, Luis Fernandez. *Garantías constitucionales del proceso (art. 24.2 CE)*. In: *La defensa de los derechos fundamentales: Tribunal Constitucional y Poder Judicial. Actas de Las XV Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010, p. 163-207.

⁴⁹CALAMANDREI. *Op. cit.* (*Processo e democrazia...*), p 627: “In diritto processuale ha avuto origine dalla necessità che lo Stato ha sentito de intervenire e garantire como terzo imparziale la lealtà del combattimento, e poi, quando lo scontro delle armi si è trasformato in contrasto di argomentazioni, la lealtà del contraddittorio”.

⁵⁰FEREJOHN, John. *Independent judges, dependent judiciary: explaining judicial independence*. In: 72 S. Cal. L. Rev. 353 1998-1999.

⁵¹Segundo Georg Vanberg, dispositivos como a vitaliciedade e a irredutibilidade de salários diminuem a possibilidade de cooptação de um juiz, contribuindo para a sua independência. Ver VANBERG, Georg. “Establishing and maintaining judicial independence.” In: WHITTINGTON, Keith E., KELEMEN, R. Daniel and CALDEIRA, Gregory A.. *The Oxford handbooks of law and politics*. New York: Oxford University Press, 2008, pp. 99-118.

prioritariamente por concurso público (art. 93, I) e dotando os tribunais de uma série de prerrogativas institucionais, de autonomia administrativa e orçamentária (art. 96).⁵²

Essa imparcialidade, que traz em si as noções de equidistância e alteridade, não se confunde com o mito da neutralidade: “a população tem direito à justiça prestada por juízes inseridos na realidade social”.⁵³ Como já disse Barbosa Moreira, “nem sequer é exato dizer que o juiz deve ser ‘neutro’, porque não é próprio identificar-lhe à imagem de um espectador frio, para quem ‘tanto faz’ que se realize ou não se realize justiça”.⁵⁴

A Corte Européia de Direitos Humanos, na sentença proferida em 7 de agosto de 1996, no caso *Ferrantelli e Santangelo v. Itália*, considerou que viola o princípio da imparcialidade a participação no julgamento de juiz que, ao proferir sentença sobre fatos conexos, formulou juízos a respeito da parte.⁵⁵

1.4.3 Isonomia processual:

Um dos princípios conducentes ao desenvolvimento do processo justo é o que impõe *isonomia* entre as partes litigantes.⁵⁶ Embora a Constituição não fale em um “princípio processual da isonomia entre as partes”, é evidente que o processo justo depende do tratamento isonômico entre os litigantes, o que se impõe a partir da cláusula aberta do devido processo legal (art. 5º, LIV), da igualdade de todos perante a lei (art. 5º, caput) e da própria noção de República (art. 3º)⁵⁷.

⁵² DINAMARCO. *Op. cit. (Instituições...)*, pp. 201-202.

⁵³ A frase é de Kazuo Watanabe. WATANABE, Kazuo. *Acesso à justiça e sociedade moderna. In Participação e processo*. Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Kazuo Watanabe (Coord.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988, p. 134.

⁵⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Sobre a “participação” do juiz no processo civil. In Participação e processo*. Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Kazuo Watanabe (Coord.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988, p. 390.

⁵⁵ GRECO. *Op. cit. (Resenha...)*. Inédito.

⁵⁶ Como ensina Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, foi na Grécia antiga que começou a tomar forma a expressão hoje conhecida como isonomia e a sua associação com a ideia de justo. A escola *Pitagórica* simbolizava a justiça pela figura do quadrado, em razão da absoluta igualdade de seus lados. O pensamento *Socrático* associava a justiça à irrestrita obediência à lei. Se a lei decorria de um consentimento dos cidadãos, a violação da lei seria a quebra desse pacto. Assim, os homens bons deveriam cumprir sem questionar as leis más, para que os homens maus cumprissem as leis boas. Mas foi *Aristóteles* quem primeiro formulou a ideia de se adaptar a lei às variações das situações da vida. O justo passa a ser associado à ideia de equidade. Toma-se a consciência de que a aplicação da norma de maneira igual para todos pode redundar em injustiças. É preciso aplicar a lei com equidade, abrandando suas asperezas. Ver PINHEIRO CARNEIRO. *Op.cit. (Acesso à justiça...)* pp. 5-10.

⁵⁷ Sobre o conceito de República e suas ambiguidades vale conferir CARVALHO, José Murilo de. *A formação das almas. O imaginário da República no Brasil*. São Paulo: Cia. das Letras, 1990, pp. 17-33.

A igualdade, na Constituição brasileira, não é só um limite contra tratamentos discriminatórios, mas antes uma meta a ser perseguida pelo Estado,⁵⁸ podendo funcionar, na dicção de Humberto Ávila, como *regra*, prevendo a proibição de tratamento discriminatório, como *princípio*, instituindo um fim a ser promovido, e como *postulado*, estruturando a aplicação do Direito.⁵⁹

O Código de Processo Civil cuida da isonomia no art. 125, inc. I, impondo que o juiz dirija o processo conforme as disposições do Código, “competindo-lhe assegurar às partes igualdade de tratamento”. No Projeto do novo Código de Processo Civil, que atualmente tramita na Câmara dos Deputados sob o nº 8.046/2010, o princípio da igualdade é tratado dentre os “*Princípios e Garantias Fundamentais do Processo Civil*”, dispondo o art. 7º do projeto que “[é] assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz velar pelo efetivo contraditório”.

Portanto, essa isonomia pressupõe *paridade de armas*, isto é, igual capacidade de influir eficazmente no resultado do processo⁶⁰. Como afirmam Mauro Cappelletti e Bryant Garth, a “igualdade de armas” é a garantia de que a conclusão final do processo dependerá apenas dos méritos jurídicos relativos das partes antagonicas, sem relação com diferenças que sejam estranhas ao Direito.⁶¹ Os autores ainda ressaltam que a perfeita igualdade é utópica e que as diferenças entre as partes não podem jamais ser completamente erradicadas. A questão, portanto, é saber até onde avançar na direção do objetivo utópico e também a que custo.

Para o atingimento dessa almejada paridade de armas e igualdade substancial no seio do processo, por vezes a lei processual deverá conter normas enunciadoras de tratamento diferenciado aos litigantes, já sendo lugar comum a afirmação de que isonomia não significa tratamento sempre absolutamente igual, mas tratamento igual na medida da igualdade e desigual na medida da desigualdade.⁶²

Por isso, v. g., a lei assegura curador especial ao réu preso, a quem não pesa o ônus da impugnação especificada dos fatos (art. 9º, II c/c art. 302, parágrafo único, do CPC), impõe a intervenção do Ministério Público no processo em que se discute interesse de incapaz (art. 82,

⁵⁸SARMENTO, Daniel. *Interesses públicos vs. interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional*. In *Livres e iguais: estudos de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 64.

⁵⁹ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 11ª edição. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 152.

⁶⁰Nas palavras de Calamandrei, “*in regime di democrazia il processo dev’essere un colloquio civile tra persone poste all stesso livello umano*”. CALAMANDREI. *Op. cit. (Processo e democrazia...)*, p. 683.

⁶¹CAPPELLETTI e GARTH. *Op.cit. (Acesso à justiça...)*, p. 15.

⁶²BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Em defesa da revisão obrigatória das sentenças contrárias à Fazenda Pública*. In *Temas de direito processual. Nona série*. São Paulo: Saraiva, 2007, pp. 199-210

I, do CPC) e permite àquele que se beneficia da assistência judiciária a possibilidade de aparelhar sua execução com memória de cálculos elaborada pelo contador judicial (art. 475-B, § 3º, do CPC).⁶³ São tratamentos desiguais que se justificam para produzir igualdade substancial entre as partes litigantes, revelando o denominado “paradoxo da igualdade”.⁶⁴

Também o juiz deve estar atento para uma eventual disparidade de armas no bojo do processo, de modo a suprir, em caráter assistencial, eventuais deficiências de uma parte em relação à outra, fazendo com que ambas desfrutem das mesmas oportunidades de sucesso. Aliás, como lembra Cândido Dinamarco, a “prática da isonomia pelo juiz não se limita à sua conduta na direção do processo, mas deve estar presente também ao julgar a causa”, de forma a fazer com que o processo “produza resultados exteriores justos”.⁶⁵

Assim, da efetivação da isonomia entre as partes são encarregados o legislador e o juiz, aos quais incumbe o dever de não criar desigualdades entre os litigantes e também o de neutralizar as que porventura existam em razão de fatores externos ao processo, como pobreza, desinformação, carências culturais e psicossociais.⁶⁶

1.4.4 Contraditório e ampla defesa

A Constituição brasileira impõe a ampla defesa e o contraditório como elementos fundamentais do processo justo, enunciando-os em dispositivo único no catálogo de direitos fundamentais (art. 5º, inc. LV).

O direito à ampla defesa assegura à parte litigante o poder de formular todas as alegações e produzir todas as provas que, no seu entender, sejam úteis ou necessárias ao convencimento do juiz. O princípio do contraditório impõe que ninguém sofra diretamente as consequências de uma decisão judicial sem ter podido influir eficazmente na formação do convencimento do juiz, o que engloba o direito a um diálogo humano e público com o juiz da causa.

⁶³CAMPOS E SILVA, Ronaldo. *A isonomia entre as partes e a fazenda pública no projeto de novo CPC*. Revista de Processo – Repr. n. 208, ano 2012.

⁶⁴Jane Reis Gonçalves Pereira aborda esse “paradoxo da igualdade” sob a perspectiva da colisão entre a dimensão *formal* e a *material* de um mesmo direito, algo que se revela bastante nítido diante do princípio da igualdade, impondo-se, de um lado, tratamento idêntico a todas as pessoas, independentemente de suas condições específicas, e, de outro, tratamento desigual aos desiguais, visando à correção das desigualdades. Ver PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 230-231.

⁶⁵DINAMARCO. *Op. cit. (Instituições...)*, pp. 209-210.

⁶⁶DINAMARCO. *Op. cit. (Instituições...)*, pp. 207-208.

Nessa linha, Nicolò Trocker sustenta que a particular importância que assumiu a garantia de ação e de defesa fez emergir a exigência de vincular o contraditório não apenas à defesa técnica, mas também ao poder do cidadão de exercer um papel ativo no processo, com o propósito de atuar concretamente na formação do convencimento do juiz, superando a condição de mero espectador passivo de um evento técnico, cujo desenvolvimento é reservado a pessoas “competentes” e “iniciadas”.⁶⁷

Na sentença de 23 de fevereiro de 1994, proferida no caso *Fredin v Suécia*, e na de 26 de abril de 1995, no caso *Fischer v. Áustria*, a Corte Europeia de Direitos Humanos reconheceu que viola o art. 6º da Convenção Europeia de Direitos Humanos a rejeição judicial de requerimento de uma parte para ser ouvida.⁶⁸

Sendo uma consequência do princípio democrático, que assegura ao cidadão a possibilidade de influir e participar da elaboração da decisão estatal, o princípio do contraditório, na lição de Leonardo Greco, pressupõe (a) *audiência bilateral*, salvaguardada pela prévia comunicação de todos os atos processuais, de modo que se assegure uma ampla possibilidade de impugnar os atos praticados pelos demais sujeitos; (b) *direito de apresentar alegações, propor e produzir provas*, além de participar da produção das provas requeridas pelo adversário ou determinadas de ofício pelo juiz; c) prazos adequados às circunstâncias do caso concreto; d) *contraditório prévio*, anterior, portanto, a qualquer decisão, devendo a sua postergação ser excepcional e fundamentada na convicção firme da existência do direito do requerente e na cuidadosa ponderação dos interesses em jogo e dos riscos da antecipação ou da postergação da decisão; e) *direito de intervenção dos contra-interessados*, que devem poder intervir no processo e exercer amplamente as prerrogativas inerentes à defesa de seus direitos.⁶⁹

O princípio do contraditório também orienta e subordina a atuação do juiz, que precisa, durante o processo, expressar seus pensamentos e sentimentos sobre a causa, não só para procurar conciliar as partes, mas também para, com prudência, enunciar considerações sobre o conteúdo das pretensões e das provas, esclarecendo sobre a distribuição do ônus probatório e sobre a necessidade de melhor provar.⁷⁰

Modernamente, não mais se pode tolerar que o juiz fundamente sua decisão sobre pontos de direito que ele próprio haja suscitado de ofício, sem ter previamente chamado as

⁶⁷ TROCKER. *Op. cit. (Processo civile e costituzione...)*, p. 453

⁶⁸ GRECO. *Op.cit. (Resenha...)*. Inédito.

⁶⁹ GRECO, Leonardo. *Novas perspectivas da efetividade e do garantismo processual*. Inédito.

⁷⁰ DINAMARCO. *Op. cit. (Instituições...)*, pp. 224.

partes a apresentar suas alegações. Justamente por isso o projeto do novo Código de Processo Civil brasileiro, aprovado pelo Senado e encaminhado à Câmara dos Deputados, em seu art. 10, dispõe que “[o] juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual tenha que decidir de ofício”.⁷¹

Cabe ao juiz fazer respeitar e ele próprio respeitar o princípio do contraditório. Como afirmam Luiz Guilherme Maninoni e Daniel Mitidiero, o direito ao contraditório deixou de ser algo cujos “destinatários são tão-somente as partes e começou a gravar igualmente o juiz. Daí a razão pela qual eloquentemente se observa que o juiz tem o dever não só de velar pelo contraditório entre as partes, mas fundamentalmente a ele também se submeter”.⁷²

Assim, não se pode concordar com a afirmação, que já se fez presente na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual as garantias do contraditório e da ampla defesa têm como destinatários os litigantes “e não o magistrado no exercício de sua função jurisdicional”,⁷³ pois o juiz que se abre ao contraditório e dialoga com as partes é um juiz mais humano e democrático, capaz de melhor conhecer os dramas que compõem o litígio, além de inspirar mais confiança no espírito daqueles que, participando em contraditório, ajudam a construir, paulatina e dialeticamente, o julgamento. Assim, não corresponde às expectativas dos dias de hoje a figura do juiz conforme a descrição de Calamandrei, como sendo aquele juiz que assiste mudo e impenetrável a todo o desenvolvimento do processo, sempre presente, mas que se limita a escutar em silêncio a disputa entre os personagens.⁷⁴

1.4.5 Vedação das provas obtidas por meios ilícitos:

⁷¹Nesse mesmo sentido o art. 16 do nouveau Còde de Procédure Civile francês: “Article 16 Le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction / Il ne peut retenir, dans sa décision, les moyens, les explications et les documents invoqués ou produits par les parties que si celles-ci ont été à même d'en débattre contradictoirement. / Il ne peut fonder sa décision sur les moyens de droit qu'il a relevés d'office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations”.

⁷²MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. *Direito de ação, contraditório e motivação das decisões judiciais*. In: *Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica*. Daniel Sarmento e Ingo Wolfgang Sarlet (Coords.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pp. 557-564: “Por força desta nova conformação da idéia de contraditório, a regra está em que todas as decisões do juízo se apoiem tão-somente em questões previamente debatidas pelas partes, isto é, sobre matéria debatida anteriormente pela partes. Em outras palavras, veda-se o juízo de ‘terza via’. O direito ao contraditório promove a participação das partes em juízo, tutelando a segurança jurídica e a confiança legítima do cidadão nos atos jurisdicionais do Estado”.

⁷³RE 222206 AgR, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Segunda Turma, julgado em 30/03/1998, DJ 22-05-1998 PP-00013 EMENT VOL-01911-11 PP-02100

⁷⁴CALAMANDREI. *Op. cit. (Processo e democrazia....)*, p. 638: Il più importante tra i personaggi del processo, Il vero protagonista, è Il giudice. Egli assiste muto e impenetrabile a tutto lo svolgimento del dramma, sempre presente anche se limita ad ascoltare in silenzio la disputa degli altri personaggi. Ma Allá fine l'ultima parola, la parola risolutiva, é la sua”.

O art. 5º, inc. LVI, da Constituição proclama a inadmissibilidade, no processo, das provas obtidas por meios ilícitos, ilicitude essa que, de um modo geral, decorre de um ato contrário ao direito pelo qual se obtém o dado probatório (invasão domiciliar, violação do sigilo epistolar ou telefônico etc). Com acurada precisão, Humberto Dalla Bernardina de Pinho lembra que, “[na] verdade, a prova, em si, não é ilícita; o acesso a ela é que foi obtido ilicitamente”.⁷⁵

O imperativo ético da proibição das provas obtidas por meios ilícitos impõe aos litigantes um comportamento de *fair play* no curso do processo. Como afirma Luigi Paolo Comoglio, a consagração das garantias fundamentais do processo exige, como necessária contrapartida, um amplo dever de boa fé e de lealdade processual, no que se inclui a obrigação específica das partes em conformar seu próprio comportamento aos padrões de dignidade da justiça e de respeito recíproco.⁷⁶

1.4.6 Coisa julgada

A coisa julgada tem assento constitucional no inciso XXXVI do art. 5º. Assim definida como a situação jurídica que decorre do trânsito em julgado e que torna imutável e indiscutível o comando contido na sentença, a coisa julgada é um mecanismo imprescindível à afirmação do poder estatal de decidir coativamente os conflitos. Por meio dela, a Constituição confere densidade normativa aos princípios da segurança jurídica e da confiança legítima, na medida em que protege a necessária fidúcia que o cidadão precisa depositar na estabilidade dos atos estatais.⁷⁷

A imutabilidade da coisa julgada é também uma imposição lógica do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, do que decorre o direito à obtenção de uma decisão judicial que, em dado momento, se torne imune a novos questionamentos. Com total acerto Joan Picó i Junoy afirma que:

⁷⁵ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito Processual Civil Contemporâneo. Teoria Geral do Processo*. Vol 1. 4 ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 104: “É o caso da testemunha que sofre coação física ou moral a fim de que preste declarações em favor de uma das partes na relação processual; ou ainda a correspondência apresentada em juízo a partir da violação da caixa postal do interessado”.

⁷⁶ COMOGLIO. *Op. cit.* (*Ética e técnica del “giusto processo...”*) p. 395.

⁷⁷ Ricardo Lodi Ribeiro ensina que “a formação conceitual da idéia de segurança jurídica não é fruto de uma elaboração lógica, mas resultado das conquistas políticas da sociedade, a partir de um desejo arraigado na vida anímica do homem, que sente horror ante à insegurança de sua existência diante da imprevisibilidade e da incerteza a que está submetido. Ver RIBEIRO, Ricardo Lodi. *A segurança jurídica do contribuinte. Legalidade, não-surpresa e proteção à confiança legítima*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 49.

El principio de inmodificabilidad de la sentencia integra el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva. Este principio, em conexión con el de seguridad jurídica, recogido em el art. 93 C.E. garantiza a los que son o han sido partes em um proceso que las resoluciones judiciales dictadas em el mismo que hayan adquirido firmeza, no serán alteradas o modificadas al margen de los cauces legales previstos.

En consecuencia, la inmodificabilidad de la sentencia no es um fin em sí mismo sino um instrumento para asegurar la efectividad de la tutela judicial: la protección judicial carecería de eficacia si se permitiera reabrir um proceso ya resuelto por sentencia firme.⁷⁸

A própria Corte Européia de Direitos Humanos, em sentença de 10 de junho de 1996, proferida no caso *Pullar v. Reino Unido*, afirmou que a intangibilidade da coisa julgada é um elemento constitutivo da essência do Estado de Direito e do princípio do primado da lei.⁷⁹

1.4.7 Juiz Natural

A garantia do juiz natural está enunciada na Constituição de 1988 nos incisos XXXVII (“não haverá juízo ou tribunal de exceção”) e LIII (“ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”) do art. 5º, decorrendo também das normas que enunciam os órgãos investidos de jurisdição (art. 92 e 98, I).

Leonardo Greco ensina que o juiz natural é “aquele a quem a lei confere in abstracto o poder de julgar determinada causa, que deve ter sido definido previamente pelo legislador por circunstâncias aplicáveis a todos os casos da mesma espécie”. Assim é que, “abolidos pelo Estado Democrático de Direito todos os privilégios de jurisdição, todos os cidadãos devem ser julgados pelos mesmos juízes, de acordo com as mesmas regras”, sem que ninguém possa ser “protegido por um juiz especial, como ninguém deve ser perseguido por um juiz ad-hoc”. Por tudo isso, “não basta que o órgão esteja predeterminado na lei, com anterioridade e generalidade”, mais do que isso, é preciso que a pessoa do juiz que exercerá a jurisdição tenha sido “investida através do procedimento legalmente previsto, caracterizado pela adoção de critério de escolha absolutamente impessoal, aplicável a todos os casos idênticos”.⁸⁰

Em suma, a garantia do juiz natural pressupõe a adequada investidura do juiz, a preexistência do órgão judiciário e a sua competência definida segundo a Constituição e a lei.⁸¹ Essa é uma garantia que se põe a serviço de uma série de outros valores que compõem a

⁷⁸ PICÓ I JUNOY. *Op. cit.* (*Las garantías...*). p. 69.

⁷⁹ GRECO. *Op. cit.* (*Resenha...*). Inédito.

⁸⁰ GRECO. *Op. cit.*, (*Garantias...*), p. 237.

⁸¹ Dinamarco também identifica o princípio do juiz natural a partir desse trinômio: a) julgamentos por juiz e não por outras pessoas ou funcionários; b) preexistência do órgão judiciário, sendo vedados, também para o processo civil, eventuais tribunais de exceção instituídos depois de configurado o litígio; c) juiz competente segundo a Constituição e a lei. *Op. cit.* (*Instituições...*), p. 203

noção de processo justo, servindo de esteio ao princípio da legalidade, da independência no exercício da função jurisdicional, da imparcialidade do julgador e da igualdade de tratamento entre os litigantes.

1.4.8 Motivação das decisões judiciais:

O princípio da motivação das decisões judiciais foi enunciado no art. 93, inc. IX, da Constituição, estando também presente no art. 458, inc. II, do CPC. Na verdade, em todas as constituições ou códigos processuais modernos, civis ou penais, a motivação é prescrita como um dos requisitos essenciais à sentença.⁸²

Exige-se, com isso, que a manifestação judicial possua justificação suficiente e idônea a embasar de maneira racional e lógica a decisão, de modo a evidenciar o respeito ao contraditório participativo e assegurar às partes o conhecimento das razões do que foi decidido. O requisito da motivação, segundo Calamandrei, tem uma função exortativa e pedagógica, fazendo com que o juiz desça ao nível dos jurisdicionados e, enquanto decide, explique as razões da sua decisão.⁸³

Michele Taruffo ensina que a obrigação de motivação transformou-se, ao longo dos séculos, de praxe em regra jurídica, e de regra jurídica no princípio geral que contribui para a racionalização do sistema de administração da justiça.⁸⁴ Para Taruffo, motivação é um discurso de estrutura aberta e de natureza heterogênea, assim compreendido como um conjunto de proposições que se relacionam para justificar a decisão.⁸⁵

Assim, a exigência de motivação serve de óbice ao arbítrio do juiz, assumindo uma nítida raiz democrática ao atuar como mecanismo de controle da atividade jurisdicional.

A obrigação de fundamentar não se considera cumprida pela mera emissão de uma declaração de vontade do órgão julgador, exigindo-se a enunciação de argumentos que fundamentam a decisão. Não se trata de exigir uma argumentação exaustiva, tampouco se impede uma fundamentação concisa;⁸⁶ o que se pretende é que o juiz exponha,

⁸² CALAMANDREI. *Op. cit.* (*Processo e democrazia...*), p. 664.

⁸³ CALAMANDREI. *Op. cit.* (*Processo e democrazia...*), p. 664: “*La motivazione è prima di tutto la giustificazione*”.

⁸⁴ TARUFFO, Michele. *Il Significato costituzionale dell’obbligo di motivazione. In Participação e processo*. Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Kazuo Watanabe (Coords.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988, pp. 37-50.

⁸⁵ TARUFFO, Michele. *La motivazione della sentenza civile*. Padova: CEDAM, 1975.

⁸⁶ PICÓ I JUNOY *Op. cit.* (*Las Garantias...*). p. 61: “Esta obligación de fundamentar las sentencias no puede considerarse cumplida con la mera emisión de una declaración de voluntad del juzgador, en un sentido o em outro, sino que el deber de motivación que la Constitución y la Ley exigen imponen que la decisión judicial

democraticamente, as razões pelas quais decidiu desta ou daquela maneira, à luz de tudo aquilo que se discutiu no curso do processo.⁸⁷

1.4.9 Publicidade

Outro instrumento de controle da atuação do juiz é a exigência de publicidade dos atos processuais, enunciada no art. 5º, inc. LX, e art. 93, inc. IX, da Constituição, servindo também como uma projeção do direito à informação (art. 5º, XIV). Por meio da publicidade dos atos processuais pretende-se que o juiz dê conta de seus atos não só aos sujeitos interessados, mas aos seus superiores hierárquicos, aos órgãos de controle da magistratura, à sociedade e ao público em geral.⁸⁸

Para Joan Picó i Junoy, o princípio da publicidade tem dupla finalidade, servindo para proteger as partes de uma justiça subtraída do controle público e para manter a confiança da comunidade nos tribunais.⁸⁹

Embora a excepcional supressão da publicidade seja legítima para a proteção da intimidade das partes, como nas causas de direito de família, em hipótese alguma ela pode impedir a presença dos seus advogados nos atos processuais, sendo essa uma consequência inarredável da norma constitucional que impõe plenitude de defesa.⁹⁰

1.4.10 Duração razoável do processo

esté precedida de la argumentación que la fundamente. No se trata de exigir a los órganos jurisdiccionales una argumentación extensa, exhaustiva o pormenorizada que vaya respondiendo, punto por punto, a cada una de las alegaciones de las partes, ni impedir la fundamentación concisa o escueta que em cada caso estimen suficiente quienes ejercen la potestad jurisdiccional”.

⁸⁷A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça orienta no sentido de que a sentença não precisa examinar ponto por ponto cada um dos argumentos trazidos pelo vencido, desde que apresente fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia posta (MC 18.259/PR, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 24/04/2012, publicado no DJe 02/05/2012). Segundo Joan Picó i Junoy é essa também a compreensão do Tribunal Constitucional espanhol, para quem “la exigencia de motivación no implica necesariamente una contestación judicial expresa a todas y cada una de las alegaciones de las partes” (*Op. Cit.* p. 61)

⁸⁸Para Enrique Vescovi, “si queremos publicidad – em lo cual no hay cuestionamiento – esta solo cabe a través del proceso oral (por audiência). Y, asimismo, si queremos um efectivo contralor popular del proceso este solo puede realizarse a través de dicho medio”. VESCOVI, Enrique. *Una forma natural de participación popular em el control de la justicia: el proceso por audiencia pública*. In *Participação e processo*. Ada Pelegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Kazuo Watanabe (Coords.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 371.

⁸⁹PICÓ I JUNOY. *Op. cit.* (*Las garantías...*). p. 116.

⁹⁰PINHO. *Op. cit.* (*Direito processual civil contemporâneo...*) p. 100: “Insero nos art. 5º, LX, e 93, IX, CF//88, constitui projeção do direito constitucional à informação e suporte para a efetividade do contraditório, garantindo o controle da sociedade sobre a atividade jurisdiccional desenvolvida. Significa que, em regra, o processo deve ser público e, apenas excepcionalmente, sigiloso – quando houver expressa previsão legal, notadamente, quando a defesa da intimidade ou do interesse público o exigirem”.

Embora já fosse uma consequência lógica da garantia síntese do devido processo legal⁹¹ e da exigência de efetividade que decorre do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, o princípio da razoável duração do processo foi introduzido expressamente na Constituição pela Emenda Constitucional nº 45, que acrescentou ao art. 5º o inciso 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”⁹².

A existência de um processo sem dilações indevidas é fundamental para a efetiva tutela concreta dos direitos, sendo conhecido ditado florentino segundo o qual “*giustizia ritardata, giustizia denegata*”. Mas é necessário estar atento para que a exigência de rapidez não prejudique o contraditório, tampouco retire do juiz o tempo necessário para conhecer das questões da causa (*veritas filia temporis*).⁹³ Afinal, como recorda Carlos Henrique Ramos, “o núcleo essencial da garantia da duração razoável do processo é o tempo necessário para assegurar o exercício do direito de defesa e a cognição adequada do juiz”.⁹⁴

Não se pode esquecer que o processo é uma relação jurídica dinâmica e como tal encontra no fator tempo um dos seus elementos característicos e naturais⁹⁵. Sob essa perspectiva, Crisanto Mandrioli afirma que os princípios do processo advindos da Constituição apontam para o ideal de um procedimento que se desenvolva o mais rápido possível, mas em tempo idôneo a consentir concretamente às partes a defesa dos seus direitos em um contraditório efetivo e direto.⁹⁶ De fato, as garantias fundamentais do processo não

⁹¹CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Garantia da prestação jurisdicional sem dilações indevidas como corolário do devido processo legal*. In: Devido processo legal e tutela jurisdicional. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993, pp.99-126.

⁹²Sobre o problema da duração dos processos ver BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O problema da duração dos processos: premissa para uma discussão séria*. In: *Temas de Direito Processual: nova série*. São Paulo: Saraiva, 2007, pp. 367-377

⁹³BIDART, Adolfo Gelsi. *Conciliación y proceso*. In: *Participação e processo*. Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Kazuo Watanabe. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988, p. 255: “*En el proceso se da, igualmente, la necesidad de un desarrollo temporal, um ‘procedere’, uma sucesión*”

⁹⁴RAMOS, Carlos Henrique. *Processo civil e o princípio da duração razoável do processo*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 132.

⁹⁵TROCKER. *Op. cit. (Processo civile e Costituzione...)*, p. 271: “In processo (...) é um rapporto giuridico dinamico e como tale trova nel fattore tempo uno dei suoi elementi caratteristici e naturali. Dal momento della sua instaurazione attraverso la proposizione della domanda in giudizio Esso deve passare per um certo numero di fasi intermedie strutturalmente e funzionalmente collegate, e abbisogna quindi di um certo lasso di tempo prima di poter raggiungere il suo epilogo naturale com la sentenza finale”.

⁹⁶MANDRIOLI, Crisanto. *Corso di Diritto Processuale Civile. I – Nozione Introduttive e Disposizioni Generali*. Terza edizione. Torino: G. Giappichelli Editore, 2003, p. 279: “... se, da um lato, è chiaro que i principi in discorso costituiscono um orientamento di politica legislativa che risale addirittura ad alcuni decenni prima della Costituzione repubblicana e che si traduce in uma serie di criteri de tecnica processuale, dall’altro lato, è ugualmente chiaro que l’idea di um processo il più possibile rapido ma al tempo stesso idoneo a consentire concretamente alle parti di difendere i loro diritti in um contraddittorio effettivo e diretto – è precisamente l’idea

compadecem com o imediatismo ou a precipitação, pois, como advertia Carnelutti, a semente da verdade não necessita de anos, senão de séculos para se tornar espiga.⁹⁷

No Projeto do novo Código de Processo Civil, que atualmente tramita na Câmara dos Deputados sob o nº 8.046/2010, o princípio da duração razoável do processo está enunciado no art. 4º, segundo o qual “As partes têm direito de obter em prazo razoável a solução integral da lide, incluída a atividade satisfativa”.

1.4.11 Devido processo legal

A garantia do devido processo legal funciona como uma síntese de todas as demais garantias, fechando o círculo das exigências constitucionais relativas ao processo.⁹⁸ Cuida-se de uma fórmula sintética destinada a afirmar a indispensabilidade de todas as outras garantias e a reafirmar a autoridade de cada uma.⁹⁹ Ao proclamar a garantia do devido processo legal, a Constituição não apenas pôs a salvo a liberdade e o patrimônio dos cidadãos, mas autolimitou o poder do Estado, submetendo-o a um feixe de normas de conteúdo democrático e humanista.

Carlos Roberto Siqueira Castro, dissertando sobre o devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, com notável acuidade afirma que:

se a Constituição assegura o direito à jurisdição, isto é, o direito à composição das lides pelo exercício sub-rogatório da soberania judicante do Estado, é lógico e jurídico que assegura, em acréscimo, o direito ao iter processual, segundo os postulados de igualdade e moralidade apregoados pelo sistema constitucional. Nem seria crível supor que a jurisdição monopolizada pelo Estado pudesse ser exercida a título de gravame aos jurisdicionados. Por isso, a tutela jurisdicional tem de ser prestada com justiça e superioridade ética, para que os litígios se solucionem secundum jus, sem o que a paz social não ficará devidamente recomposta¹⁰⁰.

Importante decorrência do princípio do devido processo legal é a garantia do duplo grau de jurisdição. Embora a Constituição não enuncie expressamente a obrigatoriedade de

che ispira l'orientamento della Costituzione repubblicana in tutte le sue disposizioni che comunque concernono il processo”.

⁹⁷CARNELUTTI, Francesco. *Trattato del processo civile. Diritto e processo*. Napoli: Morano Editore, 1958, p. 154.

⁹⁸NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 32: “bastaria a norma constitucional haver adotado o princípio do due process of law para que daí decorressem todas as conseqüências processuais que garantiriam aos litigantes o direito a um processo e a uma sentença justa. É, por assim dizer, o gênero do qual todos os demais princípios constitucionais do processo são espécies”.

⁹⁹DINAMARCO. *Op. Cit. (Instituições...)*, p. 243.

¹⁰⁰SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. 5. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 220.

um sistema de impugnação das decisões judiciais, se a lei cria determinado recurso, o acesso a ele se torna parte do direito à tutela jurisdicional efetiva e da garantia síntese do devido processo legal,¹⁰¹ devendo o Estado velar para que os jurisdicionados gozem plenamente das garantias fundamentais do processo perante a jurisdição recursal.¹⁰²

Com sabedoria Cândido Dinamarco afirma que o princípio do duplo grau de jurisdição constitui elemento do desejável equilíbrio entre a segurança jurídica e a ponderação nos julgamentos, razão por que “confinar os julgamentos em um só grau de jurisdição teria o significado de conter litigiosidades e permitir que os estados de insatisfação e desconfiança se perpetuassem – provavelmente acrescidos de revoltas e possíveis agravamentos”.¹⁰³

Em suma, o direito a um segundo julgamento por um tribunal de hierarquia superior é uma decorrência da garantia síntese do devido processo legal, uma consequência lógica dos dispositivos da Constituição que instituem os tribunais e fixam suas competências recursais, além de ser uma exigência do princípio democrático de limitação de poder.¹⁰⁴

1.5 Conclusão.

Como já foi dito, a comunhão dessas regras e princípios aponta para a construção de um *processo justo* e de *resultados justos*, de modo a oferecer aos litigantes, no *menor espaço de tempo possível*, mecanismos jurisdicionais capazes de garantir, *definitivamente*, a *eficácia concreta dos direitos*, no bojo de procedimentos que sejam conduzidos por juízes *independentes, imparciais* e que assegurem às partes litigantes tratamento *substancialmente isonômico* para o adequado exercício do *contraditório* e da *ampla defesa*.

Sendo o processo civil um instrumento pelo qual o Estado exerce uma de suas funções, esse instrumento deve também expressar os valores adotados pelo Estado, tal qual concebidos pela Constituição. Através da enunciação das garantias fundamentais do processo justo, pretende a Constituição afeioar o método de atuação do Estado-juiz aos valores que ela mesma adotou como fundamentais, de modo que se construa um processo democrático, participativo, humanizado, eficiente, impessoal e igualitário.

¹⁰¹PICÓ I JUNOY. *Op. cit. (Las Garantias...)*, p. 81: “... una vez diseñado el sistema de recursos por las leyes de enjuiciamiento de cada orden jurisdiccional, el derecho a su utilización pasa a formar parte del contenido de la tutela judicial efectiva.”

¹⁰²GRECO. *Op. cit. (Garantias...)*, pp. 225-286.

¹⁰³DINAMARCO. *Op. cit. (Instituições...)*, p. 237.

¹⁰⁴SENRA, Marcio. *O princípio do duplo grau de jurisdição e sua sede constitucional*. 2012. Inédito: “O princípio do duplo grau de jurisdição é um legítimo princípio constitucional implícito, autônomo, com existência comprovada na estrutura adotada pela Constituição para a edificação do Poder Judiciário. Além disso, decorre ele, ainda, do princípio da limitação do poder, do princípio do devido processo legal, e do princípio da justiça”.

Decerto que a mera previsão dessas garantias em sede normativa não é suficiente para que a realidade se transforme.¹⁰⁵ A construção de um processo justo não depende apenas de normas jurídicas, exigindo que se trilhe uma longa e talvez incessante caminhada em busca desse ideal, que passa também pela construção de uma sociedade mais justa e solidária. Como dizia Calamandrei, para fazer viver uma democracia não basta a razão codificada nas normas de uma Constituição democrática. É necessário que, por trás disso, haja uma vigilante e operosa presença de costumes democráticos que se traduzam, dia a dia, na vida da sociedade.¹⁰⁶

É necessário unir corações e mentes nesse propósito, reavaliar o ensino jurídico, humanizar as relações entre advogados e juízes, aprimorar os mecanismos de controle da magistratura e da advocacia, tudo de modo a resgatar a consciência de que o processo é, antes e acima de tudo, um instrumento de justiça e que deve expressar os valores de um verdadeiro Estado Democrático de Direito. Autoritarismo, corrupção, má-fé, omissão e individualismo ainda são mazelas muito presentes na nossa sociedade e que, naturalmente, são carregadas para o processo. A construção de um processo justo depende, portanto, da edificação de uma sociedade justa, sem o que todos os esforços normativos e acadêmicos serão em vão.

¹⁰⁵ GRECO, Leonardo. *Novas Perspectivas da Efetividade e do Garantismo Processual*. Inédito: “O processo civil brasileiro (...) ainda tem muito que se aperfeiçoar para que tenhamos um sistema judiciário plenamente inserido na efetividade e no garantismo”.

¹⁰⁶ CALAMANDREI. *Op. cit. (Processo e democrazia...)*, p. 637.

2 HERMENÊUTICA DAS GARANTIAS FUNDAMENTAIS DO PROCESSO JUSTO.

2.1 A distinção entre regras e princípios. Restrições às garantias fundamentais do processo justo.

As garantias fundamentais do processo justo foram enunciadas na Constituição brasileira de 1988 por meio de um conjunto de *regras e princípios*.

É usual distinguir as normas jurídicas nessas duas grandes categorias, a das regras e a dos princípios. Um critério muito utilizado para discernir regras de princípios é o da *generalidade*, segundo o qual princípios são normas com grau de generalidade relativamente alto, enquanto o grau de generalidade das regras é relativamente baixo. De fato, é fácil reconhecer que, de um modo geral, os princípios são dotados de uma certa generalidade, mas a existência de normas de alto grau de generalidade que não são princípios demonstra que o critério da generalidade é apenas relativamente correto, não sendo adequado para todos os casos.¹⁰⁷

Um outro critério para distinguir princípios de regras é o que leva em conta o caráter explícito do conteúdo axiológico. Realmente, os conteúdos axiológicos dos princípios são mais facilmente identificáveis que os das regras, o que não significa que as regras não possam trazer a enunciação explícita do valor que as orienta.

Fala-se também que os princípios são razões para regras, mas se esse critério estivesse inteiramente correto, princípios não poderiam servir como razões diretas para decisões concretas, o que significaria negar a eficácia concreta dos princípios. Além disso, é preciso reconhecer que as regras podem ser também razões para outras regras.¹⁰⁸

Segundo Robert Alexy, o ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios está em que os princípios são “mandamentos de otimização”, isto é, “são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”. Assim, ao contrário das regras, os princípios podem ser satisfeitos em graus variados, sendo que a medida de sua satisfação não depende apenas das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas, que são determinadas pelos princípios e regras

¹⁰⁷ Segundo Alexy, o critério da generalidade é repudiado por Larenz, para quem “não é o grau de generalidade que é decisivo para o princípio, mas a sua aptidão como razão fundamentadora”. Ver ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 87 e 109.

¹⁰⁸ ALEXY. *Op. Cit. (Teoria dos direitos fundamentais...)*, p. 107.

colidentes. As regras, por sua vez, são normas que são sempre “satisfeitas ou não satisfeitas”, sem possibilidade de gradações: “[se] uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível”.¹⁰⁹

Esse critério distintivo segundo o qual uma regra vale ou não vale, não se admitindo gradações, em muito se aproxima daquele defendido por Ronald Dworkin, para quem a aplicação da regra submete-se a um modelo de “tudo ou nada” (“*rules are applicable in an all-or-nothing fashion*”)¹¹⁰, ao passo que os princípios apenas contêm razões que indicam uma direção, mas não têm como consequência necessária uma determinada decisão.

Ana Paula de Barcellos bem explica o ponto, dizendo que:

Na concepção desse autores (Dworkin e Alexy), as regras têm estrutura biunívoca, aplicando-se de acordo com o modelo do ‘tudo ou nada’. Isto é, dado seu substrato fático típico, as regras só admitem duas espécies de situação: ou são válidas e incidem ou não incidem por inválidas. Juridicamente, uma regra vale ou não vale. Não se admitem gradações.¹¹¹

Para Alexy o *conflito entre regras* “somente pode ser solucionado se se introduz, em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se pelo menos uma das regras for declarada inválida”. Havendo conflito entre regras, sem que haja a inserção de uma cláusula de exceção, há de se adotar algum critério que faça prevalecer uma dessas duas regras, por exemplo, *lex posterior derogat legi priori* ou *lex specialis derogat legi generali*.

Já as colisões entre princípios devem ser solucionadas de forma completamente diversa. Se dois princípios colidem e um deles precisa ceder, isso não significa que o cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deva ser introduzido uma cláusula de exceção. Há que se verificar, no caso concreto, qual princípio tem maior peso e, portanto, qual deles deve prevalecer. Isso quer dizer que, nos casos concretos, os princípios tem pesos diferentes. Por isso, os conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios ocorrem na dimensão do peso.¹¹² Disso tudo resulta que princípios são sempre razões *prima facie*, ao passo que as regras são razões definitivas, salvo haja o estabelecimento de alguma exceção.¹¹³

¹⁰⁹ALEXY. *Op.cit.* (Teoria dos direitos fundamentais...), pp. 90-91.

¹¹⁰DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Havard University Press, 1988, pp. 24-26.

¹¹¹BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, pp. 181-182.

¹¹²ALEXY. *Op. cit.* (Teoria dos direitos fundamentais...), pp. 93 e 94.

¹¹³ALEXY. *Op. cit.* (Teoria dos direitos fundamentais...), p. 106.

Seguindo essa mesma linha de raciocínio, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco afirmam que as regras *exigem, proibem* ou *permitem* algo em termos categóricos, diante da ocorrência dos pressupostos fáticos que enunciam. Em razão disso, não seria viável estabelecer um modo gradual de cumprimento daquilo que a regra estabelece, resolvendo-se eventuais colisões entre regras pelos critérios usuais de validade, de modo que duas regras colidentes não podem conviver simultaneamente no ordenamento jurídico. Já os princípios, dizem os mesmos autores, são determinações voltadas para que determinado bem jurídico seja satisfeito e protegido na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas. Daí se dizer que os princípios são “mandamentos de otimização”, admitindo-se uma aplicação mais ou menos ampla de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas existentes, ao contrário da regra, cuja aplicação não admite gradações.¹¹⁴

Assim, os princípios que compõem as garantias fundamentais do processo justo não podem ser considerados absolutos, na justa medida que não podem ser aplicados consoante critérios de *melhor* aproveitamento e de *maior* realização em todo e qualquer procedimento e diante de toda e qualquer situação processual.¹¹⁵ Como já se afirmou, os princípios que enunciam direitos fundamentais expressam valores que devem ser realizados de forma ótima, na maior medida possível, *de acordo com as possibilidades jurídicas e fáticas existentes*.¹¹⁶

Desse modo, cabe ao legislador harmonizar as garantias fundamentais do processo com outros valores protegidos constitucionalmente, de acordo com os objetivos que pretende alcançar ao enunciar um determinado procedimento ou ao estabelecer um instituto de direito processual. Não se pode conceber a incidência ideal, permanente e simultânea de todas as garantias processuais na generalidade das hipóteses, sendo necessária uma disciplina

¹¹⁴ MENDES, COELHO e BRANCO, *Op. cit.* (*Curso de direito constitucional...*), pp. 273-274.

¹¹⁵ MENDES, COELHO e BRANCO, *Op. cit.* (*Curso de direito constitucional...*), pp. 230-231. “Tornou-se pacífico que os direitos fundamentais podem sofrer limitações, quando enfrentam outros valores de ordem constitucional, inclusive outros direitos fundamentais (...).Igualmente no âmbito internacional, as declarações de direitos humanos admitem expressamente limitações ‘que sejam necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral pública ou os direitos e liberdades fundamentais de outros’ (art. 18 da Convenção de Direitos Civis e Políticos de 1966, da ONU). A leitura da Constituição brasileira mostra que essas limitações são, às vezes, expressamente previstas no Texto. Até o elementar direito à vida tem limitação explícita no inciso XLVII, a, do art. 5º, em que se contempla a pena de morte em caso de guerra formalmente declarada (o direito de propriedade, de seu turno, encontra limitações tanto para a proteção de direitos ambientais como para atender a funções sociais, inclusive admitindo-se a desapropriação). Não há, portanto, em princípio, que falar, entre nós, em direitos absolutos. Tanto outros direitos fundamentais como outros valores com sede constitucional podem limitá-los”

¹¹⁶ Segundo Alexy, os princípios constitucionais estabelecem valores que devem ser realizados de forma ótima, consoante um critério de melhor aproveitamento, de melhor realização. A aplicação do princípio deve buscar o ponto ótimo, por isso que são eles denominados de mandamentos de otimização. A idéia de otimização propõe que os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, de acordo com as possibilidades jurídicas e fáticas existentes. ALEXY. *Op. cit.* (*Teoria dos direitos fundamentais...*), 85-95.

ordenadora que viabilize a coexistência desses princípios mediante a imposição de *limites*, sem que isso necessariamente importe em violação à Constituição.

Os princípios que enunciam as garantias fundamentais do processo justo veiculam comandos *prima facie*, que, portanto, podem sofrer restrições legislativas, operando uma diminuição da esfera máxima de incidência do direito, motivadas por conflitos existentes com outras garantias processuais ou com outros direitos e bens constitucionalmente tutelados.

Há de se compreender o conteúdo normativo de qualquer garantia fundamental do processo que decorra de princípios como um comando *prima facie*, a partir de um âmbito inicial abrangente. Esse comando normativo amplo, no entanto, não poderá, muitas vezes, ser efetivado em toda a sua extensão, na medida em que tenderá a entrar em conflito com o igualmente abrangente âmbito de proteção *prima facie* de outras garantias fundamentais do processo, ou com outros direitos e bens constitucionalmente tutelados, daí decorrendo a necessidade de restrição ponderada e proporcional das garantias processuais de acordo com o objetivo que o legislador pretende alcançar com o procedimento ou instituto de direito processual.¹¹⁷

Mas é claro que, quanto mais drástica for a restrição legislativa a uma garantia fundamental do processo justo, tanto maior terá que ser a importância da satisfação da garantia processual, do direito ou bem constitucionalmente tutelado que ampara a restrição.¹¹⁸

O ordenamento processual oferece inúmeros casos de como essas restrições manifestam-se na prática. Vimos, por exemplo, que a garantia da coisa julgada é um mecanismo imprescindível à afirmação do poder estatal de decidir coativamente os conflitos e que, por meio dela, a Constituição confere densidade normativa aos princípios da segurança jurídica e da confiança legítima, sendo também uma imposição lógica do direito fundamental à tutela jurisdicional. Ocorre que a própria lei restringe a intangibilidade da coisa julgada em prol do valor justiça das decisões judiciais, enunciando mecanismos pelos quais se permite rediscutir a matéria passada em julgado, seja pela via da ação rescisória, proposta nas hipóteses e no prazo legais (art. 485 e 495 do CPC), seja pela via da impugnação ao

¹¹⁷PEREIRA. *Op. cit. (Interpretação constitucional e direitos fundamentais...)*, p. 162: “[a] teoria externa, ao compreender o conteúdo normativo dos direitos como comandos *prima facie*, tenderá a definir o âmbito de proteção inicial dos direitos de modo bastante amplo, inserindo, neste, todo o tipo de posições jurídicas e condutas relacionadas com o comando normativo positivado na Constituição. Esse conteúdo *prima facie*, fixado com base em critérios bem flexíveis, não poderá, muitas vezes, ser efetivado em toda a sua extensão, porquanto tenderá a entrar em conflito com os âmbitos de proteção *prima facie* de outros direitos, também fixados de forma dilatada. Daí decorre a possibilidade de restrição dos direitos, determinando-se, mediante um juízo ponderativo orientado pelo princípio da proporcionalidade, o âmbito de proteção definitiva do direito”.

¹¹⁸Robert Alexy denomina isso de “*proporcionalidade em sentido estrito*”. ALEXY. *Op. cit. (Teoria dos direitos fundamentais...)* p. 593.

cumprimento da sentença (art. 475-L, § 1º) ou dos embargos de devedor (art. 741, parágrafo único), que permitem a alegação de inexigibilidade do título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo STF ou fundados em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo STF como incompatíveis com a Constituição.

De tudo isso resulta que os princípios que constituem as garantias fundamentais do processo, apesar de vincularem o legislador aos valores que eles expressam, podem e devem ser restringidos ou limitados, consoante um juízo ponderado de proporcionalidade.

2.2 Limites às restrições às garantias fundamentais do processo justo: reserva de lei, proporcionalidade e núcleo essencial.

O poder do legislador de *limitar* as garantias fundamentais do processo está também sujeito a *limites*. Em outras palavras, “*a atividade limitadora do Estado deve ser também uma atividade limitada*”.¹¹⁹

A Constituição brasileira, no entanto, não estabelece normas sistematizadas sobre o tema das limitações aos direitos fundamentais, como o faz, por exemplo, a Constituição portuguesa que, em seu art. 18, exige a “reserva de lei”, em sentido formal e material, impõe obediência a um critério de proporcionalidade, ao exigir que as restrições devem “limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos” e estabelece a intangibilidade do conteúdo essencial.

Assim preceitua o art. 18 da Constituição de Portugal:

Art. 18.

1. Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas.
2. A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.
3. As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais.

Esse balizamento estabelecido pela Constituição portuguesa pode, perfeitamente, ser adotado no Brasil.

Quanto à *reserva de lei*, ela representa uma forma de defesa do indivíduo frente as intervenções do Estado, impondo que essas intervenções estejam fundadas em atos gerais

¹¹⁹PEREIRA. *Op.cit.* (*Interpretação constitucional e direitos fundamentais...*), p. 297.

formulados pelo Legislativo.¹²⁰ Como afirma Jane Reis Gonçalves Pereira, “se tal exigência é aplicável nas hipóteses em que a Constituição autoriza expressamente a edição de lei restritiva, seria ilógico entendê-la dispensável quanto às restrições não expressamente autorizadas pela Constituição”.¹²¹

O imperativo de *proporcionalidade* também parece algo lógico e natural, já tendo sido ressaltado neste estudo que, quanto mais drástica for a restrição legislativa a uma garantia fundamental do processo, isto é, quanto maior for o grau de não-satisfação de um princípio ou regra integrante das garantias fundamentais do processo justo, tanto maior terá que ser a importância da satisfação da garantia processual, do direito ou bem constitucionalmente tutelado que ampara a restrição.

Por fim, a garantia da *intangibilidade do conteúdo essencial* decorre da necessidade de se respeitar em qualquer caso as faculdades típicas que integram o direito fundamental restringido, tal como definido na hipótese normativa, de acordo com o valor que a constituição visou em primeira linha proteger ao estabelecer autonomamente o direito fundamental. Assim, o núcleo essencial é o conteúdo mínimo do direito sobre o qual o legislador não pode penetrar.¹²²

Desse modo, somente a lei pode estabelecer restrições genéricas às garantias fundamentais do processo justo, mas isso desde que, consoante um critério ponderado de proporcionalidade, faça prevalecer uma outra garantia fundamental do processo ou outro bem ou direito constitucionalmente tutelado, sem, com isso, vulnerar o núcleo essencial da garantia processual restringida.¹²³

2.3 Conclusão

¹²⁰ Segundo Juan Carlos Gavara de Cara, no direito alemão a reserva da lei esteve historicamente ligada aos direitos fundamentais de liberdade e de propriedade, mas a jurisprudência do Tribunal Constitucional evoluiu para considerá-la aplicável a todos os direitos fundamentais, o que foi possível a partir da aceitação da ideia de um direito geral de liberdade que compreende toda e qualquer forma de exercício da liberdade humana. Assim, diante do papel central da lei em matéria de direitos fundamentais e do perigo de que ela se transformasse em instrumento posto em desserviço desses direitos é que foram introduzidas algumas garantias rígidas como: a vinculação direta do legislador aos direitos fundamentais (art. 1 par. 3 Lei Fundamental de Bonn - LFB), a garantia do conteúdo essencial (art. 19 par 2 LFB) e a garantia da intangibilidade dos direitos fundamentais (art. 79 par 3 LFB). Ver GAVARA DE CARA, Juan Carlos. *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo: la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales em la Ley Fundamental de Bonn*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994, pp. 137-149.

¹²¹ PEREIRA. *Op.cit. (Interpretação constitucional e direitos fundamentais...)*, p. 306

¹²² VIEIRA DE ANDRADE *Op. cit. (Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976...)*. p. 167-196

¹²³ MENDES, COELHO e BRANCO *Op. cit. (Curso de direito constitucional...)*, p. 235: “A vinculação do legislador aos direitos fundamentais significa, também, que, mesmo quando a Constituição entrega ao legislador a tarefa de restringir certos direitos (p. ex., o de livre exercício de profissão), há de se respeitar o núcleo essencial do direito, não se legitimando a criação de condições desarrazoadas ou que tornem impraticável o direito previsto pelo constituinte”.

Resulta daquilo que foi exposto neste capítulo que os princípios que integram as garantias fundamentais do processo justo não são absolutos, expressando comandos *prima facie* que podem ser restringidos, sem que isso necessariamente expresse uma inconstitucionalidade. Tais princípios precisam ser harmonizados pelo legislador e, dessa forma, podem sofrer restrições legislativas, operando uma diminuição da sua esfera máxima de incidência. Um comando normativo principiológico amplo não pode, muitas vezes, ser efetivado em toda a sua extensão, na medida em que tenderá a entrar em conflito com o igualmente abrangente âmbito de proteção *prima facie* de outros princípios, daí decorrendo a necessidade de restrição.

No entanto, essa atividade de limitação genérica aos direitos fundamentais é também uma atividade que sofre limites (são os chamados *limites dos limites*), na medida em que o seu exercício se submete à reserva de lei, a um critério de proporcionalidade e à intangibilidade do conteúdo essencial.

3 UMA BREVE RETROSPECTIVA DA HISTÓRIA DO MANDADO DE SEGURANÇA.

Enquanto o Brasil esteve sob dominação portuguesa não se concebia a existência de formas realmente satisfatórias de tutela do cidadão contra atos ilegais praticados pela Administração Pública, que se confundia com a figura irresponsável do monarca absolutista.¹²⁴

Com a independência do Brasil, Dom Pedro I criou, por decreto de 22.11.1823, um Conselho de Estado de nítida inspiração dualista francesa, rompendo com a tradição lusitana de unidade da jurisdição.¹²⁵ Esse Conselho era dividido em quatro seções (cujas competências reuniam as dos ministérios), perante as quais podiam ser instaurados *contenciosos administrativos*.¹²⁶ Embora de maneira incipiente, tem início no Brasil o controle da legalidade dos atos da Administração.

A partir da vigência da Constituição republicana de 1891 foi abolido o *contencioso administrativo* e retomada a unidade de jurisdição, passando todas as causas de competência do Conselho de Estado para o Poder Judiciário, o qual haveria de aplicar a legislação processual civil, que, no entanto, já naquela época não se caracterizava pela rapidez ou eficácia, notadamente quando se tratava de oferecer a tutela específica dos direitos em vez do equivalente pecuniário.

Uma festejada medida de proteção dos direitos do cidadão foi adotada na última década do século XIX, com a aprovação da Lei nº 221, de 20 de novembro de 1894, que, a par de organizar a “Justiça Federal da República”, instituiu uma espécie de ação anulatória dos atos da Administração. Por meio dessa ação, juízes e tribunais federais poderiam julgar as causas fundadas na lesão a direitos individuais por atos ou decisões de autoridades administrativas federais, que se sujeitavam a sanções penais e administrativas no caso de descumprimento da decisão judicial.¹²⁷

¹²⁴GRECO, Leonardo. *Natureza jurídica do mandado de segurança*. Rio de Janeiro: Separata da “Revista Arquivos do Ministério da Justiça”, n. 129, 1974. p. 44: “A proteção dos direitos individuais despontou na História dos povos a partir do momento em que, abandonado o absolutismo monárquico, o Estado impôs-se o dever de garantir a liberdade dos particulares contra o arbítrio dos seus próprios agentes”.

¹²⁵Curioso o fato de que, sob um modelo constitucional baseado no Poder Moderador, em que todos os Poderes convergiam na figura do monarca, possa ter sido implementado um sistema de jurisdição dualista, que se baseia numa visão quase que radical do princípio da separação de Poderes.

¹²⁶De toda forma, como recorda Celso Agrícola Barbi, exercendo o Imperador o Poder Moderador, podia ele decidir os “objetos contenciosos” com ou sem a audiência do Conselho. Ver BARBI, Celso Agrícola. *Do mandado de segurança*. 9. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2000, pp.25-29.

¹²⁷Art. 13. Os juizes e tribunaes federaes processarão e julgarão as causas que se fundarem na lesão de direitos individuaes por actos ou decisão das autoridades administrativas da União. § 1º As acções desta natureza

No entanto, os resultados práticos dessa ação não estiveram à altura das expectativas que ela criou, conforme narrou, anos mais tarde, o deputado Alcântara Machado, ex-presidente da Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, Os fatos desmentiram as esperanças do legislador. Ou pela incompreensão dos juízes ou pela inércia dos interessados, ou pela imperfeição do sistema, a verdade é que, na prática, a ação especial se mostrou destituída da eficiência reclamada.¹²⁸

Para contornar essas deficiências é que surgem as primeiras tentativas de utilização dos procedimentos possessórios contra o Poder Público para a defesa da “*posse dos direitos pessoais*”. Foi o próprio Rui Barbosa que, em 23 de julho de 1896, representando um grupo de professores da Escola Politécnica, invocou o remédio possessório para pleitear a manutenção na “posse” de seus cargos, de que foram suspensos, por três meses, por ato do Ministro da Justiça e Negócios Interiores. Em sua petição, Rui Barbosa sustentou que a suspensão ilegal dos cargos importava em turbação na “posse” de direito, razão pela qual seu remédio estava “nos interditos possessórios, instrumentos judiciários de tutela do direito que, sem mudar de natureza, se vão adaptando, com a evolução jurídica, às novas aplicações da posse, às necessidades ulteriores de sua proteção”.¹²⁹

Foi também desde os primórdios da República que se iniciou o movimento de ampliação do campo de incidência do *habeas corpus*, para que esse instrumento fosse utilizado não apenas para a tutela da liberdade de locomoção, mas para a garantia de qualquer direito lesado por ato ilegal do Poder Público. Esse movimento, que ficou conhecido como a “doutrina brasileira do *habeas corpus*”¹³⁰ e do qual também fez parte Rui Barbosa, baseou-se no fato de que a enunciação do *habeas corpus* na Constituição de 1891 (art. 72, § 22)¹³¹ não vinculava o instituto apenas à liberdade de ir e vir, concebendo-o, genericamente, para qualquer hipótese em que o indivíduo sofresse ou se achasse em iminente perigo de sofrer *violência ou coação por ilegalidade ou abuso de poder*.¹³²

sómente poderão ser propostas pelas pessoas ofendidas em seus direitos ou por seus representantes ou sucessores. (...) § 9º Verificando a autoridade judiciaria que o acto ou resolução em questão é ilegal, o annullará no todo ou em parte, para o fim de assegurar o direito do autor. (...) § 12. A violação do julgado por parte da autoridade administrativa induz em responsabilidade civil e criminal.

¹²⁸MACHADO, Alcântara *apud* NUNES, Castro. *Do mandado de segurança e de outros meios de defesa contra atos do poder público*. 7. ed., atualizada por José de Aguiar Dias. Rio de Janeiro, Forense, 1967, p. 18.

¹²⁹BUZAID, Alfredo. *Do Mandado de Segurança*. Vol 1. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 27.

¹³⁰WALD, Arnold. *O mandado de segurança*. Rio de Janeiro: Serviço de Documentação do DASP, 1955, p. 25.

¹³¹Art. 72, § 22 – “Dar-se-á o *habeas corpus*, sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência ou coação por ilegalidade ou abuso de poder” (redação original).

¹³²BUZAID. *Op. cit.* (*Do mandado de segurança...*), pp. 27-28: “A inexistência de um remédio legal específico, destinado a garantir direitos individuais ameaçados ou violados por ato de autoridade, não obstou ainda a que os juristas brasileiros, desde os primórdios da República, cujas instituições foram malferidas por presidentes, ministros e outros mandatários obsecados pelo fascínio do poder, procurassem uma fórmula de solução, posto

No entanto, a reforma constitucional de 1926 acabou por ceifar a “doutrina brasileira do *habeas corpus*” ao estabelecer nova enunciação ao instituto, dessa vez vinculando-o expressamente à liberdade de locomoção.¹³³ Nas palavras de Herculano de Freitas, relator geral do projeto de reforma, “se as nossas leis processuais se acham desprovidas de meios rápidos e eficientes para reparar a ofensa a respeitáveis direitos, é o caso de se criarem e regularem remédios judiciais, sem desnaturar o *habeas corpus*, aplicando-o a fins a que se não deve prestar...”.¹³⁴

Somente em 1934 é que surgiu o mandado de segurança, desde logo consagrado em sede constitucional como remédio destinado à defesa de “direito, certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade”.¹³⁵ Sob a égide da Constituição de 1934 foi editada a primeira lei que regulou o mandado de segurança: a Lei nº 191, de 16 de janeiro de 1936, que, na linha da Constituição então em vigor, também atrelava o cabimento do mandado de segurança à tutela do “direito certo e incontestável”, ameaçado ou violado por ato “*manifestamente ilegal ou inconstitucional*”.

Com o advento do Estado Novo e da autoritária Constituição de 1937, o mandado de segurança deixou de ter previsão constitucional, passando a ser regulado apenas em sede infraconstitucional pela Lei nº 191/36. A ditadura Vargas, além de desconstitucionalizar o mandado de segurança, impôs restrições legislativas ao seu cabimento, notadamente pela via dos Decretos-Leis nºs 6 e 96, ambos de 1937, que afastaram a possibilidade de impugnação de atos praticados pelo Presidente da República, Ministros de Estado, Governadores, interventores e pelo Prefeito do Distrito Federal.

que não muito ortodoxa. À míngua de um instrumento apto, adequado e eficaz, recorreram, para preencher a lacuna da ordem jurídica positiva, ao instituto do *habeas corpus*, que a Constituição de 1981 vinha de sancionar no art. 72, § 22, nos seguintes termos: “Dar-se-á o *habeas corpus* sempre que um indivíduo sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação por ilegalidade ou abuso de poder” (...). Graças à redação dada pela Constituição de 1981, foi possível prosperar um conceito amplo de *habeas corpus*, abrangendo em seu campo de aplicação casos de prisão militar, administrativa, de exercício de funções públicas ou de profissão, de intervenção do governo federal nos negócios dos Estados e outros. Esta orientação da jurisprudência foi denominada de doutrina brasileira do *habeas corpus*”.

¹³³ Art. 72, § 22 – “Dar-se-á o *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência por meio de prisão ou constrangimento ilegal em sua liberdade de locomoção” (*redação dada ao dispositivo constitucional pela reforma de 03 de setembro de 1926*).

¹³⁴ FREITAS, Herculano de. *apud*. Castro Nunes, *Op. cit.* (*Do mandado de segurança*), p. 20.

¹³⁵ Por expressa disposição do art. 113, nº 33, da Constituição de 1934, o procedimento aplicável ao mandado de segurança seria o do *habeas corpus*. Art. 113. “33) Dar-se-á mandado de segurança para defesa do direito, certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade. O processo será o mesmo do *habeas corpus*, devendo ser sempre ouvida a pessoa de direito público interessada. O mandado não prejudica as ações petitorias competentes”.

A Lei nº 191/36 continuou em vigor regulando o processo do mandado de segurança até o surgimento do Código de Processo Civil de 1939, que, nos artigos 319 a 331, passou a reger o instituto, trazendo em seu bojo uma violenta restrição ao cabimento do mandado de segurança: o inciso IV do art. 320 impedia sua impetração em matéria tributária, salvo se a lei, para assegurar a cobrança do tributo, estabelecesse providências restritivas da atividade profissional do contribuinte.¹³⁶

O CPC de 39, na linha da legislação que lhe foi anterior, também dizia que o mandado de segurança destinava-se à defesa de direito “*certo e incontestável*, ameaçado ou violado por ato *manifestamente* inconstitucional ou ilegal” (art. 319).

Desde os primeiros anos de sua criação, ao se exigir que o direito objeto da tutela pelo mandado de segurança fosse *certo e incontestável* e, ademais, violado ou ameaçado por ato *manifestamente* inconstitucional ou ilegal, majoritariamente atribuía-se ao instituto um *caráter excepcional e restrito à resolução de casos simples*, tanto que, em acórdão datado de 22 de novembro de 1935, relatado pelo Ministro Bento de Faria, no mandado de segurança nº 280, o Supremo Tribunal Federal afirmou que o “direito certo e incontestável” é aquele contra o qual “não se podem opor motivos ponderáveis e sim meras alegações, cuja improcedência se reconhece imediatamente, sem necessidade de detido exame”.¹³⁷

Nessa mesma linha, em parecer publicado no Jornal do Commercio de 28 de agosto de 1934, Carlos Maximiliano, então procurador-geral da República, afirmou que o direito certo e incontestável, objeto de tutela pelo mandado de segurança, era apenas o “direito translúcido, evidente, acima de toda dúvida razoável, apurável de plano, sem detido exame nem laboriosas cogitações”.¹³⁸

Ocorre que mesmo o STF, apesar de haver adotado em diversos julgados essa diretriz restritiva, outras tantas vezes afastou-se da estreiteza decorrente da conceituação literal de “direito certo e incontestável” para resolver questões da mais alta indagação, como a que envolveu a chamada “cota de sacrifício” da política econômica do café que, de 1931 a 1944, impôs, dentre outras medidas de forte intervenção na economia, o controle de preços e a incineração de mais de 78 milhões de sacas de café. De efeito, no mandado de segurança nº 356 (DF), impetrado contra ato do Departamento Nacional do Café, julgado em 16 de abril de 1937, o Supremo Tribunal Federal considerou que as medidas do governo Vargas de

¹³⁶“Art. 320. Não se dará mandado de segurança, quando se tratar: IV, de impostos ou taxas, salvo se a lei, para assegurar a cobrança, estabelecer providências restritivas da atividade profissional do contribuinte”.

¹³⁷NUNES. *Op. cit.* (Do mandado de segurança). p. 71.

¹³⁸MAXIMILIANO, Carlos. *apud* NUNES. *Op. cit.* (Do mandado de segurança), p. 71.

sacrifício do direito de propriedade estavam amparadas na letra *I*, do inciso XIX, do art. 5º, da Constituição de 1934, que atribuía à União a competência para legislar sobre o comércio, a produção e o consumo, “podendo estabelecer limitações exigidas pelo bem público”.¹³⁹

Mesmo antes, em 09 de dezembro de 1936, o Ministro Costa Manso, em voto proferido no mandado de segurança nº 333, já afirmava que, nessa espécie de ação, desde que “o fato seja certo e incontestável, resolverá o juiz a questão de direito, por mais difícil e intrincada que se apresente, para conceder ou denegar o mandado de segurança”.¹⁴⁰

Como lembra Eduardo Arruda Alvim, em 1945, o então Ministro Orosimbo Nonato, em voto proferido no STF, alertava para o fato de que a interpretação que restringia a admissão do mandado de segurança a questões simples era perigosa, pois, sendo aceita, “nenhum ato ofereceria matéria a mandado de segurança, pois muito rara é a regra de direito ou princípio jurídico que não sofre crítica, revisão ou restrição”.¹⁴¹

Em 1946 o Brasil experimenta um período de redemocratização e o mandado de segurança retorna à Constituição. No Texto de 1946 o constituinte não repetiu a expressão direito “*certo e incontestável*”, tampouco fez referência a atos “*manifestamente*” ilegais ou inconstitucionais. Tais expressões foram substituídas pela cláusula que nos acompanha até hoje e que se refere ao “*direito líquido e certo*”.¹⁴²

Foi sob a égide da Constituição de 1946 que se deu a edição da Lei nº 1.533, de 31 de dezembro de 1951, diploma que vigorou em nosso país por quase seis décadas e sobreviveu a três constituições e a uma ditadura militar.

A Constituição de 1967, embora produto de um regime de exceção, manteve a previsão da garantia do mandado de segurança,¹⁴³ quadro que não se alterou com o Texto de 1969¹⁴⁴ e com a Constituição de 1988,¹⁴⁵ sob cuja égide foi editada a atual Lei nº 12.016/2009.

¹³⁹LEOPOLDI, Maria Antonieta. *A economia política do primeiro governo Vargas (1930-1945): a política econômica em tempos de turbulência. In O Brasil Republicano. Livro 2. O tempo do nacional-estatismo: do início da década de 1930 ao apogeu do Estado Novo.* Jorge Ferreira e Lucilia de Almeida Neves Delgado (Org.). Rio de Janeiro, Editora Civilização Brasileira, 2003, p. 245.

¹⁴⁰ARRUDA ALVIM, Eduardo. *Mandado de segurança.* 2.ed. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010, p. 100.

¹⁴¹ARRUDA ALVIM, *Op. Cit. (Mandado de segurança)*, p. 89 e 90.

¹⁴²Dizia o § 24, do art. 141, da Constituição de 1946, que “Para proteger direito líquido e certo não amparado por habeas corpus, conceder-se-á mandado de segurança, seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder”.

¹⁴³Dizia o § 21, do Art. 150: “Conceder-se-á mandado de segurança, para proteger direito individual líquido e certo não amparado por habeas corpus, seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder”.

¹⁴⁴Art. 153, “§ 21: Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo não amparado por habeas corpus, seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder”.

4 OS ELEMENTOS ESTRUTURANTES DO MANDADO DE SEGURANÇA NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988.

A Constituição brasileira de 1988 enunciou, no inciso LXIX do art. 5º, os principais elementos do mandado de segurança. Consoante a norma constitucional, “[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”.¹⁴⁶

4.1 Direito líquido e certo.

A Constituição de 1988, no inciso LXIX do art. 5º, afirma que o mandado de segurança destina-se à proteção de direito líquido e certo, o que se repete, em sede infraconstitucional, no atual art. 1º da Lei nº 12.016/2009.

Modernamente, a noção de direito líquido e certo não pode estar associada a qualquer caráter axiomático do direito cuja tutela se pretende no mandado de segurança, estando superada a lição de Alfredo Buzaid, segundo a qual o direito líquido e certo é aquele insuscetível de contestação, estremado de dúvida e isento de controvérsia”.¹⁴⁷ Igualmente superada a lição de José Cretella Júnior, para quem “o conceito de direito líquido e certo é a idéia de sua incontestabilidade, isto é, uma afirmação jurídica que não pode ser séria e validamente impugnada pelo Poder Público que praticou um ato ilegal ou de abuso de poder”.¹⁴⁸

Na atualidade, não há mais como supor que a complexidade do debate jurídico ou o caráter controvertido do direito impeça a impetração do mandado de segurança, sendo essa,

¹⁴⁵ 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”.

¹⁴⁶ Não discrepa muito a redação do art. 1º da Lei 12.016, de 2009: “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”.

¹⁴⁷ BUZOID, Alfredo. *Do mandado de segurança*. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 88: “O que, a nosso ver, esclarece o conceito de direito líquido certo é a idéia de sua incontestabilidade, isto é, uma afirmação jurídica que não pode ser séria e validamente impugnada pela autoridade pública, que pratica um ato ilegal ou de abuso de direito. (...). Se surgir a seu respeito qualquer controvérsia, quer de interpretação, quer de aplicação, já não pode constituir fundamento para a impetração do mandado de segurança”.

¹⁴⁸ CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à lei do mandado de segurança: (de acordo com a Constituição de 1988 e da nova lei do agravo)*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 89

aliás, a orientação da Súmula 625 do STF, que diz: “Controvérsia sobre matéria de direito não impede concessão de mandado de segurança”.

Como bem disse Barbosa Moreira,

nós que lidamos com matéria jurídica sabemos perfeitamente que seria muito difícil imaginar uma situação que se pudesse dizer ao abrigo de toda e qualquer controvérsia, de toda e qualquer contestação. Na prática do foro, a utilidade do mandado de segurança ficaria reduzida a quase nada, porque bastaria que, ao prestar informações, a autoridade apontada como coatora discutisse a existência do alegado direito, com argumentos que não fossem totalmente vazios de sentido para que já se não pudesse falar de direito líquido e certo....¹⁴⁹

É também bastante conhecida a definição de Hely Lopes Meirelles, para quem direito líquido e certo é aquele que se apresenta *manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercido no momento da impetração*. Para o autor, o direito somente seria líquido e certo desde que expresso em norma legal de forma incontestável, seus eventuais requisitos e condições configurados e, além disso, fundado em fatos comprovados de plano.¹⁵⁰

Apesar de o autor reconhecer que a expressão direito líquido e certo refere-se aos fatos e não ao direito, aqueles devendo ser comprovados de plano, seu conceito em parte ainda está contaminado pela concepção dita já superada, na medida em que supõe o direito líquido e certo como algo que decorra expressamente de norma legal e seja manifestamente existente.¹⁵¹⁻¹⁵²

Na verdade, liquidez e certeza são atributos que se agregam aos fatos. São os fatos constitutivos do direito do impetrante que precisam ser líquidos e certos, no sentido de que possam ser demonstrados de plano, independentemente de dilação probatória. O direito líquido e certo, portanto, é aquele que decorre de fatos *comprováveis e comprovados*

¹⁴⁹ BARBOSA MOREIRA. *Op. cit.* (Mandado de segurança – uma apresentação), p. 80.

¹⁵⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança – ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, “habeas data”*. 21 ed. São Paulo, Malheiros, 1999, p. 35.

¹⁵¹ Carlos Alberto Menezes Direito trilhou por caminhos semelhantes, dizendo que a expressão original “direito certo e incontestável” seria “*bem mais feliz*” que a atual. Para o autor, a expressão direito líquido e certo “tem o alcance próprio de direito manifesto, evidente, que exsurge da lei com clareza, ‘que é sobranceiro a qualquer dúvida razoável e maior do que qualquer controvérsia sensata’”. Ver DIREITO. Carlos Alberto Menezes. *Manual do mandado de segurança*. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, pp. 61 e 62.

¹⁵² Em sentido diametralmente oposto, André Ramos Tavares afirma que, ao se “abraçar tese tão esdrúxula que admitia apenas o direito ‘evidente’, ter-se-ia a verificação do cabimento do mandado de segurança de acordo com a capacidade intelectual de cada magistrado, de maneira que os de pouca proximidade com o tema debatido poderiam considerar qualquer causa como complexa e, pois, inviável de ser veiculada e defendida por meio do mandado de segurança”. Mais adiante Tavares afirma que “direito líquido e certo não se refere nem ao Direito em si mesmo e abstratamente considerado, nem à regência das leis, nem à relação entre caso concreto e Direito positivo. São os fatos e o caso concreto que devem ser apresentados de maneira líquida e certa, por parte do impetrante, porque dessa demonstração depende o magistrado para bem formular a norma”. Ver TAVARES, André Ramos. *Manual do novo mandado de segurança: Lei 12.016/2009*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, pp. 30 e 31.

documentalmente por ocasião da propositura da ação. O direito será líquido e certo desde que seus fatos constitutivos possam ser demonstrados documentalmente e de plano, sem a necessidade de outras provas realizáveis no curso do procedimento. Por isso, o direito líquido e certo ostenta uma natureza processual, na medida em que a liquidez e certeza são exigências que se apresentam no plano da admissibilidade do pedido, sendo sua presença necessária para que se possa chegar ao julgamento de mérito.

Diverge a doutrina, no entanto, sobre o melhor enquadramento dessa exigência na teoria do direito processual.

Segundo Eduardo Arruda Alvim, a exigência de direito líquido e certo é uma condição da ação do mandado de segurança, estabelecida no patamar constitucional, que se acresce às condições genéricas.¹⁵³ Também nesse sentido Pedro Roberto Decomain¹⁵⁴ e Sérgio Ferraz¹⁵⁵, para quem o direito líquido e certo é *condição especial* da ação de mandado de segurança.

Para Cassio Scarpinella Bueno essa exigência está ligada à adequação do meio processual empregado pelo demandante, razão pela qual se situa no âmbito do *interesse de agir*. É, assim, condição da ação, mas não uma condição especial e sim uma manifestação da condição genérica interesse de agir,¹⁵⁶ com o que concordam Bruno Garcia Redondo, Guilherme Perez de Oliveira e Ronaldo Cramer.¹⁵⁷

Na visão de Luiz Fux a impetração do mandado de segurança sem a demonstração pré-constituída dos fatos implica na inadequação da via eleita, razão pela qual a exigência é um *pressuposto processual* objetivo, concernente à adequação do procedimento.¹⁵⁸ Nesse mesmo mesmo sentido é a opinião Leonardo Greco, para quem se trata “de pressuposto processual objetivo (adequação do procedimento) que não subtrai do autor o direito à jurisdição sobre o litígio, mas apenas invalida a sua busca através da via do mandado de segurança”.¹⁵⁹

Independentemente dessa divergência, de um modo geral concordam autores e tribunais que, se os fatos forem comprovados de plano, deve o juiz resolver o mérito. Por outro lado, se os fatos não forem comprovados de plano, caberá então ao juiz extinguir o

¹⁵³ARRUDA ALVIM. *Op. cit. (Mandado de segurança...)*, p. 103.

¹⁵⁴DECOMAIN, Pedro Roberto. *Mandado de segurança: o tradicional, o novo e o polêmico na Lei 12.016/09*. São Paulo: Dialética, 2009, p. 30.

¹⁵⁵FERRAZ. *apud* TAVARES. *Op. cit. (Manual...)*, p. 30.

¹⁵⁶BUENO, Cassio Scarpinella. *Mandado de segurança. Comentários às Leis 1.533/51, 4.348/64 e 5.021/66*. 2. Ed., revista e atualizada. 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 16.

¹⁵⁷REDONDO Bruno Garcia; OLIVEIRA, Guilherme Peres de; e CRAMER, Ronaldo. *Mandado de segurança: comentários à Lei n. 12.016/2009*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009, p. 44.

¹⁵⁸FUX, Luiz. *Mandado de segurança*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 47.

¹⁵⁹GRECO, Leonardo. *A teoria da ação no processo civil*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 44.

processo sem resolução do mérito, o que não inviabiliza a tutela do direito pelas vias ordinárias, mediante ampla atividade probatória.

4.2 Não amparado por "*habeas-corpus*" ou "*habeas data*"

Em seu inciso LXIX, do art. 5º, a Constituição enuncia o caráter residual do mandado de segurança ao dispor que ele será concedido desde que o direito objeto da tutela pleiteada não seja amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*. Trata-se, portanto, de um requisito negativo de admissibilidade da ação do mandado de segurança, enunciado em sede constitucional e reafirmado no art. 1º da Lei nº 12.016/2009.

Em linhas gerais, portanto, não será admitida a impetração do mandado de segurança se o direito, embora líquido e certo, corresponder ao acesso a “informações relativas à pessoa do impetrante” ou à “retificação de dados”, quando então será cabível o *habeas data* (Art. 5º, inc. LXXII, da Constituição).¹⁶⁰ Do mesmo modo, não será cabível o mandado de segurança quando o que pretender o impetrante for a tutela do “direito de locomoção”, hipótese em que será cabível o *habeas corpus* (LXVIII).¹⁶¹

4.3 Ilegalidade ou abuso de poder

Ainda nos termos do inciso LXIX, do art. 5º, da Constituição, o mandado de segurança destina-se a impugnar atos *ilegais* ou *abusivos*. Como afirma Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, qualquer que seja a espécie de mandado de segurança, preventivo ou repressivo, exige-se “a perfeita individualização do ato no qual o Impetrante baseia o seu direito”, sendo “fundamental a indicação do ato concreto que se pretende ferir com fulcro em prova documental pré-constituída”.¹⁶²

Do mesmo modo que o dispositivo constitucional, o art. 1º da Lei nº 12.016/2009 também menciona a ilegalidade e o abuso de poder ao qualificar os atos contra os quais se pode impetrar o mandado de segurança.

¹⁶⁰ “LXXII - conceder-se-á “habeas-data”: a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público; b) para a retificação de dados, quando não se prefera fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo;”

¹⁶¹ “LXVIII - conceder-se-á “habeas-corpus” sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder;”

¹⁶²CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *A atuação do Ministério Público na área cível. Temas diversos. Pareceres*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1996, pp.300-301.

Segundo José Carlos Barbosa Moreira, o “conceito de ilegalidade obviamente se define por oposição, por contraste”. É ilegal “tudo aquilo que não está de acordo com a lei”. Já o ato abusivo, também segundo Barbosa Moreira, é aquele praticado com *desvio de finalidade*, isto é, quando a autoridade o pratica “fora das finalidades próprias para as quais a lei lhe conferiu aquele poder”. Além disso, o ato seria abusivo quando a autoridade o pratica com “excesso de rigor, adotando a providência que não é proporcional ao resultado que se deseja atingir”.¹⁶³

José Cretella Júnior percorre caminhos semelhantes, mas não idênticos, dizendo que a ilegalidade configura-se, de um modo geral, pela contrariedade ao direito, ao passo que o abuso de poder ocorre quando o agente pratica o ato fora de sua competência (excesso de poder) ou distorce a finalidade para a qual o ato foi concebido (desvio de poder).¹⁶⁴

Outro que aborda a questão em termos parecidos é Cassio Scarpinella Bueno, para quem a ilegalidade corresponde a desconformidades ocorridas em atos vinculados, ao passo que a expressão abuso de poder corresponde aos atos discricionários, para os quais se viabiliza maior flexibilidade do administrador no tocante aos motivos e à finalidade do ato.¹⁶⁵

Processualmente, no entanto, a discussão não tem grande relevância, na medida em que não haverá consequências processuais distintas conforme ocorra o reconhecimento judicial de que o ato foi ilegal ou abusivo. Em uma ou em outra hipótese haverá a concessão da ordem e a anulação do ato da Administração.

4.4 Autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público

O inciso LXIX, do art. 5º, da Constituição termina por dizer que o mandado de segurança pode ser impetrado contra ato de “autoridade pública” ou “agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do poder público”. Desenvolvendo os conceitos enunciados na Constituição, o art. 1º da Lei nº 12.016/2009 afirma que o ato contra o qual se pode impetrar o mandado de segurança independe da *categoria* e das *funções* da autoridade que o pratique.¹⁶⁶

¹⁶³BARBOSA MOREIRA, *Op. cit.* (*Mandado de segurança – Uma apresentação...*), p. 80.

¹⁶⁴CRETILLA JÚNIO *Op. cit.* (*Comentários...*), p. 101-104.

¹⁶⁵SCARPINELLA BUENO. *Op. cit.* (*Mandado de segurança...*), p. 17.

¹⁶⁶“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

Adequado dizer que a autoridade, para efeitos de impetração do mandado de segurança, é a pessoa que, em nome da pessoa jurídica à qual esteja vinculada, tenha *poder de decisão*, o que se identifica com o *poder de desfazimento* do ato impugnado no mandado de segurança. Nesses termos, o art. 1º, § 2º, da Lei nº 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito federal, define autoridade como “o servidor ou agente público dotado de poder de decisão”.¹⁶⁷

Assim, não se equipara a autoridade, para esses efeitos, o simples *executor braçal* da ordem, isto é, o funcionário subalterno que se limita a realizar os atos materiais de execução de uma determinação superior. Da mesma forma, aquele que apenas fixou as diretrizes genéricas do ato, sem ordenar concreta e especificamente a sua prática e sem estabelecer todos os elementos que permitam a sua execução, também não pode ser considerado autoridade para fins de impetração do mandado de segurança.

Ao mencionar o “agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do poder público”, o dispositivo constitucional também viabiliza a impetração do mandado de segurança contra atos praticados por agentes que não pertençam à Administração Direta, mas que participam da estrutura orgânica de autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista ou entidades particulares que exerçam função pública por concessão, permissão ou autorização, além de partidos políticos.

Nesse sentido o § 1º, do art. 1º, da Lei nº 12.016/2009, segundo o qual se equiparam às autoridades, para efeitos de impetração do mandado de segurança “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”. De igual modo, a Súmula 510 do STF diz que: “Praticado o ato por autoridade no exercício de competência delegada, contra ela cabe o mandado de segurança ou a medida judicial”.

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”. – Grifei.

¹⁶⁷“§ 2º Para os fins desta Lei, consideram-se: I - órgão - a unidade de atuação integrante da estrutura da Administração direta e da estrutura da Administração indireta; II - entidade - a unidade de atuação dotada de personalidade jurídica; III - autoridade - o servidor ou agente público dotado de poder de decisão.” – Grifei.

Em suma, havendo o exercício de função pública, poderá haver mandado de segurança,¹⁶⁸ ainda que o ato formalmente advenha de dirigente de uma pessoa jurídica de direito privado.

Não se admite, no entanto, a utilização do mandado de segurança como instrumento de impugnação de atos praticados pelos dirigentes dessas entidades que ostentem caráter meramente comercial ou de gestão da empresa, sendo esse o sentido da norma do § 2º, do art. 1º, da Lei nº 12.016/2009, ao dizer que: “Não cabe mandado de segurança contra atos de gestão comercial, praticados pelos administradores de empresas públicas, de sociedade de economia mista e de concessionárias de serviço público”.¹⁶⁹

¹⁶⁸SCARPINELLA BUENO. *Op. cit. (Mandado de Segurança...)*, p. 20: “Onde quer que haja função pública cabe mandado de segurança, desde que estejam presentes seus demais pressupostos constitucionais e legais”.

¹⁶⁹No entanto, consoante entendimento consolidado da jurisprudência, nos atos de gestão comercial não se incluem aqueles praticados em licitação promovida por sociedade de economia mista ou empresa pública. Nesse sentido a súmula 333 do STJ “Cabe mandado de segurança contra ato praticado em licitação promovida por sociedade de economia mista ou empresa pública”.

5 A IMPETRAÇÃO DO MANDADO DE SEGURANÇA.

5.1 O impetrante do mandado de segurança.

O mandado de segurança pode ser impetrado por qualquer *pessoa física, jurídica* ou *ente despersonalizado, mas dotada de capacidade processual*, que se afirme titular de direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, lesado ou ameaçado de lesão por ato de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público, desde que, obviamente, haja a demonstração documental e prévia dos fatos constitutivos de seu direito.

A Lei nº 191/36 e o CPC de 1939 não se preocuparam em definir o tipo de pessoa ou entidade que poderia impetrar o mandado de segurança. Da mesma forma, a Lei nº 1.533/51 dizia genericamente que o mandado de segurança poderia ser impetrado por “alguém” que viesse a sofrer violação ou houvesse justo receio de sofrê-la em seu direito líquido e certo (art. 1º). Já a lei atual, sem razão aparente, passou a mencionar apenas a “pessoa física ou jurídica” como sendo aquelas que poderiam impetrar o mandado de segurança.

Embora o art. 1º da Lei nº 12.016/2009 mencione apenas a pessoa física e a pessoa jurídica como aptas à impetração, não se pode descartar a possibilidade do mandado de segurança ser impetrado por qualquer entidade despersonalizada a que a lei atribua capacidade processual.¹⁷⁰ Interpretação restritiva que viesse a afastar tais entidades do âmbito de proteção do mandado de segurança atentaria contra o princípio da acessibilidade¹⁷¹ e não poderia ser abraçada por aqueles que se preocupam com a ampliação dos mecanismos de acesso à Justiça. Bem a propósito Luiz Fux lembra que a exegese do art. 1º da Lei nº 12.016/2009 não pode ser restritiva, “uma vez que qualquer limitação ao exercício dos direitos fundamentais deve ser excepcional” e preocupada com o “princípio da proibição do retrocesso”.

5.2 A legitimação extraordinária para a impetração do mandado de segurança.

¹⁷⁰Discorrendo sob a vigência da Lei 1533/51, Celso Agrícola Barbi dizia que “podem ser autores em mandado de segurança a pessoa natural, a pessoa jurídica, a massa falida, a herança, a sociedade sem personalidade jurídica, o condomínio de edifício e a massa do devedor civil insolvente”. Acrescenta o autor que “vêm sendo admitidos a requerê-los” (...) “entidades públicas despersonalizadas, como Câmaras, Assembléias, Tribunais de Contas etc.”. Ver BARBI *Op. Cit. (Do mandado de segurança...)*, p. 118.

¹⁷¹PINHEIRO CARNEIRO, *Op. cit. (Acesso à justiça...)*, pp. 65-69.

Segundo o art. 3º da Lei nº 12.016/2009, 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 30 (trinta) dias, quando notificado judicialmente”.¹⁷²

A norma assegura que terceiro, em nome próprio, demande a proteção a um direito alheio, desde que o titular desse direito não ajuíze a sua ação no prazo de trinta dias contados de sua notificação judicial.

Para que o terceiro possa demandar em juízo a proteção do direito alheio, é necessário que ele, terceiro, providencie a notificação do titular do direito para que este demande no prazo de trinta dias. Apenas se não houver a impetração do mandado de segurança por parte do titular do direito é que o terceiro terá assegurada a sua legitimação extraordinária para impetrar o mandado de segurança em benefício do direito daquele que, apesar de notificado, não pretendeu em nome próprio fazer prevalecer em juízo o seu direito.

Além disso, é necessário que o terceiro demandante seja também titular de um direito e que esse seu direito decorra das mesmas condições fáticas do direito daquele que, apesar de notificado, não buscou a tutela jurisdicional mandamental.¹⁷³ Portanto, na sistemática da lei, o terceiro substituto é titular de um direito dito *decorrente*, ao passo que o substituído é titular de um direito chamado de *originário*.¹⁷⁴⁻¹⁷⁵

¹⁷²Tal preceito guarda certa semelhança com o revogado art. 3º da Lei nº 1.533, de 1951, segundo o qual “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, em prazo razoável, apesar de para isso notificado judicialmente”.

¹⁷³Na vigência da Lei nº 191, de 1936, o titular do direito decorrente podia apenas interpelar o titular do direito principal, de modo a salvaguardar o seu direito e prevenir perdas e danos. Dizia o § 2º, do art. 6º, da Lei 191/1936: “Quem tiver o seu direito certo e incontestável, ameaçado ou violado, em consequência de ameaça ou violação feita a direito igualmente certo e incontestável de terceiro, poderá notificar, oportunamente, esse mesmo terceiro para que impetre mandado de segurança, a fim de salvaguardar o seu direito, sob pena de responder pela plena indenização das perdas e danos decorrentes da omissão”.

¹⁷⁴DECOMAIN, Pedro Roberto. *Mandado de Segurança: o tradicional, o novo e o polêmico na Lei 12.016/09*. São Paulo: Dialética, 2009, p.93: “a pessoa “A” é titular de um direito líquido e certo. O respectivo exercício, todavia, depende de que se ache resguardado o direito líquido e certo da pessoa “B”. Esta, porém, sofre violação ou, pelo menos, acha-se ameaçada de sofrê-la, por ato de autoridade ilegal ou abusivo. Não obstante esta ofensa ao direito ou, pelo menos, ameaça de que venha a ser violado, a pessoa “B” não se dispõe ao aforamento do mandado de segurança para a respectiva defesa. (...) Nestas circunstâncias, desde que “A” tenha primeiramente notificado “B” a ajuizar mandado de segurança e, mesmo assim, não tendo este, decorridos já trinta (30) dias da notificação, promovido dita ação, pode “A” impetrar este mandado de segurança. Não diretamente para a defesa de seu direito líquido e certo, mas justamente para a defesa do direito de “B”, do qual o seu depende”.

¹⁷⁵GARCIA MEDINA, José Miguel e ARAÚJO, Fábio de Caldas. *Mandado de Segurança Individual e Coletivo – Comentários à Lei 12.016, de 7 de agosto de 2009*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 66.: “O art. 3.º da Lei 12.016/2009 procura tutelar a expectativa legítima do terceiro de boa-fé que não pode ser

Em suma, o dispositivo traz uma hipótese de *legitimação extraordinária subsidiária*, instituto de direito processual segundo o qual se assegura ao terceiro a legitimidade para demandar em nome próprio um direito alheio, desde que o titular desse direito não promova a sua ação em determinado prazo estabelecido em lei.¹⁷⁶

Nessa específica hipótese de legitimação extraordinária subsidiária, prevista na lei do mandado de segurança, o legitimado extraordinário é também titular de um direito, direito este que é *decorrente* do direito cuja tutela se postula. O legitimado extraordinário possui um direito *reflexo*, na medida em que ele não integra a relação jurídica de direito material que é objeto do mandado de segurança. Usualmente, a existência de um direito ou interesse jurídico reflexo viabiliza a assistência simples (art. 50 do CPC), mas, no âmbito do processo de mandado de segurança, o legislador foi além e alçou a hipótese à condição de causa propiciadora de legitimação extraordinária, embora subsidiária.¹⁷⁷

Por fim, para que se configure a hipótese do artigo 3º da Lei nº 12.016/09 é necessário que sejam líquidos e certos os fatos constitutivos do direito *originário* do *substituído* e também do direito *decorrente* do *substituto* processual. Assim, o terceiro, demandante em substituição, não apenas deve ser titular de um direito decorrente, mas também o seu direito decorrente deve ser líquido e certo, da mesma forma que há de ser líquido e certo o direito originário.¹⁷⁸

obliterado em sua posição jurídica pela inação do titular. É possível que o ato coator praticado provoque efeito reflexo ou direto sobre a posição jurídica do terceiro, o qual dependerá da postulação ativa do titular para a defesa quanto ao ato ilegal ou abusivo. A dinâmica das relações sociais permite que o terceiro possa se antecipar ao próprio titular da pretensão e ajuizar o mandado de segurança”.

¹⁷⁶Outro exemplo de legitimação extraordinária subsidiária é encontrado no artigo 159, § 3º, da Lei nº. 6.404, de 1976 (Lei das Sociedades Anônimas). Esse dispositivo atribui legitimidade ao acionista para, em nome próprio, tutelar os interesses da sociedade anônima em demanda dirigida contra o administrador que tenha causado prejuízos à companhia, desde que a própria companhia não demande no prazo de três meses da deliberação da assembleia-geral. No processo penal, a ação penal privada subsidiária da pública também é exemplo de legitimação extraordinária subsidiária.

¹⁷⁷Eduardo Arruda Alvim oferece o exemplo do *locatário* do imóvel que, pretendo questionar em juízo a exigência do IPTU cujo dever de pagar lhe foi transferido pelo locador, deve, previamente, providenciar a notificação de que trata o dispositivo. Só assim terá o locatário legitimidade para, em seu próprio nome, impetrar mandado de segurança contra a exigência tributária. Como afirma o autor, por parte do substituto processual “*há mais do que mero interesse de fato, havendo interesse jurídico na solução da lide*”. Ver ARRUDA ALVIM, Eduardo. *Mandado de segurança no direito tributário*. 1ª edição, 2ª tiragem – São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1998, p. 47.

¹⁷⁸Escrevendo sob a vigência da hoje revogada Lei nº. 1.533, de 1951, Celso Acrícola Barbi destacou que a substituição processual depende que o direito do substituto processual seja decorrente do direito do substituído e que ambos os direitos sejam líquidos e certos. Ver BARBI. *Op. cit. (Do mandado de segurança...)* p. 120. Também sob a vigência da antiga lei, disse José da Silva Pacheco que, para essa hipótese de substituição processual, é necessário que “*haja dois direitos líquidos e certos com sujeitos diversos*” e que “*um decorra do outro*”. Ver PACHECO, José da Silva. *O mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas*. 3ª edição. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1998, pp. 231-232

5.2.1 A notificação do titular do direito originário como condição para o exercício da legitimação extraordinária:

A lei subordinou a legitimação extraordinária do terceiro para a impetração do mandado de segurança à inação do titular do direito originário. Essa inércia, afirma a lei, estará configurada desde que o titular do direito originário não impetre o seu mandado de segurança no prazo de trinta dias contados de sua “*notificação judicial*”.

Na notificação judicial, regulada nos artigos 867 a 873 do CPC, não há qualquer ordem judicial para que o notificado faça ou deixe de fazer alguma coisa, atuando o órgão jurisdicional como mero mediador da comunicação. Trata-se de vetusto procedimento que, embora inserido no capítulo dos procedimentos cautelares específicos, não passa de um instrumento de jurisdição voluntária pelo qual o interessado manifesta, formalmente, sua vontade sobre assunto juridicamente relevante.

Não foi feliz o legislador ao fazer referência à *notificação judicial*, pois nada impede que essa notificação seja realizada *extrajudicialmente*. O que importa é que titular do direito tenha efetiva ciência de que, caso não pretenda demandar, poderá o seu direito vir a ser tutelado em juízo pelo titular do direito decorrente, nada importando que essa ciência se dê pela via judicial ou extrajudicial, desde que ela se perfaça de maneira inequívoca e com a segurança jurídica necessária ao ato.¹⁷⁹

5.2.2 Os limites subjetivos da coisa julgada na hipótese de legitimação extraordinária

Transitada em julgado a sentença de mérito *favorável* ao substituto processual, não só os efeitos da sentença *beneficiarão* o substituído, como também poderá ele alegar, em seu favor, a imutabilidade e indiscutibilidade que decorre do comando contido na sentença não mais sujeita a recurso.

¹⁷⁹BUENO, Cassio Scarpinella. *A Nova lei do mandado de segurança*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 16: “não há qualquer razão para não admitir que a notificação àquele que detém a legitimidade originária para a impetração dê-se por qualquer outro mecanismo que possa atingir, com segurança, a sua finalidade”.

Mais delicada a questão que envolve os efeitos subjetivos da coisa julgada na hipótese em que é proferida sentença *desfavorável* ao substituto, isto é, que denega a ordem de mandado de segurança. Em tal hipótese, estará o substituído impedido de propor nova ação? Será possível opor a exceção de coisa julgada material contra o substituído, que não participou do contraditório no mandado de segurança impetrado pelo substituto?

A maioria dos autores afirma que a coisa julgada produzida em *desfavor* do *substituto* afeta, sim, o *substituído*, impedindo que ele proponha nova ação para buscar a tutela de direito que já se afirmou inexistente. Para a maioria da doutrina não se justifica que o réu deva defender-se do mesmo pedido mais de uma vez, tampouco que o Estado-Juiz tenha o dever de regular duas ou mais vezes a mesma relação jurídica. O próprio Liebman já defendia esse ponto de vista, ao fundamento de que o substituído não é autenticamente terceiro, porquanto o direito que se postula no processo lhe pertence.¹⁸⁰ Também Candido Dinamarco adota esse entendimento ao afirmar que “é inerente ao instituto da substituição processual ficar o substituído vinculado à coisa julgada material produzida na causa conduzida pelo substituto”.¹⁸¹

Leonardo Greco discorda desse ponto de vista, argumentando que, à luz das garantias fundamentais do processo, o substituído não deve ser atingido negativamente pela coisa julgada formada num processo no qual não participou em contraditório.¹⁸²

De fato, não nos parece que seja compatível com um modelo de processo justo a afirmação *generalizada* de que o substituído é atingido, *em todo e qualquer caso*, pela coisa julgada decorrente de um processo de que não participou. Por outro lado, também não consideramos correta a afirmação de que o substituído *nunca* poderá ser afetado negativamente pela coisa julgada formada no processo em que atuou o substituto.

A nosso ver, a solução adequada para o problema foi ofertada por Eduardo Talamini, que se dedicou ao estudo dos efeitos subjetivos da coisa julgada nas hipóteses de substituição processual, estabelecendo critérios que permitam, legitimamente, a sujeição do substituído à coisa julgada. O autor definiu balizas dentro das quais essa sujeição é constitucional. Assim,

¹⁸⁰ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. Tradução de Alfredo Buzaid e Benfido Aires. Notas de Ada Pellegrini Grinover. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 97: “Fora de discussão está, na verdade, o fato de que se forma a coisa julgada também em relação ao substituído, mas isso se explica, visto que não é ele verdadeiro terceiro, porquanto, por definição, a atividade exercida pelo substituto processual ‘tem necessariamente influência e eficácia a respeito do sujeito do direito pelo qual se litiga’”.

¹⁸¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p.190.

¹⁸² GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil. Processo de Conhecimento*. Vol II. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 388

se o substituído teve a prévia oportunidade de exercer a sua ação e não o fez, tinha ciência do processo e nele podia intervir, é razoável que a lei preveja a extensão da coisa julgada *pro et contra*.

Eis a lição de Eduardo Talamini:

Por essas razões, não parece compatível com o ordenamento brasileiro vigente a afirmação generalizada de que o substituído ficaria atingido pela coisa julgada decorrente do processo de que participou apenas o substituto. Cabe definir balizas dentro das quais essa solução é constitucional. Para tanto, alguns critérios podem ser lançados: (i) se o sujeito teve a prévia oportunidade de exercer a ação e não o fez, é razoável que, em certos casos, a lei atribua a legitimação a outrem para atuar em juízo e vincular o substituído. Afinal, se a lei poderia até prever a perda do direito ou da pretensão, pelo decurso do tempo, não há o que impeça essa outra solução, menos grave; ou (ii) se o sujeito tinha (ou, conforme parâmetros de razoável diligência, deveria ter) ciência do processo em que ocorria sua substituição, também é legítimo que a coisa julgada o atinja; (iii) especialmente nessa segunda hipótese, a extensão da coisa julgada ao substituído fica ainda condicionada à possibilidade de ele, querendo, participar do processo como assistente.¹⁸³

Tais critérios estão presentes na hipótese de que trata o art. 3º da Lei nº 12.016/2009, pois (a) o substituído, titular do direito originário, tem a oportunidade de demandar; (b) ele sabe, em virtude da notificação, que a demanda será proposta pelo terceiro; (c) e ele tem a oportunidade de intervir no processo na condição de assistente litisconsorcial do substituto impetrante. Em outras palavras, na hipótese aqui tratada, a coisa julgada afetará o substituído, pois ele teve prévia oportunidade de exercer a sua ação, tendo optado pelo imobilismo, o que ensejou a demanda por parte do terceiro substituto.¹⁸⁴⁻¹⁸⁵

5.3 O prazo de 120 dias para a impetração do mandado de segurança

¹⁸³TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 115.

¹⁸⁴Nesse sentido: BUENO, Cássio Scarpinella, *Curso sistematizado de direito processual civil: direito processual coletivo e direito processual público*: Vol. 2, tomo III. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 50-51. Na mesma linha, REDONDO, OLIVEIRA e CRAMER. *Op. cit. (Mandado de segurança...)*, p. 72 e CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo. *Comentários à nova lei do mandado de segurança*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009, p. 43. Também nessa linha FERRAZ, Sergio. *Mandado de segurança e acesso à justiça*. In: *Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança 51 anos depois*. Cassio Scarpinella Bueno, Eduardo Arruda Alvim e Teresa Arruda Alvim Wambier (Coord.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, pp. 755-772.

¹⁸⁵Em sentido contrário, Mauro Luiz Rocha Lopes, para quem “a decisão de mérito proferida em mandado de segurança tributário impetrado por substituto processual não fará coisa julgada em relação ao titular do direito originário, sujeito passivo do vínculo obrigacional tributário (...), não poderia o mesmo ver prejudicada sua pretensão em face da Fazenda Pública, manejada na via ordinária, por não ter exercido – de forma legítima – seu direito à impetração, pouco importando que outrem o tenha feito”. Ver LOPES, Mauro Luis Rocha. *Processo judicial tributário: execução fiscal e ações tributárias*. 4. ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007, p. 308.

Todas as leis que até hoje disciplinaram o mandado de segurança estabeleceram que o direito ao seu exercício extingue-se decorridos 120 (cento e vinte) dias contados da ciência pelo interessado do ato impugnado. Essa exigência temporal hoje consta do art. 23 da Lei nº 12.016/2009,¹⁸⁶ mas já figurou no art. 18 da Lei nº 1.533/51,¹⁸⁷ no art. 331 do CPC de 1939¹⁸⁸ e no art. 3º da Lei 191/36.¹⁸⁹

O Supremo Tribunal Federal já apreciou a constitucionalidade dessa exigência, expressando o seu entendimento na Súmula nº 632, segundo a qual “[é] constitucional lei que fixa o prazo de decadência para a impetração do mandado de segurança”.

Embora não convenha nesse momento enveredar pelo assunto, é preciso lembrar que, embora a natureza decadencial do prazo de 120 dias esteja afirmada na Súmula 632 do STF, há autores que divergem quanto à suposta natureza decadencial desse prazo. Pontes de Miranda defendia que esse prazo é preclusivo¹⁹⁰ e Alfredo Buzaid afirmava que mais lógico e adequado seria falar-se de “prazo extintivo”.¹⁹¹ Com mais razão, a nosso ver, Helcio Alves de Assumpção, ao dizer que se trata de “uma condição específica do mandado de segurança, cuja ausência acarreta extinção do processo sem julgamento do mérito, que não impede, por não envolver a formação de coisa julgada material, nova submissão da mesma causa, sob outro procedimento, comum, à apreciação judicial”.¹⁹²

Seja qual for a sua natureza, será mesmo essa exigência compatível com os princípios de acesso à justiça e com o sistema de garantias fundamentais do processo justo?

Inúmeros autores apontam a incompatibilidade dessa exigência com a Constituição. De um modo geral esses autores afirmam que não poderia o legislador estabelecer uma limitação temporal ao cabimento do mandado de segurança se a própria Constituição nada estabeleceu.¹⁹³ Segundo Cassio Scarpinella Bueno, os pressupostos de cabimento do mandado

¹⁸⁶“Art. 23. O direito de requerer mandado de segurança extinguir-se-á decorridos 120 (cento e vinte) dias, contados da ciência, pelo interessado, do ato impugnado”.

¹⁸⁷“Art. 18 - O direito de requerer mandado de segurança extinguir-se-á decorridos cento e vinte dias contados da ciência, pelo interessado, do ato impugnado”.

¹⁸⁸“Art. 331. O direito de requerer mandado de segurança extinguir-se-á depois de cento e vinte (120) dias contados da ciência do ato impugnado”.

¹⁸⁹“Art. 3º O direito de requerer mandado de segurança extingue-se depois de 120 dias, contados da sciencia do acto impugnado”.

¹⁹⁰ MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, Vol. 5, São Paulo: Forense, 1959, p. 212.

¹⁹¹ BUZAID. *Op. cit. (Do manado de segurança...)* p. 153.

¹⁹² ASSUMPÇÃO, Helcio Alves. *Mandado de segurança: a comprovação dos fatos como pressuposto específico de admissibilidade do writ*. In *Revista de Direito do Ministério Público, RJ* (2), 1995, pp. 33-43.

¹⁹³ Tratando do tema Sérgio Ferraz faz a seguinte indagação: “Como admitir, cientificamente, que uma garantia dessa magnitude possa ser ignorada pelo decurso de um prazo criado em lei ordinária, sem qualquer indicação constitucional a ele conducente?” Ver FERRAZ, Sérgio. *Mandado de Segurança*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros,

de segurança estão “exaustivamente” enunciados na Constituição, não havendo qualquer limitação temporal ao seu exercício. Assim, para o autor, passados os cento e vinte dias pode não ser o caso de se conceder providência liminar, mas o mandado de segurança continuará cabível.¹⁹⁴⁻¹⁹⁵

Ainda sob a vigência da Lei nº 1.533/51, Celso Agrícola Barbi já considerava que tal prazo não tinha mais razão de existir, embora reconhecesse “superada a tentativa de discutir a constitucionalidade dessa limitação temporal ao uso do mandado de segurança”. Para Barbi, seria mais aconselhável regular “o assunto pelas normas ordinárias da prescrição”, revogando-se a regra que impõe o prazo de cento e vinte dias para a impetração do mandado de segurança. Nesses termos o autor pronunciou-se sobre o tema:

O prazo de 120 dias, tradicional em nosso direito, não tem mais razão de ser, após a transformação operada no mandado de segurança pela Constituição de 1946. Enquanto ele era adequado apenas a casos excepcionais, de ilegalidade manifesta, ainda se poderia justificar a limitação temporal. Mas agora, quando o mandado se tornou instrumento de uso normal, condicionado quase somente pelo problema probatório, não se encontram motivos ponderáveis para distinguir, apenas pelo fator tempo, entre o uso dessa via expedita e os das vias processuais comuns”. De lege condendo, (...), seria aconselhável suprimir o prazo, regulando-se, então, o assunto pelas normas ordinárias da prescrição.¹⁹⁶

Não nos parece que o art. 23 da Lei nº 12.016/2009 seja propriamente inconstitucional, embora, como Barbi, possamos discordar da razão de sua existência.

Como vimos, de um modo geral os autores que apontam a inconstitucionalidade do dispositivo alegam que a Constituição estabeleceu os requisitos para a impetração do mandado de segurança e nada disse sobre um prazo para o seu exercício. De fato, a Constituição não fala em qualquer prazo. No entanto, isso não significa que o legislador não possa, no âmbito de seu poder de conformação, estabelecer normas que organizem o exercício

2006, p. 225. Também nesse sentido: ATALIBA, Geraldo. Decadência e mandado de segurança. In: Revista Trimestral de Direito Público 1. São Paulo: Malheiros, 1993, pp. 147-152.

¹⁹⁴ SCARPINELLA BUENO. *Op. cit. (Mandado de Segurança...)*, pp. 161-162.

¹⁹⁵ Igualmente criticando a exigência de respeito ao prazo de cento e vinte dias José Miguel Garcia Medina e Fábio Caldas de Araújo argumentam que “a gravidade do erro do legislador equivaleria, *mutatis mutandis*, à fixação de prazo para a impetração de *habeas corpus*”. Ver MEDINA E ARAÚJO. *Op. cit. (Mandado de Segurança...)*, p. 225, em nota de rodapé. Também é bastante conhecido o voto proferido pelo ministro Carlos Velloso, no MS 21.356, DJ de 18.10.1991, RTJ 140/73, em que S. Exa. defendeu a revisão do entendimento do Supremo Tribunal Federal, também ao fundamento de que a Constituição não enuncia prazo algum. No voto, o ministro também afirma que o prazo é arbitrário e que ele apenas vem se repetindo ao longo dos anos nas legislações “pelo gosto de copiar as coisas, sem se indagar da razão de sua existência”.

¹⁹⁶ BARBI. *Op. cit. (Mandado de segurança...)*, p. 137

dos instrumentos jurisdicionais de tutela dos direitos, vinculando-os a determinados pressupostos, condições ou prazos razoáveis.

O prazo de cento e vinte dias para a impetração do mandado de segurança, embora importe numa restrição, não absoluta, ao direito constitucional de ação, serve como salvaguarda ao princípio da segurança jurídica, pois atribui maior estabilidade aos atos da Administração, que se colocam a salvo de impugnações pela via do mandado de segurança vindas a qualquer tempo. É necessário ter em conta que essa restrição temporal ao direito de ação, como dito, não é absoluta, pois o titular do direito substancial poderá reivindicar a proteção jurisdicional pelo procedimento ordinário, igualmente munido de mecanismos de tutela de urgência (art. 273) e de antecipação de julgamento (art. 330 do CPC).

Como bem disse o Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, no voto que proferiu por ocasião do julgamento do RMS nº 21.362-1/DF, o prazo decadencial de 120 dias opera a extinção do direito de impetrar o *writ* constitucional, não gerando a extinção do próprio direito subjetivo “eventualmente amparável pelo remédio do mandado de segurança ou por qualquer outro meio ordinário de tutela jurisdicional”. Ademais, “a consumação da decadência do direito de impetrar o mandado de segurança não confere juridicidade ao ato estatal impugnado, não tendo o condão de convalidá-lo e nem a virtude de torná-lo imune ao controle jurisdicional”. Por isso, concluiu o Ministro Celso de Mello, em seu voto, que:

A norma (...) não ostenta qualquer eiva de inconstitucionalidade. A circunstância de ser omissa a Constituição da República quanto à fixação de prazos para o ajuizamento da ação de mandado de segurança não protraí, indefinidamente no tempo, a possibilidade de o interessado valer-se, em qualquer tempo, do *writ* mandamental que, essencialmente idêntico a outros meios processuais, constitui instrumento de efetivação e de concretização do direito material invocado pelo impetrante.¹⁹⁷

Diante disso, caso o juiz, *ao despachar a inicial*, perceba que a impetração do mandado de segurança tenha ocorrido após o centésimo vigésimo dia da ciência oficial do ato impugnado, deverá extinguir o processo sem resolução do mérito, o que não impedirá o impetrante de buscar a tutela jurisdicional do seu direito pelas vias ordinárias.

Pode ocorrer, no entanto, que haja a impetração extemporânea do mandado de segurança e o processo desenvolva-se com o oferecimento das informações, da resposta e do parecer do Ministério Público, sem que se perceba a existência do vício, somente identificado

¹⁹⁷RMS nº 21.362-1/DF, DJ de 26/6/1992 e RTJ 141/478.

pelo juiz por ocasião da conclusão dos autos para a prolação da sentença. Em tal hipótese, o que há de se fazer? Deverá também ser extinto o processo de mandado de segurança sem resolução de mérito? Parece-nos que não. Nesse caso deverá o juiz buscar a preservação dos atos processuais já praticados no processo, instando a parte autora a requerer a conversão do procedimento em ordinário para que se possa produzir um julgamento de mérito. Tal medida preservará razoavelmente as formas processuais, compatibilizando-as com os objetivos do processo. É verdade que, em razão da conversão do procedimento, a sentença não terá eficácia mandamental, mas ainda assim será capaz de promover o acertamento do direito controvertido.

É importante não perder de vista que as formas processuais não são valores autônomos com substantividade própria, servindo como instrumentos dirigidos à preservação da utilidade do processo e das garantias decorrentes do devido processo legal. Assim, se o processo de mandado de segurança consegue amadurecer sem que se perceba a existência do vício da extemporaneidade, deve o juiz retirar do instrumento alguma utilidade e julgar o mérito da pretensão deduzida para promover o acertamento do direito.¹⁹⁸

José Roberto dos Santos Bedaque narra situação por ele vivida em sua atividade de magistrado de segundo grau, em que também se preservou a utilidade dos atos processuais praticados em mandado de segurança impetrado após o decurso do prazo de cento e vinte dias:

[Em determinado caso], deixei de extinguir mandado de segurança sem julgamento do mérito não obstante já ultrapassado o prazo legal para o impetrante valer-se dessa via especial. (...)

O mandado de segurança fora realmente impetrado após o prazo de 120 dias, contado do primeiro indeferimento do pedido formulado em sede administrativa.

Mas, não obstante isso, o processo prosseguiu, com plena observância do contraditório. O procedimento não apresentou qualquer peculiaridade que o diferenciasse do comum, mesmo porque não fora concedida liminar. (...)

(...) Do ponto de vista da técnica processual, e considerando a classificação das tutelas, não passaria pela cabeça do processualista ortodoxo aproveitar aquele procedimento.

Não obstante tudo isso, optei por trilhar caminho diverso. Respeitados aqueles valores fundamentais do processo a que venho me referindo (...), reconheci o direito do impetrante (...). (...) não me parecia razoável extinguir aquele processo e admitir a

¹⁹⁸PICÓ I JUNOY. *Op. cit. (Las garantías...)*, p. 49.: “los requisitos formales no son valores autónomos com substantividad propia, sino que solo sirven em cuanto que son instrumentos dirigidos a lograr la finalidad legítima de establecer las garantías necesarias para los litigantes”.

propositura de outra demanda, o que implicaria a repetição de tudo, para se chegar ao mesmo resultado.¹⁹⁹

¹⁹⁹BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, pp. 564-565.

6 A DEFESA NO PROCESSO DE MANDADO DE SEGURANÇA

Ainda que se pretenda célere o procedimento do mandado de segurança, o seu desenvolvimento deve assegurar a ampla defesa e o contraditório pleno (art. 5º, inc. LV, da Constituição), garantindo-se a ambas as partes a formulação de alegações e a produção de provas (documentais) úteis ou necessárias ao convencimento do juiz. Também no procedimento do mandado de segurança as partes devem poder atuar concretamente na formação do convencimento do magistrado, que deve estar aberto ao diálogo humano e público com os demais atores do processo.

No que diz respeito às garantias do contraditório e ampla defesa, como veremos a seguir, a nova lei do mandado de segurança promoveu alguns avanços, embora também tenha dado margem a alguns outros aparentes retrocessos.

Antes de abordarmos propriamente a questão, façamos algumas observações propedêuticas.

6.1 Sobre quem ocupa o polo passivo da relação processual no mandado de segurança

Ao longo de décadas a doutrina brasileira vem divergindo sobre quem realmente ocupa o polo passivo da relação processual no mandado de segurança. Boa parte dessa polêmica deve-se ao fato de que a Lei nº 1.533/51, que vigeu durante quase sessenta anos em nosso país, não cuidava da citação do réu no mandado de segurança, limitando-se a dispor sobre a notificação da autoridade coatora, a quem, no entanto, não se assegurava expressamente o direito de recorrer, embora pudesse prestar informações ao juiz. A pessoa jurídica de direito público, a seu turno, não obstante sofresse as consequências patrimoniais da sentença, não participava do contraditório instituído em primeiro grau de jurisdição, apenas podendo recorrer das decisões judiciais.

Diante desse inusitado quadro, autores clássicos já divergiam sobre o tema da sujeição passiva no mandado de segurança. Lopes da Costa (1855-1966) afirmava que a parte passiva no mandado de segurança é a autoridade coatora, podendo a pessoa jurídica de direito público intervir no processo desde que a decisão repercuta em seu patrimônio.²⁰⁰ Para Luís Eulálio de Bueno Vidigal (1911-1995), “o sujeito passivo da ação é a autoridade coatora e o sujeito

²⁰⁰COSTA, Lopes da. *apud* BARBI *Op. cit.* (Mandado de segurança...). p. 122.

passivo da lide ora é o Estado, ora é inexistente. Assim, sempre que o Estado figure na lide, deve formar com a autoridade um litisconsórcio necessário”.²⁰¹ Na visão de Alfredo Buzaid (1914-1991), em qualquer caso os “sujeitos passivos do mandado de segurança são a autoridade coatora e a pessoa jurídica de direito público, unidos por litisconsórcio necessário”.²⁰² Castro Nunes (1882-1959), por sua vez, defendia que “citada deveria ser a pessoa jurídica de existência necessária (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), nos casos em que o mandado fosse requerido contra ato de agente ou representante dessas pessoas”.²⁰³

Autores dessa mesma e de outras gerações prosseguiram com a divergência. Hely Lopes Meirelles afirmava categoricamente que o sujeito passivo da relação processual no mandado de segurança é a autoridade apontada como coatora,²⁰⁴ com o que jamais concordou Celso Agrícola Barbi, para quem “a parte passiva no mandado de segurança é a pessoa jurídica de direito público a cujos quadros pertence a autoridade apontada como coatora”.²⁰⁵ Leonardo Greco, por sua vez, escrevendo sob a vigência da Lei nº 1.533/51, afirmou adotar “integralmente” a tese de Moacyr Amaral Santos, segundo a qual a autoridade coatora é substituta processual da pessoa jurídica.²⁰⁶

Mesmo autores mais recentes, comentadores da Lei nº 12.016/2009, ainda não chegaram a um consenso. Cassio Scarpinella Bueno defende a tese de que a autoridade coatora e a pessoa jurídica são litisconsortes necessárias;²⁰⁷ José Miguel Garcia Medina diz que o polo passivo no processo de mandado de segurança é ocupado pela pessoa jurídica,²⁰⁸ Pedro Roberto Decomain sustenta que a autoridade é a parte passiva *formal* e a pessoa jurídica parte passiva *substancial*²⁰⁹ e Vicente Greco Filho afirma que a autoridade é

²⁰¹VIDIGAL, Luiz Eulálio Bueno. *Mandado de segurança*. São Paulo: S.C.P., 1953, pp. 99-102.

²⁰²BUZOID. *Op. cit. (Do Mandado de segurança...)*, p. 184.

²⁰³CASTRO NUNES, *Op. cit. (Do Mandado de segurança)*, p. 254.

²⁰⁴MEIRELLES. *Op. cit. (Mandado de segurança...)*, p. 53: “Equivocadamente, alguns autores e julgados têm considerado a pessoa jurídica a que pertence o coator como a impetrada no mandado e parte na ação”.

²⁰⁵BARBI, *Op. cit. (Mandado de segurança)*, p. 125.

²⁰⁶GRECO. *Op. cit. (Natureza jurídica do mandado de segurança...)*, pp. 73-75: “Adoto integralmente a tese da substituição processual (...) No mandado de segurança a autoridade coatora é o sujeito passivo da ação, não sujeito passivo da lide. (...) Nas informações, o coator defende o próprio ato, é verdade, mas no interesse do Estado, que representa no exercício de um cargo público. (...) Como nos demais casos de substituição processual, a autoridade pública não poderá praticar atos processuais de disposição”.

²⁰⁷SCARPINELLA BUENO. *Op. cit. (A nova lei do mandado de segurança...)*, p. 38.

²⁰⁸MEDINA e ARAÚJO *Op. cit. (Mandado de segurança...)*, p. 46.

²⁰⁹DECOMAIN. *Op. cit. (Mandado de segurança...)*, p. 138

substituta processual da pessoa jurídica, que pode ingressar no feito na qualidade de assistente litisconsorcial.²¹⁰

Diante de tamanha divergência, importa deixar assente a nossa opinião. Estamos entre os que consideram que a pessoa jurídica figura no polo passivo da relação processual formada no mandado de segurança, *status* que não ostenta a autoridade apontada como coatora.

Em primeiro lugar, os atos praticados pela autoridade no exercício de suas funções públicas não são emanações pessoais de sua vontade, na medida em que se atribui à pessoa jurídica os atos praticados pelos seus agentes.²¹¹ Como exemplifica Celso Agrícola Barbi, “o ato do secretário de Estado que demite um funcionário produz efeitos nas relações jurídicas entre o funcionário e o Estado, e não entre aquele e o secretário”.²¹² Quando a autoridade indefere determinado requerimento do cidadão ou pratica ato que viole seu direito líquido e certo, o conflito de interesses surge entre o cidadão e o Estado, sendo a autoridade o mero agente pelo qual o Estado manifestou a sua vontade. Portanto, os agentes públicos, como diz Celso Antônio Bandeira de Mello, “servem ao Poder Público como instrumentos expressivos de sua vontade ou ação”.²¹³

De outra parte, o agente público não sofre as consequências patrimoniais da sentença. Quem suporta o ônus decorrente da concessão da ordem é a pessoa jurídica de direito público ou a pessoa jurídica de direito privado que esteja exercendo a função pública por delegação. A sentença proferida no mandado de segurança regula a situação do impetrante com a pessoa jurídica e não em relação à autoridade coatora. Acresça-se que, concedida a ordem, não caberá à autoridade reembolsar as custas do processo, cabendo tal ônus à pessoa jurídica a que a autoridade esteja vinculada.

Portanto, Lucia Valle Figueiredo tem razão ao dizer que:

a autoridade coatora é quem pratica o ato, causa constrangimento ilegal, e, por isso, chamada é ao mandado de segurança somente para prestar informações. Enfim, como diz o Professor Sérgio Ferraz, a autoridade coatora tem dever de verdade, e a parte não teria tal dever. A parte, portanto, seria apenas a pessoa jurídica de direito público,

²¹⁰GRECO FILHO, Vicente. *O novo mandado de segurança: comentários à lei n. 12.016, de 7 de agosto de 2009*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 30.

²¹¹CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 13: “os agentes são o elemento físico da Administração Pública. (...) São integrantes dos órgãos públicos, cuja vontade é imputada à pessoa jurídica”.

²¹²BARBI, *Op. cit. (Mandado de Segurança...)*, p. 123.

²¹³BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 235.

ou, então, de direito privado, na hipótese de ser delegada ou concessionária de serviço público (...).^{214,215}

Não altera esse quadro o atual §2º, do art. 14, da Lei nº 12.016/2009, que estende à autoridade coatora o direito de recorrer. O direito de recorrer da autoridade coatora apenas pode ser exercido na condição de terceiro prejudicado (art. 499 do CPC), devendo demonstrar seu interesse jurídico na modificação da sentença ou da decisão interlocutória recorrida.²¹⁶ Na verdade, essa possibilidade já existia no regime anterior, tendo apenas sido explicitada na lei atual.

Disso resulta que, não sendo parte no mandado de segurança, à autoridade coatora cabe apenas o dever de informar sobre o ato impugnado, contribuindo, assim, para o aperfeiçoamento da cognição judicial e para a realização da justiça. As informações por ela prestadas não têm natureza de resposta ou defesa, na medida em que nenhuma pretensão é deduzida contra a autoridade e sim contra a pessoa jurídica a que ela pertence. Por essa mesma razão é que as informações não precisam ser subscritas por advogado. Ademais, a autoridade tem o dever de dizer a verdade em suas informações, não podendo também furtar-se do dever de prestá-las.²¹⁷

6.2 O exercício do contraditório e da ampla defesa: avanços e aparentes retrocessos da Lei nº 12.0126/2009.

6.2.1 A citação da pessoa jurídica

²¹⁴FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *A autoridade coatora e o sujeito passivo no mandado de segurança*. In: "*Mandado de segurança*", Aroldo Plínio Gonçalves (Coord.). Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1996, p. 127-145.

²¹⁵No mesmo sentido BARBI, *Op. Cit. (Mandado de segurança)*, p. 125: “a parte passiva no mandado de segurança é a pessoa jurídica de direito público a cujos quadros pertence a autoridade apontada como coatora. Como já vimos anteriormente, o ato do funcionário é ato da entidade pública a que ele se subordina. Seus efeitos se operam em relação à pessoa jurídica de direito público. E, por lei, só esta tem ‘capacidade de ser parte’ no nosso direito processual civil”.

²¹⁶MEDINA e ARAÚJO. *Op. cit. (Mandado de segurança...)* p. 171.

²¹⁷DIDIER JR, Fredie. *Natureza jurídica das informações da autoridade coatora*. In *Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança 51 anos depois*. Cassio Scarpinella Bueno, Eduardo Arruda Alvim e Teresa Arruda Alvim Wambier (Coord.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, pp. 367-378 : “é obrigada a prestar informações, como todos são obrigados a colaborar com a justiça, com a peculiaridade de esta obrigação ter sido particularizada pelo legislador, o que pode implicar punição penal por prevaricação. A apresentação de defesa jamais poderia ser vista como um dever, senão ônus, pois ninguém é obrigado a defender-se. Como autoridade pública que é, está a autoridade coatora submetida ao dever de dizer a mais estrita verdade, pois suas informações se revestirão da presunção de legitimidade dos atos administrativos, circunstância que, por si, já afastaria a concepção das informações como defesa”.

Como afirmamos no início deste capítulo, no que diz respeito às garantias do contraditório e ampla defesa, a nova lei do mandado de segurança promoveu alguns avanços, embora também tenha dado margem a alguns outros aparentes retrocessos.

A Lei nº 12.016/2009 avançou quando, no inciso II, do artigo 7º, passou a impor ao juiz o dever de dar “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”. Embora o dispositivo tenha sido redigido de forma pouco clara, o ato de que trata a regra corresponde, autenticamente, à citação, assim definida no art. 213 do CPC como “o ato pelo qual se chama a juízo o réu ou o interessado a fim de se defender”.

Eliminou-se, dessa forma, a sistemática de contraditório diferido que caracterizava o procedimento estabelecido pela Lei nº 1.533/51, em que a pessoa jurídica apenas ingressava no feito na fase recursal, isto é, após a prolação da liminar ou da sentença. Um sistema estabelecido nesses moldes não poderia mesmo perdurar por muito mais tempo, dada a sua flagrante incompatibilidade com um modelo de processo fundado na participação efetiva dos litigantes na formação do convencimento do juiz. Afinal, como afirma Antônio do Passo Cabral, “o ambiente dialético em que se desenvolve o processo impõe que se permita a manifestação das partes em momento precedente ao ato decisório. A audiência prévia legitima o decisum”.²¹⁸⁻²¹⁹

Interessante que a citação da pessoa jurídica, ausente no procedimento estabelecido pela Lei nº 1.533/51 e restabelecida pela Lei nº 12.016/2009, constava do procedimento do mandado de segurança regulado pelo CPC de 1939 (art. 322, II) e também estava presente na sistemática da vetusta Lei nº 191/36 (art. 8º, §1º, b)²²⁰.

Infelizmente, o dispositivo da Lei nº 12.016/2009 que restabeleceu a citação da pessoa jurídica (art. 7º, inc. II) não mencionou o prazo de sua resposta, razão pela qual se deve adotar o mesmo prazo de 10 (dez) dias de que dispõe a autoridade para oferecer suas informações (art. 7º, inc. I).²²¹

6.2.2 As intimações das decisões proferidas no processo de mandado de segurança:

²¹⁸CABRAL, Antônio do Passo. *O Contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva*. Revista de Processo. Ano 30, n. 126, agosto de 2005, pp. 59-81.

²¹⁹ Também nesse sentido Leonardo Greco: “contraditório eficaz é sempre prévio, anterior a qualquer decisão, devendo a sua postergação ser excepcional e fundamentada na convicção firme da existência do direito do requerente e na cuidadosa ponderação dos interesses em jogo e dos riscos de antecipação ou da postergação da decisão” Ver GRECO. *Op. cit. (Garantias fundamentais...)* pp. 241-244.

²²⁰ Conferir no anexo o quadro comparativo das leis.

²²¹ FUX. *Op. cit. (Mandado de segurança...)*, p. 85: “As informações hodiernamente são coadjuvadas pela defesa da pessoa jurídica de direito público, que deve ser formulada no prazo destas, após regular ciência”.

No ano de 1964, com o objetivo de suprir certas lacunas na lei que então regia o mandado de segurança, foi editada a Lei nº 4.348. Em seu artigo 3º, a Lei nº 4.348/64 disciplinou a forma pela qual se daria a intimação da liminar. Em vez de determinar a intimação da pessoa jurídica, que efetivamente sofre as consequências patrimoniais da decisão, o dispositivo impunha apenas a notificação da autoridade coatora, a quem caberia, por diligência própria, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, comunicar a decisão ao representante judicial da pessoa jurídica.²²²

Em 2004, uma nova redação foi dada pela Lei nº 10.910 ao artigo 3º da Lei nº 4.348/64.²²³ Em virtude dessa nova redação, a pessoa jurídica passou a ser *judicialmente* intimada da liminar na pessoa de seu representante judicial, o que serviu para superar a esdrúxula sistemática, até então vigente, segundo a qual competia à própria autoridade impetrada o dever de, administrativamente, reportar a decisão ao representante judicial do ente público que, apenas por via transversa, tomava conhecimento da liminar.²²⁴

Sem qualquer justifica razoável, a Lei nº 12.016, de 2009, em seu artigo 9º, voltou a estabelecer a velha sistemática de comunicação *administrativa* das liminares, que havia sido instituída em 1964 e revogada em 2004. Em suma, o referido dispositivo passou a novamente impor às autoridades administrativas, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas da notificação da medida liminar, o dever de comunicar a decisão ao órgão de representação judicial.²²⁵

Não se pode pensar, no entanto, que o dever legal da autoridade administrativa de comunicar internamente o deferimento da liminar exclua o direito da pessoa jurídica de direito

²²²“Art. 3º As autoridades administrativas, no prazo de (48) quarenta e oito horas da notificação da medida liminar, remeterão ao Ministério ou ao órgão a que se acham subordinadas e ao Procurador-Geral da República ou a quem tiver a representação judicial da União, do Estado, do Município ou entidade apontada como coatora, cópia autenticada do mandado notificatório, assim como indicações e elementos outros 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”.

²²³“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”. (Redação dada pela Lei nº 10.910, de 2004)

²²⁴CAMPOS E SILVA, Ronaldo. *O contraditório no mandado de segurança: as alterações promovidas pela Lei 10.910/04*. Revista Eletrônica Fiscosoft, 2004: <http://www.fiscosoft.com.br/a/2ovu/o-contraditorio-no-mandado-de-seguranca-as-alteracoes-promovidas-pela-lei-1091004-ronaldo-campos-e-silva>. Último acesso em 11.05.2012.

²²⁵“Art. 9º As autoridades administrativas, no prazo de 48 (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”.

público de ser *judicialmente* intimada da decisão. Uma coisa não exclui a outra. Conforme já sustentamos, a pessoa jurídica a que pertence a autoridade coatora ocupa o polo passivo da relação processual e, portanto, tem o direito de ser formalmente comunicada das decisões contra ela proferidas, a fim de que possa exercer as prerrogativas e os direitos que resultam das garantias da ampla defesa e do contraditório.²²⁶

De fato, olhando bem, o artigo 9º da Lei nº 12.016/2009 em momento algum impede ou exclui a intimação *judicial* da liminar, ele apenas impõe que a autoridade faça a comunicação *administrativa* do deferimento da medida. Como já dissemos, uma providência não exclui a outra. Disso resulta que há de se aplicar no processo de mandado de segurança o artigo 235 do CPC, segundo o qual “[as] intimações efetuam-se de ofício, em processos pendentes, salvo disposição em contrário”.

Como bem diz Vicente Greco Filho, o artigo 9º da Lei 12.016/2009 trouxe uma determinação “administrativa e não processual, porque não é um ônus que acarrete uma consequência no processo. Com a comunicação ou sem ela nenhum efeito se produzirá no processo. Trata-se, pois, de dever administrativo da autoridade”.²²⁷

²²⁶ PICÓ I JUNOY. *Op. cit. (Las garantías...)*. p. 54: “... los actos de comunicación de las decisiones judiciales (notificaciones, citaciones y emplazamientos), en la medida em que hacen possible la comparecencia del destinatario y la defensa contradictoria de las pretensiones, representan um instrumento ineludible para la observância de las garantías constitucionales del proceso”.

²²⁷ GRECO FILHO. *Op. cit. (O novo mandado de segurança...)*, p. 34. Nesse mesmo sentido MEDINA e ARAÚJO *Op. cit. (Mandado de Segurança...)* p. 137: “[o art. 9º] apenas se justifica como um comando interna corporis de contribuição da autoridade coatora para o bom desempenho do representante judicial da pessoa jurídica de direito público”.

7 A PROVIDÊNCIA LIMINAR E AS RESTRIÇÕES À SUA CONCESSÃO.

7.1 A liminar

O inc. III, do art. 7º, da Lei nº 12.016, de 07 de agosto de 2009, autoriza a concessão de providência liminar no curso do procedimento do mandado de segurança ao estabelecer que o juiz, ao “despachar a inicial”, pode determinar “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”.²²⁸

As leis que antecederam a atualmente em vigor e, no passado, disciplinaram o mandado de segurança, também consagravam a possibilidade do juiz conceder providências de urgência *initio litis*.²²⁹ O § 9º, do art. 8º, da Lei nº 191, de 1936, dizia que o juiz poderia “sobrestar ou suspender o ato”, desde que fosse “relevante” o fundamento do pedido e do ato impugnado resultasse “lesão grave irreparável”²³⁰. O § 2º, do art. 324, do CPC de 1939 também autorizava a *suspensão* liminar do ato, desde que se evidenciasse “a relevância do fundamento do pedido” e do ato impugnado pudesse “resultar lesão grave ou irreparável ao direito do requerente”²³¹. Nessa mesma linha, a Lei nº 1533, de 1951, dizia, no art. 7º, inc. II, que o juiz poderia, ao despachar a inicial, *suspender* o ato que deu motivo à impetração, quando fosse relevante o fundamento e do ato impugnado pudesse resultar a ineficácia da medida.²³²

A análise desses dispositivos, que se sucederam na legislação processual brasileira na disciplina da liminar no mandado de segurança, revela uma constante reincidência em um mesmo equívoco técnico. Ao longo dos anos, as leis que regeram o mandado de segurança,

²²⁸“Art. 7º. Ao despachar a inicial, o juiz ordenará: (...) 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”.

²²⁹Conferir no anexo o quadro comparativo das leis.

²³⁰“§ 9º Quando se evidenciar, desde logo, a relevância do fundamento do pedido, e decorrendo do acto impugnado lesão grave irreparavel do direito do impetrante, poderá o juiz, requerimento do mesmo impetrante, mandar, preliminarmente sobrestar ou suepender o acto alludido”.

²³¹“§ 2º – Quando se evidenciar a relevância do fundamento do pedido e puder do ato impugnado resultar lesão grave ou irreparavel ao direito do requerente, o juiz mandará desde logo suspender o ato”.

²³²“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”.

inclusive a lei atual, apenas consagraram, em sua literalidade, a possibilidade do juiz “suspender” a prática de um ato já existente. É certo, todavia, que o juiz pode mais do que simplesmente determinar a *suspensão* do ato da Administração, sendo também a ele facultado impor à Administração que *pratique* um ato cuja omissão seja violadora de direito líquido e certo, como também pode determinar, preventivamente, que um determinado ato *não seja praticado*, de modo a inibir a ocorrência do ilícito. Todas essas são formas válidas de providências liminares no mandado de segurança, uma vez que essa modalidade de ação se destina não apenas a reparar lesões a direitos, mas também a impedir que ameaças de lesões a direitos se concretizem. Como bem diz Luiz Fux, “é lícito ao juiz agir por repressão ou inibição, não só reparando a lesão ao direito líquido e certo do impetrante, mas também, evitando que se concretize a mesma”.²³³

7.2 A natureza jurídica da liminar

Ao longo dos anos a doutrina brasileira preocupou-se em investigar a natureza jurídica da liminar proferida no processo de mandado de segurança. Para Celso Agrícola Barbi, esse tipo de providência é substancialmente cautelar, pois pretende “evitar danos possíveis com a demora natural do processo”²³⁴, já para Luiz Fux a liminar do mandado de segurança tem “natureza satisfativa, e não meramente cautelar”, razão por que pode até mesmo ser chamada de “antecipação de segurança”.²³⁵

Essa discussão, a nosso ver, não tem grande importância prática, tampouco pode ser travada em abstrato, isto é, sem a análise da providência concretamente pleiteada pela parte impetrante. O que definirá a natureza cautelar ou satisfativa da liminar será o conteúdo daquilo que foi concretamente requerido. Caso o impetrante requeira uma providência cujo objetivo seja assegurar a eficácia ou a utilidade da sentença final, resguardando o resultado útil do processo, a liminar terá natureza cautelar. Por outro lado, caso o impetrante formule seu requerimento no sentido de antecipar alguns dos efeitos da sentença final, a liminar terá natureza satisfativa ou antecipatória de tutela.²³⁶ Em um ou em outro caso, no entanto, não

²³³FUX. *Op. cit.* (Mandado de segurança...), p. 71.

²³⁴BARBI. *Op. cit.* (Mandado de segurança...), p. 141.

²³⁵FUX, *Op. cit.* (Mandado de Segurança), p. 71.

²³⁶CAMBI, Eduardo, HAAS, Adriana e HOFFMANN, Eduardo, *Concessão de liminar na nova lei do mandado de segurança*. In: *O novo mandado de segurança: estudos sobre a Lei 12.016/2009*. Eduardo Arruda Alvim, Glaucio Gumerato Ramos, Gustavo de Medeiros Melo e José Henrique Mouta Araújo (Coord.). Belo Horizonte: Forum, 2010, pp. 133-157. “Não se pode negar que a natureza da liminar poderá assumir tanto natureza cautelar, quanto antecipatória, a depender do objeto do pedido”.

caberá ao juiz perscrutar a natureza da providência para decidir se a concede ou não, devendo ater-se à análise dos requisitos legais para a concessão da liminar, isto é, a relevância do fundamento (*fumus boni iuris*) e a existência de risco de ineficácia da sentença final (*periculum in mora*).

Cassio Scarpinella Bueno também considera que a discussão acerca da natureza da liminar do mandado de segurança é um “falso problema ou, quando menos, uma questão que não pode ir além de uma discussão acadêmica”, ainda mais quando se tem em conta a introdução no Código de Processo Civil do princípio da fungibilidade das tutelas de urgência (art. 273, §7º):

a Lei n. 10.444, de 7 de maio de 2002, introduziu um novo § 7º do art. 273 do Código de Processo Civil, que permite ao magistrado, nos casos em que o autor requerer providência de natureza cautelar, a título de antecipação de tutela, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado, desde que presentes os respectivos pressupostos. É dizer por outras palavras: o sistema processual civil expressamente passou a admitir certa dose de fungibilidade entre a tutela cautelar e a antecipatória, preocupando-se mais com a proteção de um direito que, segundo a descrição e comprovação da parte interessada, mostra-se ameaçado²³⁷.

7.3 A caução, fiança ou depósito.

O mesmo dispositivo legal que hoje prevê a liminar no mandado de segurança (inc. III, do art. 7º, da Lei nº 12.016, de 2009) faculta ao juiz “exigir do impetrante caução, fiança ou depósito, com o objetivo de assegurar o ressarcimento à pessoa jurídica”. A caução, fiança ou depósito funcionam aqui como medidas de contracautela, que servem para minimizar ou neutralizar eventual *periculum in mora* inverso que possa ser alegado como fundamento para a rejeição da medida de urgência.²³⁸

²³⁷SCARPINELLA BUENO *Op. cit (Mandado de segurança...)* pp. 71-72. Em outra passagem Cassio Scarpinella Bueno afirma que a forma mais direta de enfrentar a natureza da liminar no mandado de segurança é “verificar em que condições o pedido de liminar relaciona-se com o pedido final (ou de mérito). Se a liminar tiver em mira apenas o asseguramento da plena eficácia do pedido de mérito, será cautelar. Se, inversamente, o pedido de liminar coincidir com o pedido de mérito, sua natureza será antecipatória” (p. 72). José Miguel Garcia Medina e Fábio Caldas de Araújo também destacam que “o intercâmbio entre a tutela cautelar e a antecipada relega a discussão sobre a natureza jurídica do art. 7º, III, para um segundo plano” e que, “em determinadas situações a liminar será satisfativa e esgotará o objeto do pedido, como na liminar para fornecimento de medicamento. Em outro exemplo pode-se visualizar a natureza de antecipação da tutela no mandamus, como no pedido de reintegração provisória do servidor ao cargo. E, por fim, a liminar poderá assumir contorno cautelar quando tenha como objeto agregar eficácia suspensiva à exigência do crédito tributário”.

²³⁸ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 627: “O art. 7º, III, da Lei n. 12.016/09 permite a imposição de uma contracautela ao impetrante, a fim de que a liminar só lhe seja eficaz se realizar caução para responder pelos prejuízos perante a pessoa jurídica autora do comportamento impugnado caso a liminar não venha a ser confirmada. Alguns podem considerar a possibilidade de essa exigência ser inconstitucional, por limitar a garantia constitucional do mandado de segurança, com o que

Essa faculdade jamais pode ser interpretada ou aplicada como se fosse mais um requisito genérico para a concessão da liminar. O poder do juiz de impor ao impetrante o oferecimento de caução, fiança ou depósito deve ficar circunscrito a hipóteses extremas em que, ordinariamente, a existência de *periculum in mora* inverso recomende o indeferimento do pedido de liminar.

Como bem diz Humberto Theodoro Júnior:

É preciso, obviamente, usar com cautela e moderação essa medida de contracautela. A banalização do expediente contraria a índole do remédio constitucional e provoca o risco, mesmo, de anular um direito fundamental. A exigência de caução, portanto, deve ser adotada como expediente excepcional, somente justificável, em nome do interesse público, em casos extremos.²³⁹

Em outras palavras, a possibilidade do juiz impor caução, fiança ou depósito não pode ser interpretada ou aplicada como se se tratasse de uma restrição genérica à concessão de liminares. Muito pelo contrário, ela é extremamente excepcional. Assim, desde que o juiz se veja em posição de indeferir a providência liminar por considerar que a sua concessão gerará *periculum in mora* inverso, terá ele que facultar à parte impetrante o direito de oferecer caução, fiança ou depósito, com o objetivo de assegurar eventual ressarcimento à pessoa jurídica de direito público caso, posteriormente, ocorra a revogação ou cassação da medida.

7.4 As vedações à concessão de liminares contra a Fazenda Pública

Ao longo dos anos diversas leis vedaram a possibilidade do juiz conceder providências de urgência contra o Poder Público em determinados casos, constituindo aquilo que Luiz Fux chamou de “microsistema legislativo das liminares contra o Poder Público”.²⁴⁰ Apenas para dar alguns exemplos, o art. 5º da Lei nº 4.348/64 vedou a liminar em mandado de segurança para fins de reclassificação ou equiparação de servidores públicos ou concessão de aumento ou extensão de vantagens; o art. 1º, § 4º, da Lei nº 5.022/66 proibiu liminares que determinassem o “pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias”; o art. 1º da Lei nº 8.076/90 vedou liminares em mandados de segurança impetrados contra atos originários do

não concordamos, a priori. O fato de a CF prever determinada garantia não quer dizer que ela não possa ser regulamentada e, conseqüentemente, limitada infraconstitucionalmente”.

²³⁹THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O mandado de segurança segundo a Lei n. 12.016, de 07 de agosto de 2009* – Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 25

²⁴⁰FUX, Luiz. *O Novo Microsistema Legislativo das Liminares Contra o Poder Público. In Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. Luiz Fux, Nelson Nery Jr. Teresa Arruda Alvim Wambier (Coord.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, pp. 827-837.

“plano Collor”; e o art. 1º, § 5º, da Lei nº 8.437/92 banuiu a possibilidade de concessão de liminares para fins de compensação de créditos tributários.

De um modo geral, essas restrições, que se encontravam espalhadas em inúmeras leis, foram consolidadas no §2º, do art. 7º, da Lei nº 12.016/2009, segundo o qual não será concedida “medida liminar que tenha por objeto a compensação de créditos tributários, a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior, a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza”.

Não satisfeito em vedar a concessão de liminares no processo de mandado de segurança, o legislador ainda ampliou o leque de proibições ao estabelecer, no § 5º do mesmo art. 7º, que as vedações relacionadas com a concessão de liminares previstas na lei do mandado de segurança se estendem à tutela antecipada a que se referem os arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil. Essa extensão, aliás, já existia na legislação anterior, segundo a qual, em qualquer caso que a liminar em mandado de segurança fosse vedada, providência de igual conteúdo não poderia ser concedida em ação cautelar (art. 1º da Lei nº 8437/92) ou sob a forma de antecipação de tutela (art. 1º da Lei nº 9.494/97).

Em 1998, o Plenário do Supremo Tribunal Federal apreciou a constitucionalidade do dispositivo de lei que, em 1997, estendeu à tutela antecipada as vedações à concessão de liminares no mandado de segurança (art. 1º da Lei nº 9.494/97). A decisão foi proferida na Medida Cautelar à Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 4, relatada pelo Ministro Sydney Sanches. Na ocasião, o STF afirmou que havia “plausibilidade jurídica na arguição de constitucionalidade” e, por maioria de votos, suspendeu, até o julgamento final da ADC, a concessão “de tutela antecipada contra a Fazenda Pública, que tenha por pressuposto a constitucionalidade ou inconstitucionalidade do art. 1º da Lei nº 9.494, de 10.09.97”.²⁴¹ Dez

²⁴¹“EMENTA: AÇÃO DIRETA DE CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1º DA LEI N 9.494, DE 10.09.1997, QUE DISCIPLINA A APLICAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. MEDIDA CAUTELAR: CABIMENTO E ESPÉCIE, NA A.D.C. REQUISITOS PARA SUA CONCESSÃO. 1. Dispõe o art. 1º da Lei nº 9.494, da 10.09.1997: "Art. 1º . Aplica-se à tutela antecipada prevista nos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil, o disposto nos arts 5º e seu parágrafo único e art. 7º da Lei nº 4.348, de 26 de junho de 1964, no art. 1º e seu § 4º da Lei nº 5.021, de 09 de junho de 1966, e nos arts. 1º , 3º e 4º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992." 2. Algumas instâncias ordinárias da Justiça Federal têm deferido tutela antecipada contra a Fazenda Pública, argumentando com a inconstitucionalidade de tal norma. Outras instâncias igualmente ordinárias e até uma Superior - o S.T.J. - a têm indeferido, reputando constitucional o dispositivo em questão. 3. Diante desse quadro, é admissível Ação Direta de Constitucionalidade, de que trata a 2ª parte do inciso I do art. 102 da C.F., para que o Supremo Tribunal Federal dirima a controvérsia sobre a questão prejudicial constitucional. Precedente: A.D.C. n 1. Art. 265, IV, do Código de Processo Civil. 4. As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzem eficácia contra todos e até efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo, nos termos do art. 102, § 2º , da C.F.

anos após, em 2008, o Supremo Tribunal Federal prosseguiu no julgamento da ADC nº 4, julgando procedente o pedido e, em definitivo, declarando constitucional o dispositivo de lei.²⁴²

A nosso ver, no entanto, não pode haver pretensões legítimas que, *a priori*, sejam colocadas de fora do âmbito de proteção da jurisdição, pois “a titularidade de direitos é destituída de sentido na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação”.²⁴³

Já afirmamos ao longo desse trabalho que a garantia do acesso à Justiça é uma consequência fundamental e necessária do Estado Democrático de Direito e da vedação à autotutela, devendo ser assegurada, de forma ampla, a qualquer pessoa que tenha um direito *lesado* ou *ameaçado de lesão*, seja nas relações entre particulares ou naquelas que envolvem o particular e o Estado.

A Constituição, no inciso XXXV, do artigo 5º, não tolera que a lei exclua da apreciação do judiciário *lesão* ou mesmo a mera *ameaça de lesão a direito*, do que decorre a garantia a um processo efetivo, que produza providências jurisdicionais adequadas à resolução do conflito e que sejam, de fato, capazes de alterar a realidade material sensível para torná-la de acordo com o Direito. Sob essa perspectiva é que o princípio da inafastabilidade engloba também as providências preventivas de natureza liminar, desde que

5. Em Ação dessa natureza, pode a Corte conceder medida cautelar que assegure, temporariamente, tal força e eficácia à futura decisão de mérito. E assim é, mesmo sem expressa previsão constitucional de medida cautelar na A.D.C., pois o poder de acautelar é imanente ao de julgar. Precedente do S.T.F.: RTJ-76/342. 6. Há plausibilidade jurídica na arguição de constitucionalidade, constante da inicial (“*fumus boni iuris*”). Precedente: ADIMC - 1.576-1. 7. Está igualmente atendido o requisito do “*periculum in mora*”, em face da alta conveniência da Administração Pública, pressionada por liminares que, apesar do disposto na norma impugnada, determinam a incorporação imediata de acréscimos de vencimentos, na folha de pagamento de grande número de servidores e até o pagamento imediato de diferenças atrasadas. E tudo sem o precatório exigido pelo art. 100 da Constituição Federal, e, ainda, sob as ameaças noticiadas na inicial e demonstradas com os documentos que a instruíram. 8. Medida cautelar deferida, em parte, por maioria de votos, para se suspender, “*ex nunc*”, e com efeito vinculante, até o julgamento final da ação, a concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública, que tenha por pressuposto a constitucionalidade ou inconstitucionalidade do art. 1º da Lei nº 9.494, de 10.09.97, sustando-se, igualmente “*ex nunc*”, os efeitos futuros das decisões já proferidas, nesse sentido. (ADC 4 MC, Relator(a): Min. SYDNEY SANCHES, Tribunal Pleno, julgado em 11/02/1998, DJ 21-05-1999 PP-00002 EMENT VOL-01951-01 PP-00001)”.

²⁴²O acórdão definitivo da ADC 4 ainda não foi publicado, tendo sido divulgada apenas a decisão: “Decisão: Prossequindo no julgamento, o Tribunal, por maioria, vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio, julgou procedente a ação declaratória, nos termos do voto do Relator. Votou o Presidente, Ministro Gilmar Mendes. Redigirá o acórdão o Senhor Ministro Celso de Mello. Não participaram da votação os Senhores Ministros Cezar Peluso, Carlos Britto, Eros Grau e a Senhora Ministra Cármen Lúcia, por sucederem, respectivamente, aos Senhores Ministros Sydney Sanches, Ilmar Galvão, Maurício Corrêa e Nelson Jobim. Plenário, 01.10.2008”. Fonte: www.stf.jus.br Último acesso 30 de março de 2012.

²⁴³ CAPPELLETTI e GARTH. *Op. cit.* (*Acesso à justiça...*) pp. 9-12.

sejam elas, de acordo com as circunstâncias do caso concreto, medidas necessárias ou úteis à tutela efetiva dos direitos lesados ou apenas ameaçados de lesão.²⁴⁴

Com total acerto disse Joan Picó i Junoy que a tutela judicial não é tal sem medidas preventivas que assegurem o efetivo cumprimento da futura resolução definitiva. Por isso o legislador não pode eliminar de maneira absoluta a possibilidade de se adotar medidas preventivas dirigidas a assegurar a efetividade da sentença, privando o cidadão de uma espécie de providência que se inclui no conteúdo do direito à tutela jurisdicional efetiva:

La tutela judicial (...) no es tal sin medidas cautelares que aseguren el efectivo cumplimiento de la futura resolución definitiva que recaiga en el proceso. Por ello el legislador no puede eliminar de manera absoluta la posibilidad de adoptar medidas cautelares dirigidas a asegurar la efectividad de la sentencia, pues así vendría a privarse a los justiciables de una garantía que se configura como contenido del derecho a la tutela judicial efectiva²⁴⁵.

7.5 A recorribilidade da decisão que concede ou denega a liminar.

Com total acerto a Lei nº 12.016/2009 superou, explicitamente, o equivocado entendimento de que *não* seria cabível recurso contra a decisão do relator que aprecia o pedido de liminar no mandado de segurança de competência originária. Hoje, o parágrafo único, do art. 16, da Lei nº 12.016/2009 diz expressamente ser cabível o agravo contra a decisão do relator que concede ou denega a medida liminar, afastando por completo a orientação da Súmula 622 do STF,²⁴⁶ que já deveria ter sido cancelada.

Do mesmo modo, o § 1º, do art. 7º, da Lei do Mandado de Segurança, diz que da “decisão do juiz de primeiro grau que conceder ou denegar a liminar caberá agravo de instrumento”, o que desautoriza às inteiras o entendimento, ainda presente na jurisprudência, de que o cabimento do agravo contra esse tipo de decisão é algo excepcional e restrito a hipóteses graves e de ilicitude evidente.²⁴⁷

²⁴⁴MARINONI. *Op. cit. (Técnica Processual e Tutela dos Direitos...)*, pp. 139-140: “Antigamente, questionava-se sobre a existência de direito constitucional à tutela preventiva. Dizia-se, simplesmente, que o direito de ir ao Poder Judiciário não incluía o direito à “liminar”, desde que o jurisdicionado pudesse afirmar lesão ao direito e vê-la apreciada pelo juiz. Atualmente, diante da inclusão da locução “ameaça a direito” na verbalização do denominado princípio da inafastabilidade, não há mais qualquer dúvida sobre o direito à tutela jurisdicional capaz de impedir a violação do direito”.

²⁴⁵PICÓ I JUNOY. *Op. cit. (Las garantías...)*, p. 73: “Por ello, son inconstitucionales las normas que impiden radicalmente suspender, por vía jurisdiccional, la ejecutividad de las decisiones de la Administración”.

²⁴⁶ Súmula n. 622 do STF: “Não cabe agravo regimental contra decisão do relator que concede ou indefere liminar em mandado de segurança”.

²⁴⁷ Há decisões recentes do Tribunal Regional Federal da 2ª Região dizendo que “apenas em casos de decisão teratológica, com abuso de poder ou em flagrante descompasso com a Constituição, a lei ou com a orientação consolidada de Tribunal Superior ou deste tribunal justificaria sua reforma pelo órgão ad quem, em agravo de

Na verdade, não existe essa suposta excepcionalidade. Desde que o juiz aprecie o requerimento de liminar para conceder ou denegar a providência requerida estará resolvendo uma questão incidente e, assim, viabilizando a impugnação da decisão pela via do agravo (art. 522 do CPC). Ainda que não existisse previsão expressa na lei do mandado de segurança, se o Código de Processo Civil é fonte subsidiária e se no sistema do código as decisões interlocutórias podem ser impugnadas por agravo, segue-se que o mesmo deve acontecer no mandado de segurança.²⁴⁸

Já recordamos ao longo deste trabalho que se a lei cria determinado recurso, o acesso a ele se torna parte do direito à tutela jurisdicional efetiva e da garantia síntese do devido processo legal. Nesse sentido a lição de Joan Picó i Junoy, para quem “una vez diseñado el sistema de recursos por las leyes de enjuiciamiento de cada orden jurisdiccional, el derecho a su utilización pasa a formar parte del contenido de la tutela judicial efectiva”.²⁴⁹

O princípio do duplo grau de jurisdição constitui, assim, elemento do desejável equilíbrio entre a segurança jurídica e a ponderação nos julgamentos, não sendo recomendável confinar os julgamentos em um só grau de jurisdição, o que apenas contribui para perpetuar insatisfações e desconfianças do cidadão com o aparato estatal de resolução de litígios.²⁵⁰

O direito a um segundo julgamento por um tribunal de hierarquia superior é uma decorrência da garantia síntese do devido processo legal, uma consequência lógica dos dispositivos da Constituição que instituem os tribunais e fixam suas competências recursais, além de ser uma exigência do princípio democrático de limitação de poder.²⁵¹

E não se alegue que a celeridade que se espera do mandado de segurança desaconselha a recorribilidade de suas interlocutórias,²⁵² pois, como já disse Barbosa Moreira,

instrumento” (MS 10398, Processo 2011.02.01.000488-3, UF: RJ, Órgão Julgador: Terceira Seção Especializada. Data da decisão: 28.4.2011. Fonte E-DJF2R – Data 05.5.2011, Página 134, Relator: Desembargador Federal Reis Friede).

²⁴⁸BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Recorribilidade das decisões interlocutórias no processo do mandado de segurança*. In *Temas de direito processual*. Sexta Série. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 215.

²⁴⁹PICÓ I JUNOY. *Op. Cit. (Las garantías...)* p. 81.

²⁵⁰DINAMARCO. *Op. cit. (Instituições...)*, p. 237.

²⁵¹Segundo Marcio Senra, o princípio do duplo grau de jurisdição é um princípio implícito decorrente (1) da estrutura do poder judiciário, (2) do princípio da limitação do poder, (3) do princípio do devido processo legal e (4) do princípio da justiça. Ver SENRA, Marcio. *O princípio do duplo grau de jurisdição e sua sede constitucional*. 2012. Inédito.

²⁵²Dissertando sob a vigência da Lei 1.533/51 sobre o suposto não cabimento do agravo no mandado de segurança, disse Carlos Mário da Silva Velloso que “o fato de não existir, no processo de mandado de segurança, o recurso de agravo (...) tem razão de ser: é que, célere o mandado de segurança, fixando a lei prazos certos para o seu processamento (...), não se justificaria e nem seria possível o cabimento de agravos, obviamente”. VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *Do mandado de segurança e institutos afins na Constituição de 1988*. In *Mandados de segurança e de injunção*. Sálvio de Figueiredo Teixeira (Coord.), Saraiva, p. 89.

“a experiência consolidada do foro torna certo que a proscrição do agravo de jeito nenhum inibe os litigantes insatisfeitos com quaisquer pronunciamentos do órgão judicial ao longo do processo: barrada uma via, cuidam eles de procurar outra, e ninguém ignora a freqüência com que se recorre a sucedâneos – notadamente ao próprio mandado de segurança, que oferece a perspectiva da liminar”²⁵³.

²⁵³BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Recorribilidade das decisões interlocutórias no processo do mandado de segurança*. In *Temas de Direito Processual*. Sexta Série. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 216.

8 A PROVA NO PROCESSO DE MANDADO DE SEGURANÇA.

8.1 Ainda o direito líquido e certo.

Já vimos que a noção de direito líquido e certo não se associa a qualquer caráter incontestável do *direito* cuja tutela se pretenda no mandado de segurança, não havendo mais razão para supor que a complexidade do debate jurídico ou o caráter controvertido do direito impeça a impetração do *writ*.²⁵⁴ Liquidez e certeza são atributos que se agregam aos *fatos* constitutivos do direito do impetrante, que precisam ser demonstrados de plano, independentemente de dilação probatória. O direito líquido e certo, portanto, é aquele que decorre de fatos *comprováveis* e *comprovados* documentalmente por ocasião da propositura da ação.

Segundo Barbosa Moreira, a restrição da atividade probatória no processo de mandado de segurança ao exame de documentos preconstituídos justifica-se pela necessidade de fazer com que o processo se desenvolva segundo um rito célere, que permita uma proteção que não tarda a ser dispensada ao impetrante. A celeridade que se impõe ao mandado de segurança exige que se excluam do processo as diligências probatórias, pois a realização de perícias ou a oitiva de testemunhas redundaria numa maior complexidade do procedimento, o que o tornaria mais demorado.²⁵⁵

Mas a vedação à instrução probatória no mandado de segurança não é apenas uma decorrência da necessidade de que o procedimento se desenvolva de maneira célere. Essa proibição, mais do que isso, é uma decorrência direta do próprio sentido que se empresta à expressão direito líquido e certo, estando na base de sua definição. De efeito, na medida em que a Constituição atribui ao mandado de segurança a função de tutelar direitos líquidos e certos, assim entendidos como aqueles decorrentes de fatos *comprováveis* e *comprovados*

²⁵⁴O próprio Supremo Tribunal Federal fez editar a Súmula 625, que diz: “Controvérsia sobre matéria de direito não impede concessão de mandado de segurança”.

²⁵⁵BARBOSA MOREIRA *Op. Cit. (Mandado de Segurança – Uma apresentação)*, p. 81. “[à] medida que tivéssemos de mandar realizar perícia, por exemplo, ou ouvir testemunhas, então evidentemente o procedimento se tornaria mais complexo e, por conseguinte, mais demorado. O que se quer é uma proteção imediata, fulminante, se possível; mas, para isso temos de limitar o campo da admissibilidade das provas. Não há outra maneira de conciliar esses objetivos. Temos, portanto, de restringir, no processo de mandado de segurança, toda a atividade probatória ao exame de documentos, e de documentos preconstituídos”.

documentalmente por ocasião da propositura da ação, não se pode admitir a dilação probatória no seu procedimento.²⁵⁶

A exigência de que o impetrante faça a demonstração dos fatos de maneira pré-constituída não significa que a ocorrência desses fatos não possa ser negada pela autoridade coatora ou pelo representante judicial da pessoa jurídica de direito público. Nesse particular discordamos da lição de Celso Agrícola Barbi, para quem a definição do que é direito líquido e certo repousa na “indiscutibilidade dos fatos”²⁵⁷. A nosso ver, pode haver, sim, no mandado de segurança, discussão sobre a ocorrência ou não dos fatos constitutivos do direito do impetrante. O que se impõe é que o juiz decida sobre a ocorrência desses fatos com base em prova meramente documental.

Com razão Eduardo Arruda Alvim ao afirmar que a imposição de que o impetrante demonstre documentalmente e *ab initio* a existência dos fatos constitutivos do seu direito “não impede, todavia, que a autoridade coatora, ao prestar as informações, (...) negue a própria existência dos fatos. O que é essencial é que o juiz da prova documental possa dirimir a controvérsia, atribuindo certeza aos fatos”²⁵⁸. Em resumo, “discussão acerca dos fatos, evidentemente poderá existir. Só que o juiz haverá de poder dirimi-la pelo só exame dos documentos”.²⁵⁹

8.2 Restrição quanto aos meios de prova e quanto ao tempo de sua produção.

As normas do Código de Processo Civil sofrem, no processo de mandado de segurança, modificações restritivas quanto aos *meios* de prova e quanto ao *tempo* de sua produção.²⁶⁰

Quanto aos meios de prova, a restrição corresponde à só admissibilidade de prova documental, vedando-se a demonstração dos fatos pela prova pericial ou testemunhal. As

²⁵⁶Nesse sentido Cassio Scarpinella Bueno, segundo o qual a “interpretação da expressão ‘direito líquido e certo’ relaciona-se intimamente ao procedimento célere, ágil, expedito e especial do mandado de segurança, em que, por inspiração direta do habeas corpus, não é admitida qualquer dilação probatória”. Ver BUENO. *Op. Cit. (Mandado de segurança...)* p. 14. Da mesma forma André Ramos Tavares, nos seguintes termos: “Por força da determinação constitucional de que se trate de ‘direito líquido e certo’ (...) não se admite dilação probatória em sede de mandado de segurança”. Ver TAVARES *Op. cit. (Manual do novo mandado de segurança...)*, p. 34.

²⁵⁷ BARBI *Op. cit. (Mandado de segurança...)*. p. 169.

²⁵⁸ ARRUDA ALVIM. *Op. cit. (Mandado de segurança...)*. p. 92.

²⁵⁹ ARRUDA ALVIM. *Op. cit. (Mandado de segurança...)* p. 91.

²⁶⁰ BARBI, *Op. cit. (Mandado de segurança...)* p. 169-170

limitações quanto ao *tempo de produção da prova*, igualmente incidentes sobre ambas as partes, determinam que o autor apresente suas provas com a inicial e o réu com a defesa²⁶¹.

Embora ao impetrante, em regra, somente seja facultado produzir prova por ocasião do oferecimento da petição inicial, caso a autoridade coatora ou a pessoa jurídica apresentem prova documental de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito deduzido em juízo, como também de questões preliminares ao mérito, deverá o juiz ouvir novamente o impetrante, permitindo-lhe a produção de contraprova, igualmente documental. Deverá o juiz, portanto, aplicar o artigo 327 (“Se o réu alegar qualquer das matérias enumeradas no art. 301, o juiz mandará ouvir o autor no prazo de 10 (dez) dias, permitindo-lhe a produção de prova documental...”) e o artigo 398 (“Sempre que uma das partes requerer a juntada de documento aos autos, o juiz ouvirá, a seu respeito, a outra, no prazo de 5 (cinco) dias”), ambos do CPC.

Tal medida, evidentemente, importará em um certo prejuízo à celeridade do procedimento, mas será fundamental à salvaguarda dos princípios do contraditório e da ampla defesa. Em outras palavras, haverá um pequeno sacrifício à celeridade do mandado de segurança em prol de um grande benefício à ampla defesa e ao contraditório.²⁶² Aplica-se aqui, portanto, o *princípio da proporcionalidade* que, como afirma Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, permeia e a todo momento influencia a aplicação dos demais princípios de acesso à justiça.²⁶³

Com muita propriedade Thales Morais da Costa defendeu o ponto:

“Enfim, dada a supremacia do princípio do contraditório, o rito especial e célere do mandado de segurança deve ser interpretado à luz das normas constitucionais vigentes, abrindo-se vista às partes acerca da juntada de um documento. A solução contrária, por implicar o sacrifício de um princípio em benefício exacerbado de outro, não se justifica ante o critério da proporcionalidade que deve pautar toda a

²⁶¹ BARBI. *Op. cit.* (*Mandado de segurança...*), p. 170.

²⁶² Nessa linha é a lição de Eduardo Arruda Alvim, para quem, ocorrendo a hipótese descrita acima, é admissível levar o impetrante prova documental ao processo de mandado de segurança em outro momento processual, que não aquele do ajuizamento da ação, pois “o dispositivo constitucional que assegura a garantia do mandado de segurança (e do qual deflui o requisito da certeza do direito para a impetração) não pode deixar de ser interpretado em consonância com aqueles outros, também de índole constitucional, que asseguram os princípios do contraditório e da ampla defesa”. Ver ARRUDA ALVIM, *Op. cit.* (*Mandado de segurança...*) pp. 97 e 98. Também nesse sentido André Ramos Tavares ao dizer que “pode ocorrer (...) que a autoridade coatora abra margem à juntada de outros documentos em função das informações que preste”. Ver TAVARES, *Op. cit.*, (*Manual no novo mandado de segurança...*) p. 35. Igualmente nessa linha: STJ RMS 22.875/GO, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, j. 16/11/2006, DJ 04/12/2006.

²⁶³ Como diz o autor, o princípio da proporcionalidade passa pelo reconhecimento de que o juiz, no curso do processo, tem de fazer escolhas entre uma e outra interpretação, projetando e examinando os possíveis resultados, as possíveis soluções. Assim, o juiz compara os interesses em jogo e, finalmente, identifica o interesse mais valioso, harmonizando-o com os princípios e os objetivos buscados pela ordem jurídica. PINHEIRO CARNEIRO. *Op. cit.* (*Acesso à justiça...*) pp. 107-114.

atividade jurisdicional. A realização do contraditório é efetivamente a solução menos gravosa, pois acarreta tão-somente pequeno atraso na entrega da prestação jurisdicional, sendo que eventual perigo de perecimento do direito pode ser facilmente superado mediante a suspensão dos efeitos do ato impugnado”.²⁶⁴

Por fim, se os documentos apresentados forem fundamentadamente impugnados por falsos, não será cabível no processo o incidente de falsidade. Como explica Barbi, “arguido esse defeito da prova, desaparece a credibilidade do documento e, portanto, cria-se a dúvida em relação aos fatos alegados, o que basta para afastar o uso da via do mandado de segurança”.²⁶⁵

8.3 Exibição de documento ou coisa.

Embora, como vimos, caiba ao impetrante instruir sua petição inicial com todos os documentos necessários à demonstração dos fatos constitutivos do seu direito, se o documento necessário à prova do fato estiver em repartição ou estabelecimento público ou ainda em poder da autoridade apontada como coatora ou mesmo em poder de terceiro, caberá ao juiz ordenar a quem o detenha a sua exibição em original ou em cópia autenticada, no prazo de dez dias, nos termos do § 1º, do art. 6º, da Lei nº 12.016/2009.²⁶⁶

Nesse particular, embora a lei que disciplina o mandado de segurança não diga expressamente, há de se aplicar, subsidiariamente, as normas do Código de Processo Civil que cuidam do procedimento de “Exibição de Documento ou Coisa”.²⁶⁷ Dessa forma, o pedido de requisição de documento formulado pelo impetrante deve atender aos requisitos enunciados no art. 356 do CPC, devendo conter a individualização tão completa quanto possível do documento, a finalidade da prova e as circunstâncias em que se funda o requerente para afirmar que o documento existe e se acha em poder da parte contrária.

²⁶⁴COSTA, Thales Morais da. *Notas sobre o contraditório em mandado de segurança. In Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança 51 anos depois.* Cassio Scarpinella Bueno, Eduardo Arruda Alvim e Teresa Arruda Alvim Wambier (Coord.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 831.

²⁶⁵BARBI *Op. cit. (Mandado de segurança).* p. 169-170.

²⁶⁶“§ 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 se recuse a 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 10 (dez) dias. O escrivão extrairá cópias do documento para juntá-las à segunda via da petição”.

²⁶⁷CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo. *Comentários à Nova Lei do Mandado de Segurança: Lei 12.016, de 7 de agosto de 2009.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 70 “considerando que o presente dispositivo não especifica a sanção, ou o modo de obtenção do documento de maneira forçada, entende-se necessária a utilização das regras do Código de Processo Civil, de forma complementar.”

Se o documento necessário à prova do fato estiver em poder da autoridade apontada como coatora ou em repartição ou estabelecimento da pessoa jurídica a que pertença a autoridade impetrada, é também aplicável o art. 359 do CPC, segundo o qual o juiz admitirá como verdadeiros os fatos que, por meio do documento, a parte pretendia provar, se o requerido não efetuar a exibição, nem apresentar qualquer justificativa legítima para a recusa.

Caso aquele que recuse a exibição seja o terceiro em cujo poder esteja o documento, caberá ao juiz adotar as medidas de força de que trata o art. 362 do CPC, determinando a expedição de “mandado de apreensão, requisitando, se necessário, força policial, tudo sem prejuízo da responsabilidade por crime de desobediência”.²⁶⁸

Embora as medidas de força de que trata o art. 362 encontrem como destinatário imediato o terceiro, nada impede que elas sejam usadas também para a obtenção do documento que esteja em poder da autoridade apontada como coatora ou em repartição ou estabelecimento da pessoa jurídica a que pertence a autoridade.

8.4 Ônus da prova

Os princípios estabelecidos no art. 333 do Código de Processo Civil para a distribuição dos “ônus da prova” aplicam-se em sua plenitude ao mandado de segurança, cabendo ao impetrante o ônus de provar o fato constitutivo do seu direito e ao réu o ônus de demonstrar a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do impetrante.²⁶⁹

No bojo do mandado de segurança não é lícito ao juiz inverter o ônus da prova ou mesmo distribuí-lo equanimemente, a pretexto de preservar a paridade de armas e a igualdade substancial das partes litigantes. Uma medida de tal natureza desnaturaria por completo o procedimento do mandado de segurança, concebido à luz da cláusula que impõe o direito líquido e certo. Caso o juiz fique convencido de que a hipótese contida nos autos justifica a inversão do ônus probatório ou a sua distribuição equânime, deverá provocar as partes para que convertam o procedimento em ordinário, no curso do qual poderão desempenhar ampla atividade probatória.

²⁶⁸Para Luiz Fux, além de poder o juiz determinar a busca e apreensão do documento e presumir verdadeiros os fatos narrados pelo impetrante, pode ele se valer também da resposta jurídico-penal de que trata o art. 26 da Lei 12.016/2009, pois, consoante o autor, a decisão que determina a exibição do documento tem natureza de ordem e, portanto, o seu descumprimento subsume-se no crime de desobediência. Ver FUX. *Op. cit. (Mandado de segurança...)*, p. 149.

²⁶⁹PINHEIRO CARNEIRO. *Op. cit. (A atuação do Ministério Público na área cível...)*, p. 300: “O ônus da prova da ilegitimidade passiva ad causam é da parte que a alega, devendo esta, através de elementos próprios e suficientes, demonstrar o fato, sob pena de rejeição da preliminar”.

Em capítulo precedente já se viu que, embora a doutrina divirja sobre o melhor enquadramento teórico da exigência de direito líquido,²⁷⁰ há concordância quanto a ser extinto o processo sem resolução de mérito caso se constate que a demonstração dos fatos constitutivos demanda dilação probatória. Assim, tradicionalmente, se os fatos forem comprovados de plano, deve o juiz resolver o mérito; por outro lado, se os fatos não forem comprovados de plano, caberá então ao juiz extinguir o processo sem adentrar o mérito.

No entanto, é importante estar atento para o fato de que a extinção do processo sem resolução do mérito é uma medida frustrante e que representa o fracasso do meio processual, razão pela qual é algo que deve ser evitado e relegado a casos graves e excepcionais. Sempre que possível deve-se buscar o aproveitamento dos atos processuais já praticados e do procedimento como um todo, evitando-se extinções do processo por anomalias que podem ser corrigidas com o emprego de alguma boa vontade. Afinal, a existência do processo é justificada pelos seus escopos, não pelas suas formas e ritos.²⁷¹

Por isso, sempre que o juiz verificar que a demonstração do fato constitutivo do direito do impetrante demanda dilação probatória, em vez de extinguir o processo sem resolução de mérito, deve facultar ao demandante o direito de requerer a conversão do procedimento em ordinário, de modo que se prossiga com a demanda no bojo de procedimento que consagra amplas possibilidades probatórias.

Essas ideias, diga-se, guardam estreita correlação com o *princípio de acesso à justiça da utilidade*, que propõe uma releitura do sistema de nulidades do ato processual, de modo a priorizar a lógica da instrumentalidade das formas, evitando-se a decretação de nulidade onde não haja prejuízo.²⁷²⁻²⁷³

²⁷⁰Segundo Eduardo Arruda Alvim, a exigência de direito líquido e certo é uma condição da ação do mandado de segurança, estabelecida no patamar constitucional, que se acresce às condições genéricas. Ver ARRUDA ALVIM. *Op. cit. (Mandado de segurança...)* p. 103. Também nesse sentido DECOMAIN. *Op. cit. (Mandado de segurança)*, p. 30 e FERRAZ *apud* TAVARES. *Op. cit. (Manual do novo mandado de segurança...)*, p. 30. Para Cassio Scarpinella Bueno essa exigência está ligada à adequação do meio processual empregado pelo demandante, razão pela qual se situa no âmbito do *interesse de agir*. É, assim, condição da ação, mas não uma condição especial e sim uma manifestação da condição genérica interesse de agir. Ver BUENO. *Op. cit. (Mandado de segurança...)*, p. 16. Concordam com esse entendimento Bruno Garcia Redondo, Guilherme Perez de Oliveira e Ronaldo Cramer. Ver REDONDO, OLIVEIRA e CRAMER. *Op. cit. (Mandado de segurança...)*, p. 44. Na visão de Luiz Fux, a impetração do mandado de segurança sem a demonstração pré-constituída dos fatos implica a inadequação da via eleita, razão pela qual a exigência é um *pressuposto processual* objetivo, concernente à adequação do procedimento. Ver FUX *Op. cit.*, (Mandado de segurança...) p. 47. Nesse mesmo sentido é a opinião Leonardo Greco, para quem se trata “de pressuposto processual objetivo (adequação do procedimento) que não subtrai do autor o direito à jurisdição sobre o litígio, mas apenas invalida a sua busca através da via do mandado de segurança”. Ver GRECO. *Op. cit. (Teoria da Ação...)*, p. 44.

²⁷¹BEDAQUE. *Op. cit.*, (*Efetividade do processo e técnica processual...*). p. 61.

²⁷²PINHEIRO CARNEIRO. *Op. cit. (Acesso à justiça...)*, pp. 89-106.

9 O PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Da mesma forma que a antiga Lei nº 1.533/51, a atual Lei nº 12.016/2009, em seu artigo 12, faz menção expressa à intervenção do Ministério Público no processo de mandado de segurança, impondo o oferecimento de parecer, no prazo improrrogável de 10 (dez) dias. Em suma, vindas as informações da autoridade, caberá ao órgão de execução do Ministério Público, oficiando como *custos legis*, opinar sobre o pedido de mandado de segurança. Findo o prazo de intervenção do MP, os autos devem seguir à conclusão judicial, ainda que o órgão do MP não tenha, de fato, ofertado o parecer.

Evidentemente que o papel do Ministério Público não pode ser confundido com o de defensor dos interesses da Fazenda Pública, na justa medida em que o inciso IX, do art. 129, da Constituição veda que o MP exerça a função atípica de representação judicial e consultoria jurídica de entidades públicas.²⁷⁴ A função fiscalizadora do Ministério Público no processo de mandado de segurança deve ser compreendida à luz de suas funções constitucionais de tutela da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 129, *caput*, da Constituição), razão pela qual o órgão de execução do Ministério Público deve ser independente para oferecer sua opinião tanto pela concessão quanto pela denegação da ordem.²⁷⁵

Resta saber, no entanto, se a independência funcional do Ministério Público compreende também o poder de decidir em cada caso se a sua intervenção ocorrerá ou não.

Sobre o polêmico assunto, o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) editou a Recomendação nº 16, de 28 de abril de 2010, mediante a qual resguardou o membro do Ministério Público de exercer sua independência funcional para, dependendo do objeto do *writ*, ofertar ou não seu parecer.²⁷⁶

²⁷³ Necessário lembrar, a propósito, que o princípio da instrumentalidade das formas é fator de flexibilização não apenas do ato individualmente considerado, mas do próprio procedimento como um todo. Ver BEDAQUE, *Op. cit.* (*Efetividade do processo e técnica processual...*), p. 64.

²⁷⁴ CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *O Ministério Público no processo civil e penal. Promotor natural, atribuição e conflito*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 15: “A nova Constituição, como anteriormente examinado, só permite que o MP exerça outras funções que lhe forem conferidas desde que compatíveis com sua finalidade, o que exclui, obviamente, toda e qualquer função considerada atípica (art. 129, IX)”.

²⁷⁵ Sobre o princípio da independência funcional do Ministério Público ver PINHEIRO CARNEIRO. *Op. cit.* *O Ministério Público no processo civil e penal...*, p. 46.

²⁷⁶ “Art. 5º. Perfeitamente identificado o objeto da causa e respeitado o princípio da independência funcional, é desnecessária a intervenção ministerial nas seguintes demandas e hipóteses: (...) XXII - Intervenção em mandado de segurança”.

Importantes autores defendem a juridicidade desse posicionamento do CNMP. Luiz Fux diz que, se os autos devem ser levados à conclusão do juiz com ou sem o parecer do MP, é porque a intervenção deixou de ser obrigatória.²⁷⁷ André Ramos Tavares tem a mesma opinião e sustenta que o processo deve ser remetido ao Ministério Público, a quem caberá apreciar a necessidade de sua intervenção, de acordo com os parâmetros estabelecidos na Constituição.²⁷⁸

Ousamos discordar desse ponto de vista. A nosso ver a lei pode identificar abstratamente uma espécie de relação jurídica processual e impor a atuação do Ministério Público, presumindo que nela haja um interesse público primário apto a exigir a participação dessa importante instituição.²⁷⁹ Afinal, se no mandado de segurança discute-se a existência de um ato ilegal ou abusivo por parte da Administração Pública contra o indivíduo ou a coletividade, é razoável que a lei imponha, para todos os casos, a fiscalização do órgão a quem a Constituição incumbe a tutela da ordem jurídica e a proteção dos direitos sociais e individuais indisponíveis.

Não nos impressiona a alegação de que a independência funcional do órgão de execução do Ministério Público viabilize a ele dispensar sua intervenção no processo, pois a liberdade e autonomia do *parquet*, que caracterizam o princípio da independência funcional, não podem ser exercidas contra texto expresso de lei.²⁸⁰

Não aceitamos, outrossim, a ideia de que a intervenção obrigatória do Ministério Público no processo de mandado de segurança o transforma em um simples auxiliar do juiz, um “parecerista” qualquer, menoscabando, assim, o elevado papel da instituição. Bem ao contrário, a possibilidade do Ministério Público atuar em todos os processos de mandado de segurança simboliza o seu elevado *status*, pois o coloca em um ponto de observação valioso e estratégico. Graças a isso o Ministério Público pode observar, em cada caso e no dia a dia, o

<http://www.conamp.org.br/Recomendaes%20do%20CNMP/Recomenda%C3%A7%C3%A3o%2016,%20de%2028%20de%20abril%20de%202010.pdf> Último acesso em 18.5.2012

²⁷⁷ FUX. *Op. cit. (Mandado de segurança...)*, p. 30.

²⁷⁸ TAVARES. *Op. cit. (Manual do novo mandado de segurança...)*, p. 79.

²⁷⁹ Paulo Cezar Pinheiro Carneiro enuncia diversas hipóteses legais em que o Ministério Público atua, por força de lei, como *custos legis*: a) na ação de usucapião; b) na ação de acidente de trabalho; c) nos processos falimentares em geral; d) nas ações que envolvem diretamente o Registro Público; e) nas ações destinadas à proteção dos interesses difusos; f) na ação popular; g) na abertura, registro e cumprimento de testamento; h) no arrolamento; i) nos conflitos de competência; j) na herança jacente etc. Ver PINHEIRO CARNEIRO *Op. cit. (O ministério Público no processo civil e penal...)*, pp. 31-32.

²⁸⁰ THEODORO JR., Humberto. *Op. cit. (O mandado de segurança...)*, p. 22.: “a participação do Ministério Público é obrigatória”. Também nesse sentido Buzaid, para quem a intervenção do Ministério Público “é necessária nos dois graus de jurisdição, e no Supremo Tribunal Federal opinará sempre o Procurador-Geral da República”. Ver BUZOID. *Op. cit. (Do mandado de segurança...)* p.189. Há acórdãos do STJ dizendo que não basta remeter os autos ao MP é necessário o seu efetivo pronunciamento (REsp 948090/DF), embora também haja arestos dizendo que essa decisão cabe, ao fim e ao cabo, ao próprio MP (REsp 602849/RJ).

comportamento da Administração Pública, de que modo ela vem agindo, o que ela está deixando de fazer e quais são as principais queixas dos cidadãos. Tais informações, bem trabalhadas, são de fundamental importância para a organização da instituição e para o desempenho de suas funções institucionais, quer na tutela de direitos individuais, quer na tutela de interesses coletivos.²⁸¹

Outro problema – que não convém agora aprofundar, mas que pode ser relevante mencionar – ocorre quando o juiz profere sentença sem antes remeter o processo ao Ministério Público. Será o caso, na hipótese, de se decretar a nulidade de todo o feito? Parece-nos que não necessariamente. Como já assentamos ao longo desse estudo, a teoria contemporânea das nulidades processuais aponta no sentido de que o ato processual *não* deve ser considerado nulo pelo mero não atendimento de suas formalidades legais. As nulidades processuais não se exaurem com o simples vício de forma, sendo necessário que se demonstre o prejuízo e também o não atingimento da finalidade do ato.²⁸²

Como bem diz Antonio do Passo Cabral:

O maior princípio, aquele de maior importância na teoria das nulidades, sem sombra de dúvida é o princípio da instrumentalidade das formas. Segundo esta máxima, os atos processuais não serão pronunciados nulos por atipicidade formal se, mesmo praticados de outra maneira, atingirem seus objetivos. Os atos irregulares por inobservância da forma somente serão pronunciados nulos se seu objetivo não tiver sido alcançado. Vale dizer, nem sempre um ato defeituoso será inválido. Impende proceder a outros exames, verificadores das finalidades do ato e do processo²⁸³.

Por essa razão, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, com acerto, orienta no sentido de que há de ser ponderada, nessas hipóteses de falta de intimação do MP, a existência de efetivo prejuízo ao interesse público, em homenagem ao princípio da instrumentalidade das formas (STJ, ROMS 20498/MG).²⁸⁴

²⁸¹ Ajunte-se que a intervenção obrigatória do Ministério Público nesse tipo de ação não é exclusividade brasileira, estando também prevista, por exemplo, no amparo espanhol, como veremos mais adiante.

²⁸² CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Desconsideração da coisa julgada. Sentença inconstitucional*, Rio de Janeiro: Revista Forense, Volume 384, 2006. Ainda sobre o tema, PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Esboço de uma Teoria das Nulidades Aplicadas às Nulidades Processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, pp. 123-142.

²⁸³ CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, pp. 49-50.

²⁸⁴ RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. MINISTÉRIO PÚBLICO. ART. 10 DA LEI Nº 1.533/51. INTIMAÇÃO. PARTICIPAÇÃO. OCORRÊNCIA. NULIDADE. PREJUÍZO INOCORRÊNCIA. SERVIDOR PÚBLICO. EXERCÍCIO DE FUNÇÕES GRATIFICADAS ENTRE 8/4/1998 E 4/9/2001. QUINTOS. DÉCIMOS. INCORPORAÇÃO. POSSIBILIDADE.

I - A orientação jurisprudencial desta e. Corte Superior firmou-se no sentido de que a participação do Ministério Público nas ações de mandado de segurança é obrigatória (artigo 10 da Lei nº 1.533/51).

II - Entendimento jurisprudencial mais recente, informa que, mesmo nessas hipóteses, há de ser sopesada, no caso concreto, a existência de efetivo prejuízo, em homenagem ao princípio da instrumentalidade das formas. Precedentes do STJ.

10 A SENTENÇA E SEU RECURSO

Findo o prazo de que dispõe o Ministério Público para ofertar seu parecer, os autos do processo de mandado de segurança devem ser encaminhados à conclusão para sentença, que deverá ser proferida em, no máximo, trinta dias.²⁸⁵

Como ocorre na generalidade dos casos, poderá o juiz proferir sentença meramente terminativa, extinguindo o processo sem resolução de mérito, na forma do art. 267 do Código de Processo Civil.²⁸⁶ Caso, no entanto, o juiz identifique a presença de todos os requisitos de admissibilidade da ação e do processo, deverá proferir sentença de mérito, para acolher ou rejeitar o pedido formulado na petição inicial.

Como também se dá na generalidade dos processos, transitada em julgado a sentença meramente terminativa, não haverá a produção de coisa julgada material, o que não impede nova impetração de mandado de segurança, desde que respeitado o prazo de 120 dias.²⁸⁷ Ultrapassados os 120 dias e, assim, inviabilizada nova impetração de mandado de segurança, apenas poderá o requerente postular o seu direito pelas vias ordinárias.²⁸⁸

III - Na hipótese, intimado a se manifestar perante o e. Tribunal Regional Federal da 1ª Região, o representante do Ministério Público Federal apresentou parecer no qual afirmou que não havia interesse indisponível a ser tutelado no presente mandamus. Nesse contexto, garantida a participação do Ministério Público e ante a inexistência de prejuízo, afasta-se a preliminar de nulidade do v. acórdão recorrido.

IV - De igual modo, afasta-se a preliminar de perda de objeto pelo reconhecimento do direito dos recorrentes, uma vez que tal decisão administrativa seria datada de dezembro de 2004 e o recurso ordinário foi apresentado em 6/5/2005, evidenciando, assim, o interesse recursal dos recorrentes.

V - A Medida Provisória n.º 2.225-45/2001, com a revogação dos artigos 3º e 10 da Lei n.º 8.911/94, autorizou a incorporação da gratificação relativa ao exercício de função comissionada no período de 8/4/1998 a 4/9/2001, transformando tais parcelas, desde logo, em VPNI - Vantagem Pessoal Nominalmente Identificada. Precedentes do STJ.

VI - Ressalte-se, entretanto, que o reconhecimento do direito aqui vindicado não inviabiliza a aplicação do novo teto constitucional estabelecido pela Emenda Constitucional nº 41, de 19.12.03, que passou a incluir a vantagem de caráter pessoal no cômputo da remuneração do servidor para fins do teto.

Preliminares de nulidade pela falta de manifestação efetiva do Ministério Público e de perda de objeto do mandamus rejeitadas.

Recurso ordinário provido”.

(RMS 20.498/MG, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 25/09/2007, DJ 15/10/2007, p. 296)

²⁸⁵ Segundo o parágrafo único do art. 12 da Lei 12.016/2009, a sentença “*deverá ser necessariamente proferida em 30 (trinta) dias*”. No regime anterior esse prazo era de 5 dias (art. 10 da Lei 1.533/51). A lei, no entanto, não estabelece qualquer consequência imediata ao descumprimento desse tipo de prazo imposto ao juiz.

²⁸⁶ O § 5º do art. 6º da Lei 12.016/2009 utiliza a expressão denegação da segurança também para as hipóteses de extinção do writ sem resolução de mérito. No entanto, é de maior precisão técnica valer-se da expressão denegação ou concessão da segurança para as hipóteses em que ocorre o julgamento do mérito da impetração.

²⁸⁷ Nesse sentido é o preceito do § 6º do art. 5º da Lei 12.016/2009, segundo o qual “*O pedido de mandado de segurança poderá ser renovado dentro do prazo decadencial, se a decisão denegatória não lhe houver apreciado o mérito*”.

²⁸⁸ Eis a redação do art. 19 da Lei 12.016/2009: “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”. Empregando outras palavras, tem o mesmo sentido a orientação da Súmula n.

Evidentemente que da sentença que extingue o mandado de segurança sem resolução de mérito é cabível o recurso de apelação, o qual pode produzir o efeito expansivo de que trata o art. 515, § 3º, do CPC, viabilizando, em tese, que o tribunal casse a sentença terminativa e julgue desde logo o mérito por acórdão definitivo, desde que, claro, a causa esteja madura para julgamento.²⁸⁹

A Lei nº 12.016/2009 também cuida da sentença meramente terminativa em seu artigo 10, embora ali se faça referência à decisão de indeferimento da petição inicial a ser proferida “quando não for o caso de mandado de segurança ou lhe faltar algum dos requisitos legais ou quando decorrido o prazo de 120 dias”.²⁹⁰ Decerto que, antes de indeferir a petição inicial, deve o juiz facultar a sua emenda, aplicando-se, nesse particular, o art. 284 do CPC.²⁹¹

Do indeferimento da petição inicial pelo juiz de primeiro grau caberá apelação, nos termos do que diz o §1º desse mesmo artigo 10, podendo o juiz retratar-se, na forma do art. 296 do CPC, cuja aplicação ocorre aqui de maneira subsidiária.²⁹²

Além disso, é importante lembrar que o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que se aplica no procedimento do mandado de segurança a norma do art. 285-A do CPC, que permite ao juiz indeferir desde logo o pedido formulado na inicial, dispensando a citação, caso a matéria controvertida seja unicamente de direito e já tenha sido proferida sentença de total improcedência em casos idênticos naquele juízo.²⁹³

304 do STF: “Decisão denegatória de Mandado de Segurança, não fazendo coisa julgada contra o impetrante, não impede o uso da ação própria”.

²⁸⁹FUX. *Op. cit. (Mandado de Segurança...)*, p. 88: “Tratando-se de decisão terminativa e em face da concentração da prova pré-constituída é possível a aplicação da teoria da causa madura em ambos os recursos, consoante previsto no art. 515, § 3º, do CPC”.

²⁹⁰Art. 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.

²⁹¹MEDINA e ARAÚJO. *Op. cit. (Mandado de Segurança Individual e Coletivo...)*, p. 142.

²⁹²SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil. Direito Processual Coletivo e Direito Processual Público*. Vol 2. Tomo III, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 68.

²⁹³“PROCESSO CIVIL. TRIBUTÁRIO. COMPENSAÇÃO DE ICMS. PRECATÓRIO CEDIDO. DECRETO 418/2007. INDEFERIMENTO LIMINAR DA INICIAL. IMPOSSIBILIDADE. 1. O indeferimento liminar da inicial do mandado de segurança pode ocorrer tanto pela não observância das regras processuais para o processamento do feito - ensejando a denegação do mandamus sem apreciação do mérito - como também pelo reconhecimento da decadência e pela aplicação do art. 285-A, do CPC, resultando no julgamento liminar de mérito. Aplica-se, subsidiariamente, o Código de Processo Civil ao procedimento previsto para a ação mandamental.

2. O julgamento da demanda com base no art. 285-A, do CPC, sujeita-se aos seguintes requisitos: i) ser a matéria discutida exclusivamente de direito; ii) haver o juízo prolator do decisum julgado improcedente o pedido em outros feitos semelhantes, fazendo-se alusão aos fundamentos contidos na decisão paradigma, demonstrando-se que a ratio decidendi ali enunciada é suficiente para resolver a nova demanda proposta.

3. No caso, o acórdão recorrido indeferiu a inicial, ao argumento de que não havia direito líquido e certo à compensação do tributo, tendo em vista precedente da Corte Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, que reconheceu a constitucionalidade do Decreto 418/2007. Não se indicou expressamente a aplicação do art. 285-A, do CPC, nem houve menção aos fundamentos de decisões anteriormente proferidas pelo mesmo juízo em processos semelhantes.

Concedida a ordem, para que se dê cumprimento à sentença do mandado de segurança basta que se remeta ofício à autoridade coatora ou à pessoa jurídica interessada, nos termos do que consta do art. 13 da Lei nº 12.016/2009.²⁹⁴ Da mesma forma, a sentença de mérito que fixa para a Administração uma imposição *pecuniária* deve ser cumprida de plano, sem necessidade de execução *stricto sensu*, sendo importante lembrar, no entanto, que a sentença que acolhe o pedido formulado na inicial do mandado de segurança não pode produzir efeitos patrimoniais em relação a períodos anteriores à impetração, os quais devem ser reclamados administrativamente ou pela via processual própria, isso porque, consoante entendimento sumulado do Supremo Tribunal Federal, o mandado de segurança não pode servir como substitutivo de ação de cobrança (Súmulas 269²⁹⁵ e 271²⁹⁶ do STF). Tal óbice, no entanto, não impede que a sentença imponha à Administração o pagamento de parcelas que se venceram no curso da lide, em relação às quais há de se adotar a sistemática dos precatórios, de que trata o art. 100 da Constituição.²⁹⁷

Ao contrário da lei anterior, a Lei nº 12.016/2009, em seu art. 26, dispõe expressamente sobre as penalidades impostas pelo eventual descumprimento da sentença concessiva do mandado de segurança. Nos termos do dispositivo legal, o seu descumprimento subsume-se na conduta típica do crime de desobediência, tipificado no art. 330 do Código Penal, sem prejuízo das sanções administrativas e de eventual enquadramento no crime de responsabilidade.²⁹⁸

4. O aresto impugnado deve ser anulado para que seja reapreciada a petição inicial do mandado de segurança, à luz dos dispositivos processuais incidentes na espécie.

5. Recurso ordinário em mandado de segurança provido”.

(RMS 31.585/PR, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/04/2010, DJe 14/04/2010)

²⁹⁴ ARRUDA ALVIM. *Op. cit. (Mandado de Segurança...)*, p. 294.

²⁹⁵ Súmula nº 269: “O mandado de segurança não é substituto de ação de cobrança”.

²⁹⁶ Súmula nº 271: “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”.

²⁹⁷ FUX. *Op. cit. (Mandado de Segurança...)*, p. 90: “A decisão mandamental que determina o restabelecimento do statu quo ante, ainda que se refira a benefício pecuniário, deve ser cumprida de plano sem necessidade de execução estrito sensu. Diversamente, a sentença mandamental que impõe prestação pecuniária a partir do trânsito em julgado e referente às obrigações vencidas a partir do ajuizamento, criando ‘obrigações novas’ para a Fazenda Pública, deve subsumir-se à execução judicial tradicional, a qual culmina com a expedição de precatório”.

²⁹⁸ ARRUDA ALVIM. *Op. cit. (Mandado de Segurança...)*, p. 289: “Outra alternativa não se abre à Administração, senão a de dar estrito cumprimento à ordem emanada da sentença concessiva da segurança, sob pena, inclusive, de infração penal, qual seja, crime de desobediência, nos termos do art. 330 do Código Penal, ou crime de prevaricação, a teor do art. 319 do Código Penal, sem prejuízo das sanções administrativas e da aplicação da Lei nº 1.079/50, segundo o art. 26 da Lei nº 12.016/09, que, a despeito de só mencionar o crime de desobediência, não quer significar que a autoridade coatora não possa ser sujeito ativo de crime de prevaricação, na hipótese de o retardamento da prática da ordem se der para satisfazer interesse ou sentimento pessoal. O descumprimento pode render ensejo, ainda, à intervenção (estadual nos Municípios, art. 35, IV, da CF/88; ou da União nos Estados ou Distrito Federal, art. 34, VI, da CF/88)”.

Da sentença de mérito que acolhe ou rejeita o pedido de mandado de segurança também é cabível o recurso de apelação, como deixa claro o art. 14 da Lei nº 12.016/2009.²⁹⁹

Se a sentença é de procedência, isto é, concessiva do mandado de segurança, a apelação, em regra, não terá efeito suspensivo, devendo ser cumprida desde logo. Todavia, se a sentença concessiva do mandado de segurança versar sobre aquelas hipóteses em que o legislador vedou a concessão de liminares (art. 7º, § 2º), o recurso de apelação eventualmente interposto terá, sim, efeito suspensivo.³⁰⁰ Assim, a norma que veda a concessão de liminares acaba por vedar, nessas mesmas hipóteses, a execução provisória da sentença concessiva de mandado de segurança.

Nos termos do §1º, do art. 14, da Lei nº 12.016/2009, concedida a segurança, a sentença fica sujeita *obrigatoriamente* ao duplo grau de jurisdição, semelhante àquilo que se dá na generalidade dos casos por força do art. 475 do CPC.

Mas há aqui uma importante peculiaridade. Enquanto na disciplina geral do Código a remessa necessária vem acompanhada de efeito suspensivo, só produzindo efeitos a sentença depois de confirmada pelo tribunal, no caso do mandado de segurança a remessa necessária da sentença concessiva da ordem tem, *em regra*, apenas efeito devolutivo, devendo ser cumprida de pronto. A remessa necessária no mandado de segurança apenas terá efeito suspensivo em hipóteses *excepcionais*, quando a controvérsia corresponder àquelas mesmas situações em que o legislador vedou a concessão de liminares.

Então, se a sentença é concessiva, a remessa necessária terá efeito meramente devolutivo e, assim, não impedirá a execução provisória, mas se a sentença é concessiva e a hipótese é daquelas em que não se admite a liminar, aí então a remessa terá efeito suspensivo e a sentença não poderá ser executada provisoriamente, na forma do §1º c/c § 3º do art. 14 da Lei nº 12.016/2009.

Em virtude de uma de suas últimas reformas, empreendida pela Lei nº 10.352, de 26 de dezembro de 2001, o Código de Processo Civil passou a estabelecer duas corretas restrições à remessa necessária. Por força do § 2º do art. 475 do CPC, deixou de haver remessa necessária sempre que a condenação da Fazenda Pública ou o direito sobre o qual se controverte for de valor certo não excedente a 60 salários mínimos, bem como no caso de procedência dos embargos de devedor na execução de dívida ativa do mesmo valor. Além dessa hipótese, também deixou de existir remessa necessária quando a sentença estiver

²⁹⁹“Art. 14. Da sentença, denegando ou concedendo o mandado, cabe apelação”.

³⁰⁰“Art. 14. § 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”.

fundada em súmula ou jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula do Superior Tribunal de Justiça, na forma do § 3º do mesmo art. 475.

Bastante lúcida, diga-se, a opção do legislador de evitar a remessa necessária em hipóteses economicamente pouco relevantes e naquelas em que a controvérsia de direito já está pacificada na jurisprudência. Se ainda não foi possível banir a remessa necessária como prerrogativa da Fazenda Pública, que pelo menos ela se restrinja a casos realmente imprescindíveis e relevantes

A nosso juízo, as ressalvas dos §§ 2º e 3º do art. 475 do CPC devem ser aplicadas subsidiariamente no procedimento do mandado de segurança. Não havendo a interposição da apelação, não nos parece nada lógico impedir o trânsito em julgado da sentença em causas a respeito das quais não há notável relevância econômica ou acesa divergência jurisprudencial.³⁰¹

No entanto, o posicionamento que vem sendo adotado pelo Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que essas ressalvas não se aplicam ao mandado de segurança, que se submete a legislação própria.³⁰²

³⁰¹MEDINA e ARAÚJO. *Op. cit. (Mandado de Segurança Individual e Coletivo...)*, p. 166. Em sentido contrário, SCARPINELLA BUENO. *Op. cit. (A Nova Lei do Mandado de Segurança...)*, p. 80: “Em qualquer caso, destarte, a sentença concessiva do mandado de segurança ficará sujeita ao reexame necessário, independentemente de haver recurso pela autoridade coatora, pela entidade a que pertence ou por outro litisconsorte. A sua sujeição ao reexame necessário não depende do valor da causa (art. 475, § 2º, do Código de Processo Civil), e tampouco de a sua fundamentação afinar-se com a jurisprudência predominante ou sumulada do Supremo Tribunal Federal ou do tribunal superior competente (art. 475, § 3º, do Código de Processo Civil). É esta, inequivocamente, a escolha feita pelo legislador mais recente, que, por não artrar com o ‘modelo constitucional do direito processual civil’, deve prevalecer”.

³⁰²AgRg no REsp nº 654.968/SP, Rel. Min. Paulo Gallotti; REsp nº 723.469/SP, Relª p/ac. Minª Denise Arruda; REsp nº 595.110/SP, Relª Minª Laurita Vaz; REsp nº 604.050/SP, Relª Minª Eliana Calmon; REsp nº 739.684/PR, Rel. Min. Francisco Falcão; REsp nº 723.469/SP, Relª p/ac Minª Denise Arruda; REsp nº 595.110/SP, Relª Minª Laurita Vaz; REsp nº 786.561/RS, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins; REsp nº 736.239/RS, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca; REsp nº 604.050/SP, Relª Minª Eliana Calmon; REsp nº 279.217/PR, Rel. Min. Jorge Scartezini.

11 A SUSPENSÃO DA SEGURANÇA.

A Lei nº 12.016/2009, em seu artigo 15, manteve o instituto da suspensão de segurança. Por meio desse insólito instituto,³⁰³ o presidente do tribunal ao qual couber o conhecimento de eventual recurso fica autorizado a suspender a execução da liminar ou da sentença proferida no mandado de segurança.

Para decidir pela suspensão da liminar ou da sentença, o presidente do tribunal pode valer-se de critérios de índole política, de modo a preservar a ordem, a saúde, a segurança e a economia públicas. Permite-se, com isso, que a percepção política do presidente do tribunal faça cessar os efeitos de um pronunciamento jurisdicional, razão por que o instituto, *visto em sua literalidade*, consagra uma grave afronta ao Estado Democrático de Direito, subjugando a juridicidade de atos estatais de tutela de direitos a conveniências de natureza política.³⁰⁴

Na verdade, o instituto da suspensão de segurança deita raízes numa concepção radical e já ultrapassada do suposto princípio da supremacia do interesse público, como se a eficácia concreta de direitos individuais, fundados na lei ou na Constituição e assegurados pelo juiz natural, pudesse estar submetida às conveniências momentâneas do interesse público.

A crença que está na base ideológica do instituto da suspensão de segurança é a de que o interesse público, por ser mais importante do que o interesse individual, pode subjugá-lo a qualquer custo. No entanto, na quadra atual, não se pode dizer que uma ordem de interesses seja, *a priori*, mais importante que outra, pois isso suprime os espaços de ponderação no caso concreto. O Estado Democrático de Direito, como afirma Gustavo Binbenbom, é um Estado de ponderação que se legitima pela proteção e defesa dos interesses coletivos e também dos interesses individuais. A identificação do interesse que deverá prevalecer há de ser feita mediante uma ponderação proporcional dos interesses em conflito, *conforme as circunstâncias do caso concreto e a partir dos parâmetros erigidos pela Constituição*, sem

³⁰³Sérgio Ferraz prefere chamá-lo de “esdrúxulo”. Ver FERRAZ, Sérgio. *Mandado de segurança: suspensão da sentença e da liminar*. In: *Processo e Constituição. Estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. Luiz Fux, Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier (Coords.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, pp. 65-69

³⁰⁴Sobre o princípio da juridicidade ver RIBEIRO, Ricardo Lodi. *Da legalidade à juridicidade tributária*. In: *Temas de direito constitucional tributário*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, pp. 69-104. Conferir também ARAGÃO. *Op. cit. (Curso de Direito Administrativo...)*, p. 58.

qualquer tipo de solução apriorística que permita antever a resolução do conflito de interesses em prol do interesse público.³⁰⁵

Com inteira razão Daniel Sarmento ao afirmar que:

o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, ao afirmar a superioridade a priori de um dos bens em jogo sobre o outro, elimina qualquer possibilidade de sopesamento, premiando de antemão, com a vitória completa e cabal, o interesse público envolvido, independentemente das nuances do caso concreto, e impondo o conseqüente sacrifício do interesse privado contraposto. Ao invés da procura racional de solução equilibrada entre os interesses público e privado implicados no caso, prestigia-se apenas um dos pólos da relação, o que se afigura também incompatível com o princípio de hermenêutica constitucional da concordância prática, que obriga o intérprete a buscar, em casos de conflitos, solução jurídica que harmonize, na medida do possível os bens jurídicos constitucionalmente protegidos, sem optar pela realização integral de um, em prejuízo ou outro.³⁰⁶⁻³⁰⁷

Interessante e correto mecanismo hermenêutico de preservação da constitucionalidade do instituto da suspensão de segurança é oferecido por Eduardo Arruda Alvim. Para o autor, a suspensão somente poderá ser determinada desde que, para além dos critérios políticos adotados pelo presidente do tribunal, a decisão contra a qual se requer a suspensão seja também ilegal ou contrária à Constituição. Assim, desde que a liminar ou a sentença não guardem a necessária juridicidade, poderá o presidente do tribunal suspender os seus efeitos, caso também se convença de que ela atenta contra a ordem, a saúde, a segurança e a economia públicas.³⁰⁸ Nesse mesmo sentido é a opinião de Gleydson Kleber Lopes de Oliveira, para quem, “em não havendo espaço para discussão com parâmetros jurídicos da decisão a que se visa suspender, tem-se inegavelmente que a Constituição Federal de 1988 não recepcionou o citado incidente”.³⁰⁹

³⁰⁵ BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo. Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. 2ª Edição – Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 94-100.

³⁰⁶ SARMENTO. *Op. cit. (Interesses públicos vs. interesses privados..)*. p. 83.

³⁰⁷ Igualmente concordando com as críticas ao princípio da supremacia do interesse público, Alexandre Santos de Aragão afirma que: “De fato, as situações disciplinadas pelo direito público são muito mais complexas do que aquelas que poderiam ser resolvidas por uma abstrata e geral prevalência do interesse público sobre o interesse privado. O que deve ser feito é ponderar os diversos interesses juridicamente tutelados que estiverem em jogo, sejam eles públicos ou privados, ponderação esta que só pode ser realizada diante de cada situação. Não existe uma norma geral constitucional ou legal de prevalência do interesse público. O que ocorre é que, muitas vezes, a própria Constituição ou as leis previamente ponderaram os interesses envolvidos dando preponderância ao interesse público (por exemplo, nas desapropriações e nas requisições administrativas) (...) Note-se, por outro lado, que muitas vezes a Constituição também pré-pondera em determinados casos o interesse privado em detrimento do interesse público, quando, por exemplo, dá preferência ao sigilo de correspondência em detrimento do interesse público da averiguação de crimes”. Ver ARAGÃO. *Op. cit. (Curso de Direito Administrativo...)*, p. 83.

³⁰⁸ ARRUDA ALVIM. *Op. cit. (Mandado de Segurança...)*, p. 210.

³⁰⁹ OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes de Oliveira. *Incidente de Suspensão de Execução de Liminar e de Sentença em Mandado de Segurança. In Aspectos Polêmicos e Atuais do Mandado de Segurança 51 anos depois*. Cassio Scarpinella Bueno, Eduardo Arruda Alvim e Teresa Arruda Alvim Wambier (Coords.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 379-410: “O entendimento de que o pronunciamento a ser

Além disso, a preservação da constitucionalidade do instituto da suspensão de segurança exige que se assegure aos interessados os direitos que decorrem da garantia síntese do devido processo legal, viabilizando-se a plenitude do contraditório e da ampla defesa.³¹⁰

Na prática, a suspensão de segurança funciona como um sucedâneo recursal, de que se vale a pessoa jurídica de direito público em casos de maior gravidade, quando não consegue obter a reforma da decisão ou a sustação de seus efeitos pela via recursal própria.³¹¹

Embora não seja algo muito frequente, a suspensão de segurança também pode ser requerida pelo Ministério Público, não podendo ser postulada, todavia, pela autoridade apontada como coatora.

Consoante o *caput* do art. 15 da Lei nº 12.016/2009, da decisão do presidente do tribunal que *suspender* a decisão caberá agravo, sem efeito suspensivo, ao plenário ou ao órgão especial da corte. Note-se que, nos termos do dispositivo, o agravo apenas é cabível contra a decisão favorável ao pedido de suspensão, não podendo ser interposto contra a decisão que rejeita esse tipo de requerimento.³¹²

Embora o requerente da suspensão de segurança não possa recorrer da decisão do presidente do tribunal que rejeita a providência, o § 1º do art. 15 autoriza que, negado o pedido de suspensão, novo pedido seja formulado, dessa vez ao presidente do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal.

Importante ainda observar que o § 2º do art. 15 da Lei nº 12.016/2009³¹³ e o art. 25 da Lei nº 8.038/90³¹⁴ viabilizam o requerimento de suspensão também contra o acórdão do tribunal que julga o agravo ou a apelação interpostas no mandado de segurança.

proferido no incidente de suspensão é regido por critérios exclusivamente políticos, não se indagando acerca do mérito ou da correção da decisão, não pode ser considerado recepcionado pela Constituição Federal de 1988”.

³¹⁰ FERRAZ Op. cit. (*Mandado de segurança: suspensão da sentença e da liminar...*). p. 65.

³¹¹ Diz o § 3º do art. 15 da Lei 12.016/2009 que “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”.

³¹² José Miguel Garcia Medina e Fábio Caldas de Araújo, em sentido contrário, afirmam que “o pedido de suspensão, quando concedido ou negado pelo presidente do tribunal, poderá ser alvo do recurso de agravo, no prazo de cinco dias”. MEDINA e ARAÚJO. Op. cit. (*Mandado de Segurança Individual e Coletivo...*), p. 181.

³¹³“§ 2º É cabível também o pedido de suspensão a que se refere o § 1º deste artigo, quando negado provimento a agravo de instrumento interposto contra a liminar a que se refere este artigo”.

³¹⁴“Art. 25 - Salvo quando a causa tiver por fundamento matéria constitucional, compete ao Presidente do Superior Tribunal de Justiça, a requerimento do Procurador-Geral da República ou da pessoa jurídica de direito público interessada, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública, suspender, em despacho fundamentado, a execução de liminar ou de decisão concessiva de mandado de segurança, proferida, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados e do Distrito Federal”.

Salvo determinação em contrário, a suspensão, uma vez determinada, vigora até o trânsito em julgado da decisão proferida no mandado de segurança, sendo nesse sentido a orientação da Súmula nº 626 do STF.³¹⁵

Registre-se, por fim, que o presidente do tribunal pode estender os efeitos da sua determinação a casos idênticos, inclusive supervenientes, como viabiliza o § 5º do art. 15 da Lei nº 12.016/2009.³¹⁶

³¹⁵ Súmula 626 do STF: “A suspensão da liminar em mandado de segurança, salvo determinação em contrário da decisão que a deferir, vigorará até o trânsito em julgado da decisão definitiva de concessão da segurança ou, havendo recurso, até a sua manutenção pelo Supremo Tribunal Federal, desde que o objeto da liminar deferida coincida, total ou parcialmente, com o da impetração”.

³¹⁶ “§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”.

12 NOTAS SOBRE O MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO.

O mandado de segurança coletivo foi tratado em apenas dois artigos da Lei nº 12.016/2009 (art. 21 e art. 22), isso porque o procedimento do mandado de segurança coletivo não difere muito daquele estabelecido para o mandado de segurança individual.

Também os pressupostos para a impetração do mandado de segurança coletivo em grande parte não diferem daqueles que são exigidos para a impetração do *writ* individual, sendo necessária a existência de direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, lesado ou ameaçado de lesão por ato ilegal ou abusivo de autoridade pública ou de agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

12.1 Objeto do mandado de segurança coletivo

Nos termos do que consta do parágrafo único, do art. 21, da Lei nº 12.016/2009, o mandado de segurança coletivo destina-se à tutela de direitos coletivos e individuais homogêneos,³¹⁷ não tendo sido prevista na lei, ao menos expressamente, a possibilidade de impetração do mandado de segurança coletivo para a tutela de direitos difusos, assim entendidos como os direitos transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por uma circunstância de fato.

Todavia, o fato de *não* ter a lei feito expressa alusão aos direitos difusos não os exclui do campo de proteção do mandado de segurança coletivo. A Lei nº 12.016/2009, no parágrafo único do art. 21, fez menção aos direitos individuais homogêneos e aos direitos coletivos, mas em momento algum excluiu, explicitamente, os direitos difusos. Na verdade, não é função da lei enunciar qual o tipo de direito substancial é objeto da tutela do instrumento processual. Desde que um direito substancial encontre num instrumento processual um meio adequado de tutela, esse instrumento processual será, em tese, cabível à proteção daquele direito substancial, independentemente de ter a lei feito qualquer enunciação explícita. Se a lei eventualmente fizer essa enunciação, ela deve ser considerada meramente exemplificativa.

³¹⁷“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 do impetrante”.

Por isso, as únicas restrições *materiais* ao cabimento do mandado de segurança são aquelas estabelecidas pela própria Constituição, que excluiu do seu âmbito de proteção os direitos tutelados pelo *habeas data* e pelo *habeas corpus* (art. 5º, inc. LIX).

Assim, qualquer direito que não seja amparado pelo *habeas corpus* ou o *habeas data*, inclusive o difuso, pode ser objeto da tutela do mandado de segurança, desde que seus fatos constitutivos possam ser comprovados documentalmente e por ocasião da propositura da ação. Não se pode pensar que o direito difuso seja o único direito que, sendo líquido e certo, não possa ser tutelado por meio do mandado de segurança.

Como dizem Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr.:

A Constituição reconhece expressamente a existência dos direitos e deveres individuais e coletivos como direitos e garantias fundamentais, sendo que o writ do mandado de segurança está previsto exatamente neste capítulo. Ter um direito sem ter uma ação adequada para defendê-lo significa não poder exercê-lo, o que fere de morte a promessa constitucional e a força normativa da Constituição que dela decorre. Seria o equivalente a tornar flatus vocis, bocas sem dentes, as garantias constitucionais.³¹⁸

Por isso, tem toda razão Luiz Fux ao dizer que os “direitos difusos não podem ficar à margem da defesa por meio de Mandado de Segurança coletivo, porquanto o texto constitucional não lhes faz restrição”.³¹⁹

Sem dúvida que esse entendimento é o que melhor se ajusta ao princípio da acessibilidade, que orienta a teoria do processo a partir da ótica do acesso à justiça.³²⁰

12.2 Legitimidade para a impetração do mandado de segurança coletivo

O inc. LXX, do art. 5º, da Constituição aponta os legitimados para a impetração do mandado de segurança coletivo, dizendo que ele pode ser manejado por “partido político com representante no congresso nacional” e “por organização sindical, entidade de classe ou

³¹⁸DIDIER JR., Fredie e ZANETI JR., Hermes. *O Mandado de segurança coletivo e a Lei n. 12.016/2009*. In *O Novo mandado de segurança. Estudos sobre a Lei n. 12.016/2009*. Eduardo Arruda Alvim, Glauco Gumerato Ramos, Gustavo de Medeiros Melo e José Henrique Mouta Araújo (Coords.). Belo Horizonte: Fórum, 2010, pp. 227-237.

³¹⁹FUX. *Op. cit. (Mandado de segurança...)*, p. 136. Também no sentido da admissibilidade do mandado de segurança para a proteção de direitos difusos, REDONDO, OLIVEIRA e CRAMER. *Op. cit. (Mandado de segurança...)*, p. 152 e SCARPINELLA BUENO. *Op. cit. (A nova lei do mandado de segurança...)*, pp. 130-131. Em sentido contrário, MEDINA e ARAÚJO. *Op. cit. (Mandado de segurança individual e coletivo...)*, p. 218. No Superior Tribunal de Justiça, mesmo antes da nova lei, já havia acórdãos admitindo o mandado de segurança para a tutela de direitos difusos, embora também existissem acórdãos contrários (MS 11.399/DF). No Supremo Tribunal Federal a questão também não era definida, mas já houve votos favoráveis do Min. Carlos Veloso (RE 196.184) e da Min. Ellen Gracie (RE 196.184).

³²⁰PINHEIRO CARNEIRO, *Op. cit. (Acesso à justiça...)*, pp. 65-69.

associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados”.³²¹

12.2.1 Partido político:

Parece bastante claro que a Constituição, no inc. LXX, do art. 5º, ao atribuir legitimidade aos partidos políticos, limitou-se a deles exigir representação no Congresso Nacional, nada dizendo sobre o tipo de direito que poderia ser tutelado por essa via. Contudo, o *caput* do art. 21 da Lei nº 12.016/2009 ficou aquém, restringindo o mandado de segurança coletivo impetrado por partido político à “defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária”.³²² Com isso, o texto legal estabeleceu uma aparente exigência de pertinência temática que não consta da Constituição, sendo necessário averiguar a constitucionalidade dessa restrição.

A questão da pertinência temática do mandado de segurança coletivo impetrado por partido político foi apreciada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário nº 196.184-AM, relatado pela Ministra Ellen Gracie. Em seu voto condutor, a ministra relatora, antes mesmo da vigência da lei atual, não apenas afirmou a aptidão do mandado de segurança coletivo para a tutela de direitos difusos, como também afastou qualquer exigência de pertinência temática para a sua impetração por partido político.³²³ Em suma, afirmou-se que o inc. LXX, do art. 5º, da Constituição enunciou dois tipos de legitimados para a impetração do mandado de segurança coletivo: os partidos políticos (alínea a) e as organizações sindicais, entidades de classe e associações (alínea b), mas apenas em relação a estas a Constituição vinculou a impetração do *writ* à “defesa dos interesses de seus membros ou associados”.

Convém transcrever alguns trechos do voto, bastante ilustrativos da temática e do entendimento manifestado pelo Supremo Tribunal Federal:

³²¹ “LXX - o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por: a) partido político com representação no Congresso Nacional; b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados;”

³²² “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,...”

³²³ Segundo José Miguel Garcia Medina esse “posicionamento do STF é importante para o exame do art. 21, *caput*, pois a redação do artigo nasce desatualizada, em face da interpretação do alcance da legitimação conferido pela nossa Corte Constitucional. Não há que se restringir a atuação dos partidos apenas aos interesses de seus integrantes, ou à finalidade partidária”. Ver MEDINA e ARAÚJO. *Op. cit. (Mandado de segurança individual e coletivo...)*, p. 214.

Ora, se o Legislador Constitucional dividiu os legitimados para a impetração do Mandado de Segurança Coletivo em duas alíneas, e empregou somente com relação à organização sindical, à entidade de classe e à associação legalmente constituída a expressão ‘em defesa dos interesses de seus membros ou associados’ é porque não quis criar esta restrição aos partidos políticos. Isso significa dizer que está reconhecido na Constituição o dever do partido político de zelar pelos interesses coletivos, independentemente de estarem relacionados a seus filiados.

Também entendo não haver limitações materiais ao uso deste instituto por agremiações partidárias (...).

A previsão do art. 5º, LXX, da Constituição objetiva aumentar os mecanismos de atuação dos partidos políticos no exercício de seu mister (...), não podendo, portanto, ter esse campo restrito à defesa de direitos políticos, e sim de todos aqueles interesses difusos e coletivos que afetam a sociedade.

(...) À agremiação partidária, não pode ser vedado o uso do mandado de segurança coletivo em hipóteses concretas em que estejam em risco, por exemplo, o patrimônio histórico, cultural ou ambiental de determinada comunidade.

Assim, se o partido político entender que determinado direito difuso se encontra ameaçado ou lesado por qualquer ato da administração, poderá fazer uso do mandado de segurança coletivo, que não se restringirá apenas aos assuntos relativos a direitos políticos e nem a seus integrantes.³²⁴

Diante disso, é necessário empreender uma interpretação ampliativa do *caput* do art. 21 da Lei nº 12.016/2009, na parte em que o dispositivo cuida da legitimação do partido político para impetrar o mandado de segurança coletivo vinculando-o à “finalidade partidária”. A preservação da constitucionalidade da norma exige que se empreste um sentido amplo à expressão “finalidade partidária”, de modo a abarcar a finalidade pública do partido político de proteção do bem comum, conforme o seu conteúdo programático.

Nesse sentido é a compreensão de Teori Albino Zavascki, para quem a legitimação dos partidos políticos não está limitada à tutela de interesses particulares de seus filiados, pois isso implicaria o próprio desvirtuamento da natureza da agremiação partidária. Para o autor, “há de se entender que o partido político está legitimado a impetrar mandado de segurança coletivo com objetivos mais abrangentes, com a única limitação de estarem situados no âmbito de sua finalidade institucional e do seu programa”.³²⁵⁻³²⁶

12.2.2 Organização sindical, entidade de classe ou associação

³²⁴STF. RE 196184, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Primeira Turma, julgado em 27/10/2004, DJ 18-02-2005 PP-00006 EMENT VOL-02180-05 PP-01011 LEXSTF v. 27, n. 315, 2005, p. 159-173 RTJ VOL-00194-03 PP-01034

³²⁵ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo. Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, pp.197-198

³²⁶Também nesse sentido Cassio Scarpinella Bueno, para quem o partido político tem legitimidade para impetrar o mandado de segurança coletivo tanto que o direito a ser tutelado “coincida com suas finalidades programáticas, amplamente consideradas, independentemente de a impetração buscar a tutela jurisdicional de seus próprios membros” SCARPINELLA BUENO. *Op. cit. (A nova lei do mandado de segurança...)*, p. 124.

Na forma do inciso LXX, do art. 5º, da Constituição, as organizações sindicais, entidades de classe e associações legalmente constituídas e em funcionamento há pelo menos um ano também são legitimadas para impetrar o mandado de segurança coletivo, “em defesa dos interesses de seus membros ou associados”. Diferentemente do que se viu em relação aos partidos políticos, aqui o texto constitucional mencionou expressamente o tipo de interesse que essas entidades poderiam tutelar, vinculando-as à defesa dos interesses de seus membros ou associados, além de exigir a constituição regular e o funcionamento há pelo menos um ano.

Em sede infraconstitucional a questão foi tratada na segunda parte do *caput* do art. 21 da Lei nº 12.016/2009. O dispositivo legal, além de repetir o requisito da constituição regular e a exigência de funcionamento há pelo menos um ano do sindicato, da entidade de classe ou da associação, acrescentou que a utilização do mandado de segurança coletivo poderia ocorrer para a defesa dos interesses da *totalidade* ou de *parte* dos membros ou associados, “na forma dos seus estatutos e desde que pertinentes às suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial”.³²⁷

Nesse caso, portanto, a exigência de pertinência temática já estava presente na Constituição em termos gerais, razão pela qual não se pode atribuir qualquer inconstitucionalidade a essa parte do dispositivo de lei. Além disso, antes mesmo da lei atual, a Súmula nº 629 do Supremo Tribunal Federal já dizia que “[a] impetração de mandado de segurança coletivo por entidade de classe em favor dos associados independe de autorização destes”³²⁸ e a Súmula nº 630, também do STF, orientava no sentido de que “[a] entidade de classe tem legitimação para o mandado de segurança ainda quando a pretensão veiculada interesse a uma parte da respectiva categoria”.

12.2.3 Ministério Público

Outro legitimado para a impetração do mandado de segurança coletivo, embora não mencionado no inc. LXX, do art. 5º, da Constituição, tampouco no art. 21 da Lei nº 12.016/2009, é o Ministério Público. Sua legitimação decorre, indiretamente, dos dispositivos

³²⁷“Art. 21. (...) O mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por (...) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há, pelo menos, 1 (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”.

³²⁸Registre-se que a norma legal, ao dispensar a “*autorização especial*” do membro ou associado, viabiliza a conclusão de que o sindicato, a entidade de classe e a associação atuam, no mandado de segurança coletivo, na condição de substitutos processuais, cuja legitimação extraordinária decorre de lei e não da vontade das partes.

constitucionais que atribuem ao *parquet* a tutela dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127) e dos interesses difusos e coletivos (art. 129, inc. III).

No âmbito infraconstitucional essa legitimação decorre do inc. I, do art. 32, da Lei nº 8.625/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público) e do inc. VI, do art. 6º, da Lei Complementar nº 75/93 (Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União). Tais dispositivos atribuem ao Ministério Público a legitimação para a impetração do mandado de segurança, sem qualquer distinção entre a modalidade individual e a coletiva.

12.3 A coisa julgada e a litispendência no mandado de segurança coletivo

12.3.1 A coisa julgada

O *caput* do art. 22 da Lei nº 12.016/2009 dispõe que, no “mandado de segurança coletivo, a sentença fará coisa julgada limitadamente aos membros do grupo ou categoria substituídos pelo impetrante”.

Acerca desse dispositivo, dois pontos merecem reflexão. Em primeiro lugar, é preciso perceber o seguinte. Quando o mandado de segurança destina-se à tutela de direitos coletivos e difusos, o caráter transindividual desses direitos e a incindibilidade de seus objetos não permitem que a *eficácia* (note-se, a eficácia) da sentença incida apenas sobre os “membros do grupo ou da categoria substituídos pelo impetrante”. Essa *eficácia* da sentença coletiva limitada aos membros do grupo ou categoria apenas é faticamente viável em se tratando de direitos individuais homogêneos, quando se torna possível cindir o objeto e individualizar o titular do direito substancial.

Se o direito é transindividual e o seu objeto indivisível, não há como conter a eficácia da sentença nos limites do grupo ou categoria *substituídos*. Significa que todos aqueles que se encontram na mesma situação fática dos membros do grupo ou categoria substituídos serão afetados pela eficácia da sentença, ainda que sequer saibam da existência da demanda. É possível supor, a título de exemplo, uma demanda coletiva proposta pelo “sindicato dos trabalhadores de postos de gasolina”, em que se obtém uma decisão judicial que obsta a mistura no combustível de determinada substância prejudicial à saúde do operador da bomba. Mercê da natureza coletiva desse direito, a *eficácia* dessa hipotética decisão beneficiária

também o trabalhador que não é sindicalizado e, portanto, não figurava como substituído na demanda coletiva.

Desse modo, o que se restringe ao grupo ou à categoria é a *autoridade da coisa julgada*, e não a *eficácia da sentença*, que incidirá indistintamente sobre todos aqueles que estejam na mesma situação fática dos substituídos.

Agora tratando propriamente da autoridade da coisa julgada e não da eficácia da sentença, outro ponto digno de nota é o seguinte. Esse mesmo art. 22 da Lei nº 12.016/2009, ao enunciar que “a sentença fará coisa julgada limitadamente aos membros do grupo ou categoria substituídos pelo impetrante”, não faz qualquer ressalva quanto ao tipo de direito objeto do processo (difuso, coletivo ou individual homogêneo), tampouco distingue o acolhimento da rejeição do pedido, como também a razão pela qual se acolheu ou se rejeitou o pedido (inexistência do direito, insuficiência de provas etc). Nos termos da norma legal, a coisa julgada incidirá sobre os membros do grupo ou categoria, *pro et contra*.

Assim, a disciplina da coisa julgada coletiva contida no art. 22 da Lei nº 12.016/2009 é bastante diferente e sensivelmente mais simples do que a que consta do art. 103 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor).³²⁹ Nos termos do art. 103 do Código de Defesa do Consumidor, em se tratando de direito difuso ou coletivo, a coisa julgada será *secundum eventum probationis*, isto é, terá eficácia contra todos, salvo se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas. Tratando-se de direito individual homogêneo, a coisa julgada será *secundum eventum litis e in utilibus*, atingindo a todos apenas em caso de procedência do pedido.³³⁰ No caso do mandado de segurança coletivo, repita-se, a autoridade da coisa julgada coletiva incidirá contra todos, *pro et contra*, independentemente da natureza do direito ou da concessão ou denegação da segurança.

Segundo Fredie Didier Jr., o art. 22 da Lei nº 12.016/2009 é, na verdade, lacunoso, devendo ser integrado pela sistemática prevista no Código de Defesa do Consumidor. Para o

³²⁹“Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada: I - erga omnes, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81; II - ultra partes, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81; III - erga omnes, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81”

³³⁰ O sistema estabelecido pelo art. 103 do CPC foi elogiado por Vittorio Denti, para quem “Il criterio della efficacia in utilibus del giudicato a favore dei terzi mi sembra meritevole di attenta considerazione nel campo della tutela degli interessi superindividuali, anche perchè consente di evitare gli ostacoli che l’efficacia ultra partes può incontrare sul piano dei diritti di difesa costituzionalmente garantiti”. Ver DENTI, Vittorio. *Giustizia e partecipazione nella tutela dei nuovi diritti*. In: *Participação e processo*. Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Kazuo Watanabe (Coords.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988, pp. 11-23.

autor, “o modo de produção da coisa julgada no mandado de segurança coletivo é o mesmo previsto genericamente para as ações coletivas e está regulado no art. 103 do CPC”. Assim, a sistemática da coisa julgada *secundum eventum probationis* também incidiria no mandado de segurança coletivo voltado à tutela de direitos difusos ou coletivos.³³¹

Ousamos, no entanto, divergir. A nosso ver, não há como aplicar a sistemática da coisa julgada *secundum eventum probationis* no mandado de segurança coletivo, pois nessa espécie de ação a insuficiência de provas não conduz a um julgamento de mérito que tenha aptidão para produzir coisa julgada material. No mandado de segurança, seja individual ou coletivo, a não demonstração dos fatos constitutivos do direito conduz à extinção do processo sem resolução do mérito por ausência de direito líquido e certo. Não há, no mandado de segurança, rejeição do pedido por insuficiência de provas. Sendo insuficientes as provas, caberá ao juiz extinguir o processo sem adentrar o mérito, viabilizando a tutela do direito pelas vias ordinárias, o que impede, por incompatibilidade, a sistemática da coisa julgada *secundum eventum probationis* no mandado de segurança coletivo.

12.3.2 A litispendência

O § 1º, do art. 22, da Lei nº 12.016/2009 principia por afirmar que o “mandado de segurança coletivo não induz litispendência para as ações individuais”. Nessa parte o dispositivo não surpreende, pois se não há identidade de partes, não pode mesmo haver litispendência.³³²

No entanto, o dispositivo prossegue dizendo que os efeitos da coisa julgada do mandado de segurança coletivo somente beneficiarão o autor da ação individual se ele requerer a *desistência* de sua ação no prazo de trinta dias a contar da sua ciência, comprovada, da impetração do mandado de segurança coletivo. Também nesse particular a opção política do legislador de 2009 foi bem diferente daquela que prevaleceu no Código de Defesa do Consumidor, cujo art. 104 estabelece o ônus de pedir a *suspensão* (e não a desistência) da ação individual para que o demandante possa beneficiar-se da sentença coletiva.

São comuns as críticas a essa norma. Para Cássio Scarpinella Bueno, exigir que o impetrante individual, para se beneficiar da sentença coletiva, *desista* de seu mandado de

³³¹ DIDIER e ZANETI. *Op. cit.* (O Mandado de Segurança Coletivo...), p. 234.

³³² O art. 301, § 2º do CPC diz que “Uma ação é idêntica à outra quando tem as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido”.

segurança “é medida que atrita, a olhos vistos com o ‘modelo constitucional do direito processual civil’”, razão pela qual o sistema do Código de Defesa do Consumidor, que estabelece a suspensão (e não a desistência), deve continuar sendo aplicado no âmbito do mandado de segurança coletivo.³³³ José Miguel Garcia Medina expressa a mesma opinião, afirmando que, no conflito entre o § 1º, do art. 22, da Lei nº 12.016/2009 e o art. 104 do CDC, a interpretação que mais condiz com os mandamentos constitucionais aponta para a prevalência dessa última norma.³³⁴

Embora convincente a crítica, não se pode desconsiderar que a opção da Lei nº 12.016/2009 foi a de prestigiar a ação coletiva, ainda que em detrimento da ação individual, mercê de uma percepção realista de que a jurisdição fundada na tutela individual de direitos não conseguiu oferecer uma resposta satisfatória ao desafio de resolver o número cada vez maior de litígios que deságua diariamente nos tribunais. É natural que o legislador leve em consideração o fato de que o ajuizamento de uma ação coletiva implica redução de custo e tempo, se comparado com aqueles que seriam despendidos em milhares de demandas individualmente propostas para atingir o mesmo objetivo.³³⁵

Como afirma Rodolfo de Camargo Mancuso, a tutela coletiva é absolutamente indispensável nos dias de hoje como forma de resolução de conflitos que, de outro modo, “se fragmentam em multifárias e repetitivas ações individuais, como, infelizmente, sói ocorrer em nosso ambiente judiciário, com deletérias e previsíveis conseqüências: desprestígio para a tutela coletiva, postergação do desfecho dos processos, risco de contradições (lógicas e práticas) entre os planos coletivo e individual”.³³⁶

Por outro lado, modelo de desistência da ação individual, estabelecido pelo §1º, do art. 22, permite que a ação coletiva não se torne uma via de mão única, capaz de beneficiar exclusivamente o autor da ação e seus substituídos. Se o pedido do autor da demanda coletiva é rejeitado, havendo a afirmação jurisdicional, passada em julgado, de que não ocorreu o fato ou que inexistente o direito, é justo que esse provimento valha também para a parte demandada que venceu, a quem não se pode impor o ônus de ter que se defender contra pretensões idênticas àquela que já foi julgada.

³³³SCARPINELLA BUENO, *Op. cit.* (A nova lei do mandado de segurança...), p. 137 .

³³⁴MEDINA e ARAÚJO. *Op. cit.* (Mandado de segurança individual e coletivo...), pp.222-223.

³³⁵CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p.305.

³³⁶MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A Resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p.328

Seja como for, é importante lembrar que, tanto a regra do §1º do art. 22 da Lei nº 12.016/2009, quanto a do art. 104 do Código de Defesa do Consumidor, somente são aplicáveis em se tratando de direitos individuais homogêneos, em razão da cindibilidade de seu objeto. Tratando-se de direitos difusos ou coletivos não há sequer como supor a coexistência de ações coletivas e individuais, pois o objeto desses direitos não é sujeito a desmembramentos.³³⁷

12.4 Prévia audiência da Fazenda Pública para a concessão da liminar no mandado de segurança coletivo

Por fim, o § 2º, do art. 22, da Lei nº 12.016/2009 trata de vedar a concessão de medida liminar *inaudita altera parte* no mandado de segurança coletivo, exigindo a prévia manifestação do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar em 72 (setenta e duas) horas.

Não se deve atribuir a essa norma um conteúdo peremptório. Diante de situações de emergência, que possam acarretar o perecimento do direito, deve o juiz ponderar os interesses em conflito e, se for o caso, dispensar a prévia audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público³³⁸.

³³⁷ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 261: “O que parece, entretanto, inadmissível, em sede de interesses difusos e coletivos, é a possibilidade ventilada pelo art. 104, de cabimento e coexistência de ações coletivas e individuais, como se o objeto em questão estivesse sujeito ao desmembramento (...). A hipótese do art. 104 só é passível de aplicação em relação aos direitos ou interesses individuais homogêneos, estes sim, plenamente divisíveis...”

³³⁸ *Como já se afirmou ao longo desse estudo, princípio de acesso à justiça da proporcionalidade* passa pelo reconhecimento de que o juiz, no curso do processo, tem de fazer escolhas entre uma e outra interpretação, projetando e examinando os possíveis resultados, as possíveis soluções. Assim, o juiz compara os interesses em jogo e, finalmente, identifica o interesse mais valioso, harmonizando-o com os princípios e os objetivos buscados pela ordem jurídica. Essa atividade, segundo Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, retrata a utilização do princípio da proporcionalidade, que permeia e a todo momento influencia a aplicação dos demais princípios de acesso à justiça. Ver. PINHEIRO CARNEIRO. *Op. cit.*, (Acesso à justiça...), pp. 107-114.

13 NOTAS SOBRE A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL DAS LIBERDADES NO DIREITO COMPARADO

13.1 México

O amparo mexicano sofreu grandes transformações durante os cento e sessenta anos de sua existência. De um mecanismo processual voltado apenas para a proteção das liberdades, o instituto, previsto nos artigos 103 e 107 da Constituição Política dos Estados Unidos Mexicanos, transformou-se num instrumento de controle de constitucionalidade das leis, atos estatais de efeitos concretos e decisões judiciais.³³⁹

A mais recente reforma na *Ley de Amparo* ocorreu em 24 de junho de 2011. O longo diploma normativo possui 234 artigos – de fora parte as disposições transitórias – e disciplina quase todos os aspectos do procedimento, incluindo regras de competência, as formalidades das intimações, o modo de contagem dos prazos, os motivos de impedimento do juiz e até os requisitos da sentença.³⁴⁰

Existem diversas modalidades de amparo, como o amparo em matéria agrária e o amparo-cassação. Porém, o denominado “amparo en general” pode ser requerido contra lei ou ato de autoridade que viole garantias individuais, restrinja a soberania dos Estados membros ou invadam a esfera de competência federal (artigo 1º).

No procedimento, diz a lei, são partes o ofendido e a autoridade responsável pela ofensa, podendo haver a intervenção de terceiro prejudicado. Tal qual o nosso mandado de segurança, o amparo mexicano pode ser requerido por pessoa física e também por pessoa jurídica, seja de direito público ou de direito privado (artigo 5º).

O conceito de autoridade para fins de amparo é mais amplo do que aquele que adotamos para fins de mandado de segurança, abarcando o agente que dita, promulga, publica, ordena ou apenas executa o ato reclamado (artigo 11). Ademais, a jurisprudência da Suprema Corte de Justiça evoluiu no sentido de equiparar à autoridade todo aquele que dispõe de força pública, ainda que não esteja investido oficialmente de algum cargo de Estado. Assim, o amparo é cabível não somente contra autoridades legalmente constituídas, mas também contra

³³⁹ LÖSING, Norbert (Org.). *La Jurisdiccionalidad constitucional en latinoamérica*. Montevideo: Konrad Adenauer, 2002, p.66

³⁴⁰ <<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/lamp.htm>> Último acesso em 19.05.2012

meras autoridades de fato, por mais que tenham usurpado atribuições que legalmente não lhes pertencem.³⁴¹

Consta que as origens desse entendimento repousa em fato conhecido na história do México. Em 1918, o General Canuto Ortega pretendeu expulsar seu desafeto Marcolfo F. Torres do povoado de Sahuaripa. O juiz do Distrito de Nogales negou o amparo, ao fundamento de que o General Ortega não era um militar no sentido formal. A Suprema Corte de Justiça reformou a sentença e outorgou o amparo, considerando Ortega como autoridade para tal efeito em virtude de dispor de força pública.³⁴²

Em se tratando de atos graves, que importem perigo de privação à vida, ataques à liberdade pessoal, deportação ou exílio, ou algum dos atos proibidos pelo artigo 22 da Constituição mexicana (pena de morte, mutilação, infâmia, açoite etc), e o ofendido estiver impossibilitado de promover o amparo, qualquer outra pessoa poderá fazê-lo em seu nome, ainda que menor de idade. Nesse caso o juiz deverá envidar esforços para trazer aos autos o ofendido a fim de que possa ratificar a propositura da ação (artigo 17). No Brasil não há essa possibilidade no mandado de segurança, embora algo semelhante ocorra no *habeas corpus*, que pode ser impetrado por terceiro em benefício daquele que está sofrendo lesão ou ameaça de lesão ao seu direito de locomoção.

O prazo para a propositura do “amparo em general” é de apenas quinze dias, bem menor, portanto, do que os nossos cento e vinte dias para a impetração do mandado de segurança. Não há um marco único para o início da contagem desse prazo. Diz a lei que, em regra, o prazo de quinze dias inicia-se do dia seguinte àquele em que passou a produzir efeitos a lei ou o ato reclamado ou da notificação dada ao ofendido ou da data em que teve conhecimento do ato ou da sua execução (artigo 21).

A nova *Ley de Amparo* também faz algumas restrições à sua utilização. Embora o amparo possa ser requerido contra ato jurisdicional, não se admite o seu uso contra atos da Suprema Corte de Justiça, contra as decisões proferidas nos julgamentos dos próprios amparos e nas suas execuções (artigo 73, I e II). Tal qual se diz por aqui, não se admite amparo contra lei em tese, isto é, que não cause prejuízo imediato ao ofendido (artigo 73, VI) ou contra atos que devam ser revistos de ofício ou contra os quais caiba recurso com efeito

³⁴¹PIMENTEL, Genaro Cordoba. *Introducción al estudio del juicio de amparo*, México: Editorial Porrúa, 1992, p. 34

³⁴²ESQUIVEL, Cuitláhuac Bardán (Coord.). *Nueva ley de amparo*. México: Instituto de Investigaciones, Legislativas del Senado de La República, 2003, pag. 76. [http://201.116.145.66/webstps.nsf/37f82288a65fa52b8625789300574b55/\\$FILE/Ley_Amparo.pdf](http://201.116.145.66/webstps.nsf/37f82288a65fa52b8625789300574b55/$FILE/Ley_Amparo.pdf) Último acesso em 19 de maio de 2012.

suspensivo (artigo 73, XV). Também não é cabível o amparo em matéria eleitoral (artigo 73, VII) ou para discutir questões *interna corporis* do parlamento, a respeito das quais a Constituição conferiu a faculdade de resolver soberana e discricionariamente (artigo 73, VIII).

O procedimento de amparo admite medida liminar que suspenda o ato reclamado. Atribui-se a essa medida natureza cautelar e a finalidade de proteger a esfera jurídica dos particulares enquanto não se decide o mérito³⁴³. Em casos graves, que importem em privação de liberdade, deportações ou penas de caráter cruel, admite-se a liminar de ofício (artigo 123).

Nos termos da lei, a sentença que concede o amparo tem por objetivo restituir o ofendido ao pleno gozo da garantia individual violada, restabelecendo as coisas ao estado que estavam antes da violação. Independentemente do ato reclamado ter caráter positivo ou negativo, o efeito do amparo será o de obrigar a autoridade responsável a atuar no sentido de respeitar a garantia (artigo 80). Embora a sentença de amparo somente produza efeitos perante as partes do processo (artigo 76), as autoridades que venham a tomar ciência daquilo que se decidiu devem eventualmente rever suas condutas e procedimentos (artigo 76 bis).

A autoridade que descumprir o julgamento de amparo pode ser destituída do cargo pela Suprema Corte, como também está sujeita a pena de prisão.

13.2 Espanha

O recurso de amparo na Espanha é de competência exclusiva do Tribunal Constitucional, estando previsto no art. 161.1.b da Constituição daquele país. Em sede infraconstitucional o recurso de amparo está regulado na Lei Orgânica do Tribunal Constitucional (LOTC).

O instrumento tem por objetivo amparar direitos e liberdades fundamentais reconhecidos pela Constituição espanhola que venham a ser agredidos por ações ou omissões dos poderes públicos, quando as vias ordinárias de proteção jurisdicional se demonstrem insatisfatórias.³⁴⁴ A jurisdição de amparo é, portanto, subsidiária da jurisdição comum e sua

³⁴³ESQUIVEL, Cuitláhuac Bardán (Coord.). *Nueva ley de amparo*. México: Instituto de Investigaciones, Legislativas del Senado de La República, 2003, pag. 76. [http://201.116.145.66/webstps.nsf/37f82288a65fa52b8625789300574b55/\\$FILE/Ley_Amparo.pdf](http://201.116.145.66/webstps.nsf/37f82288a65fa52b8625789300574b55/$FILE/Ley_Amparo.pdf) Último acesso em 19 de maio de 2012.

³⁴⁴ Dentre os direitos e liberdades tutelados pelo recurso de amparo estão o direito à igualdade perante a lei (art. 14 da Constituição Espanhola), direito à vida e à integridade física e moral (art. 15), liberdade ideológica, religiosa e de culto (art. 16), direito à liberdade e à segurança pessoal (art. 17), direito à honra e à intimidade pessoal e familiar e à própria imagem (art. 18,1), direito à inviolabilidade do domicílio (art. 18.2), direito ao segredo das comunicações (art. 18.3), liberdade de residência e de circulação (art. 19), liberdade de expressão e à livre difusão do pensamento (art. 20.1.a), direito à produção e criação literária, artística, científica e técnica (art.

utilização depende do esgotamento de todos os meios de impugnação ordinariamente previstos (art. 44.1 da LOTC). Em razão disso, fala-se que o recurso de amparo é regido pelo princípio da subsidiariedade.³⁴⁵

Como diz Vicente Gimeno Sendra, a pretensão de amparo é uma declaração de vontade fundada na ameaça ou lesão efetiva a algum direito fundamental ou liberdade pública consagrada na Constituição, por meio da qual se solicita ao órgão jurisdicional o reconhecimento do direito ou da liberdade fundamental, assim como a adoção de tantas medidas quantas sejam necessárias para restabelecer ou preservar o seu livre exercício.³⁴⁶

Pode o Tribunal Constitucional, naquilo que se denomina de “*auto-cuestión de inconstitucionalidad*”, além de conceder o amparo, realizar, no bojo do procedimento, o controle de constitucionalidade da lei supostamente violadora do direito ou liberdade fundamental. Por isso o recurso de amparo apresenta um caráter subjetivo e também objetivo. Em outras palavras, sua finalidade essencial é a proteção dos direitos e liberdades fundamentais, mas isso não exclui o seu escopo de defesa objetiva da Constituição.³⁴⁷

Nenhuma outra pretensão que não diga respeito ao restabelecimento ou proteção dos direitos e liberdades fundamentais pode ser tutelada pelo amparo (artigo 41.3 da LOTC). Além disso, o pedido de amparo só pode fundar-se em contrariedade ou interpretação equivocada de preceitos constitucionais.

Admite-se a utilização do amparo contra decisão judicial, mas para isso é necessário que a violação ao direito ou à liberdade tenha origem imediata e direta em ação ou omissão do órgão judicial.

Podem requerer o amparo a pessoa diretamente afetada pelo ato impugnado, as partes do processo judicial, o “Defensor del Pueblo” e o “Ministerio Fiscal” (artigo 46.1 da LOTC).

20.1.b), liberdade de cátedra (art. 20.1. c), direito de associação (art. 22), direitos e garantias do devido processo legal (art. 24.2), direito à liberdade sindical (art. 29.1), direito de petição (art. 29) e o direito à objeção de consciência (art. 30.2)..

³⁴⁵PICÓ I JUNOY. *Op. cit (Las garantías...)*, p. 32: “El recurso de amparo se configura como el mecanismo a través del cual todo ciudadano puede recabar la protección del T.C. de los derechos recogidos en los arts. 14 a 30 C.E., siempre y cuando haya intentado el restablecimiento del derecho que considera infringido ante los Tribunales ordinários mediante los médios de impugnacion existentes em las normas procesales”.

³⁴⁶SENDRA, Vicente Gimeno. ALLARD, Pablo Mirenilla. *Los procesos de amparo civil, penal, administrativo, laboral, constitucional y europeo*. 2. ed. Madrid: Colex, 2010, Colex, p. 128

³⁴⁷SEGADO, Francisco Fernández. *El recurso de amparo en España*. Revista Jurídica, Brasília, v. 7, n. 74, p 01-30, ago/set, 2005. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_74/artigos Último acesso 29/05/2012: “Puede concluirse, consiguientemente, que el recurso de amparo presenta un doble carácter: subjetivo y objetivo. Como ha señalado el propio Tribunal (STC 1/1981, de 26 de enero), la finalidad esencial del recurso de amparo es la protección, en sede constitucional, de los derechos y libertades anteriormente referidos, cuando las vías ordinarias de protección resulten insatisfactorias. Sin embargo, junto a este designio, proclamado por el artº 53.2 CE, aparece también el de la defensa objetiva de la Constitución, sirviendo de este modo la acción de amparo a un fin que trasciende de lo singular”.

De toda forma, o “Ministerio Fiscal” deve intervir em todos os processos de amparo, em defesa da legalidade, dos direitos dos cidadãos e do interesse público tutelado pela lei (artigo 47.2 da LOTC).

Pode participar do contraditório a pessoa favorecida pelo ato impugnado, seja na condição de demandada ou na de terceiro coadjuvante (artigo 47.1 da LOTC).

Segundo a Lei Orgânica do Tribunal Constitucional (art. 49) o recurso de amparo constitucional terá início mediante demanda em que se deve expor, com clareza e concisão, os fatos que a fundamentam, citando-se os preceitos constitucionais supostamente infringidos. Deve o requerente fixar com precisão a proteção que pretende e identificar o direito ou a liberdade que considera vulnerado.

Além disso, o demandante deve justificar a especial transcendência constitucional da questão, demonstrando a importância de seu recurso para a interpretação, aplicação ou eficácia geral da Constituição e dos direitos fundamentais.

O recurso de amparo não suspende os efeitos do ato ou sentença impugnados, podendo, no entanto, ser decretada essa suspensão se houver risco grave de perda de finalidade do amparo ou de lesão ao interesse constitucionalmente protegido. Também pode o Tribunal, com ou sem caução, adotar qualquer medida cautelar para evitar a perda da finalidade do instrumento (artigo 56.1 da LOTC).

Admitida a demanda de amparo, o Tribunal deve requisitar informações ao órgão, autoridade, juiz ou tribunal, os quais devem prestá-las em no máximo dez dias (artigo 51.1 da LOTC). Cabe ao órgão, autoridade, juiz ou tribunal notificar a quem tenha sido parte no procedimento judicial ou administrativo antecedente para que possa comparecer ao processo constitucional no prazo de dez dias (artigo 51.2 da LOTC).

Recebidas as informações, o Tribunal dará vistas dos autos a quem requereu o amparo, às demais pessoas do processo, ao advogado do Estado e ao Ministério Fiscal, para que apresentem suas alegações em no máximo vinte dias (artigo 52.1 da LOTC).

A sentença que vier a outorgar o amparo poderá conter declaração de nulidade da decisão, ato ou resolução que tenha impedido o pleno exercício dos direitos e liberdades fundamentais, com determinação, se for o caso, da extensão de seus efeitos. A decisão do Tribunal Constitucional também poderá reconhecer o direito ou liberdade pública, de conformidade com o conteúdo constitucionalmente declarado, além de restabelecer a integralidade do direito ou liberdade do recorrente, com a adoção das medidas apropriadas para a sua conservação (artigo 55.1 da LOTC).

13.3 Alemanha

O recurso de amparo alemão (*Verfassugsbeschwerde*) é um instrumento muito presente na vida constitucional daquele país, dele decorrendo muitas das grandes sentenças proferidas pelo Tribunal Constitucional Federal (TCF).³⁴⁸

O *verfassugsbeschwerde* está previsto no art. 93, par. 1, da Lei Fundamental de Bonn, no catálogo de competências do Tribunal Constitucional Federal. Em sede infraconstitucional, o recurso de amparo alemão está regulado na lei orgânica do TCF. O acesso ao TCF é permitido “*gratuitamente e sem intervenção obrigatória de advogado*”.³⁴⁹

Apesar do instituto ter sido concebido para a proteção subjetiva de direitos fundamentais, o recurso de amparo também se presta para a declaração de nulidade, com efeitos *erga omnes*, da lei que viola esses direitos, o que denota uma dimensão também objetiva do instituto. Nesse ponto, o amparo alemão afasta-se sobremodo da experiência brasileira, que não concebe o mandado de segurança contra lei em tese.

Também de maneira diferente do que ocorrem em relação ao mandado de segurança, o julgamento da pretensão de amparo demanda o esgotamento prévio das vias judiciais ordinárias e o respeito a um procedimento especial de admissibilidade (art. 94, par. 2.2 da Lei Fundamental de Bonn).³⁵⁰

Para que o recurso de amparo seja admitido, o recorrente precisa alegar que está sofrendo lesão do poder público em um de seus direitos fundamentais de forma atual e direta, mas também é necessário demonstrar a especial transcendência constitucional do recurso, isto é, sua fundamental importância constitucional. Segundo Karl-Peter Sommermann, o Tribunal Constitucional Federal alemão, em suma, entende que essa transcendência ocorre quando o

³⁴⁸Um exemplo clássico é o da sentença das farmácias (E 7,377), em que o TCF considerou irrelevante ao sistema de distribuição de medicamentos a norma que vedou a abertura de novas farmácias. Esse caso é emblemático, pois o Tribunal substituiu os prognósticos feitos pelo legislador e afirmou seu próprio juízo de probabilidade sobre o futuro.

³⁴⁹HÄBERLE, Peter. *O recurso de amparo no sistema germânico de justiça constitucional*. Revista Direito Público n° 2. Out-Nov-Dez/2003, pp. 83-137
Disponível em <http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/viewFile/498/495> Último acesso em 07/6/2012.

³⁵⁰HÄBERLE. *Op. cit.* (*O recurso de amparo no sistema germânico de justiça constitucional...*): “Qualquer pessoa pode interpor recurso após estarem esgotados os recursos ordinários, desde que tenha sido afectada pelo poder público num dos seus direitos fundamentais ou equiparados”.

direito fundamental não pode ser facilmente constatado por uma interpretação textual da Lei Fundamental.³⁵¹

³⁵¹SOMMERMANN, Karl-Peter. *La Admisibilidad del recurso de amparo en Alemania. La defensa de los Derechos Fundamentales: Tribunal Constitucional y Poder Judicial. Actas de Las XV Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos u Constitucionales, 2010, p. 45-55: “El TCF entiende como cuestión de ‘importancia constitucional fundamental’ aquella que no puede ser contestada fácilmente por una interpretación textual de la Ley Fundamental y que todavía no há sido clarificada por la jurisprudencia del TFC o necessita ser clarificada de nuevo a causa de un cambio de las circunstancias”.

14 CONCLUSÃO

I.

1. A Constituição brasileira de 1988 confere sensível suporte a uma concepção humanista e garantista do processo.
2. As regras e princípios que compõem as garantias fundamentais do processo apontam para a construção de um *processo justo* e de *resultados justos*, de modo a oferecer aos litigantes, no *menor espaço de tempo possível*, mecanismos jurisdicionais capazes de garantir, *definitivamente*, a *eficácia concreta dos direitos*, no bojo de procedimentos que sejam conduzidos por juízes *independentes*, *imparciais* e que assegurem às partes litigantes tratamento *substancialmente isonômico* para o adequado exercício do *contraditório* e da *ampla defesa*.
3. A garantia do acesso à justiça é uma consequência fundamental e necessária do Estado Democrático de Direito e da vedação à autotutela, devendo ser assegurada, de forma ampla, a qualquer pessoa que tenha um direito lesado ou ameaçado de lesão, seja nas relações entre particulares ou naquelas que envolvem o particular e o Estado.
4. O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional condiciona a função legislativa e também a função jurisdicional do Estado.
5. A garantia do acesso à justiça não se esgota com a propositura da ação, englobando também a fase executiva das decisões judiciais.
6. O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional engloba também as providências preventivas de natureza liminar, desde que sejam elas, de acordo com as circunstâncias do caso concreto, medidas necessárias à tutela efetiva dos direitos.
7. A garantia do acesso à justiça não pode ser amesquinhada por óbices fundados em uma visão formalista e ultrapassada do fenômeno processual.

8. A garantia do acesso à justiça implica no direito a um julgamento proferido por um juiz imparcial, que se coloque em posição de equidistância das partes e interesses em conflito, de modo a examinar as postulações com a devida *alteridade*, sendo ditado apenas pelo dever de fazer atuar o Direito no caso concreto.
9. Embora a Constituição não fale em um “*princípio processual da isonomia entre as partes*”, o processo justo depende do tratamento isonômico entre os litigantes, o que se impõe a partir da cláusula aberta do devido processo legal (art. 5º, LIV), da igualdade de todos perante a lei (art. 5º, *caput*) e da própria noção de República (art. 3º).
10. Isonomia pressupõe paridade de armas, isto é, igual capacidade de influir eficazmente no resultado do processo.
11. O princípio do contraditório orienta e subordina a atuação do juiz, que precisa, durante o processo, expressar seus pensamentos e sentimentos sobre a causa.
12. O juiz que se abre ao contraditório e dialoga com as partes é um juiz mais humano e democrático, capaz de melhor conhecer os dramas que compõem o litígio, além de inspirar mais confiança no espírito daqueles que, participando em contraditório, esperam o seu julgamento.
13. Por meio do instituto da coisa julgada, a Constituição confere densidade normativa aos princípios da segurança jurídica e da confiança legítima, na medida em que protege a necessária fidúcia que o cidadão precisa depositar na estabilidade dos atos estatais.
14. A garantia do juiz natural pressupõe a adequada investidura do juiz, a preexistência do órgão judiciário e a sua competência definida segundo a Constituição e a lei.
15. O princípio da duração razoável aponta para o ideal de um processo que se desenvolva o mais rápido possível, mas em tempo idôneo a consentir concretamente às partes a defesa dos seus direitos em um contraditório efetivo e direto.

16. A garantia do devido processo legal funciona como uma síntese de todas as demais garantias, fechando o círculo das exigências constitucionais relativas ao processo.

17. Ao proclamar a garantia do devido processo legal, a Constituição não apenas pôs a salvo a liberdade e o patrimônio dos cidadãos, mas autolimitou o poder do Estado, submetendo-o a um feixe de normas de conteúdo democrático e humanista.

18. Sendo o processo civil um instrumento pelo qual o Estado exerce uma de suas funções, esse instrumento deve também expressar os valores adotados pelo Estado, tal qual concebidos pela Constituição.

19. Através da enunciação das garantias fundamentais do processo justo, pretende a Constituição afeiçoar o método de atuação do Estado-juiz aos valores que ela mesma adotou como fundamentais, de modo que se construa um processo democrático, participativo, humanizado, eficiente, impessoal e igualitário.

20. A construção de um processo justo não depende apenas de normas jurídicas, exigindo que se trilhe uma longa e talvez incessante caminhada em busca desse ideal, que passa também pela construção de uma sociedade mais justa e solidária. É necessário reavaliar o ensino jurídico, humanizar as relações entre advogados e juízes, aprimorar os mecanismos de controle da magistratura e da advocacia; tudo de modo resgatar a consciência de que o processo é, antes e acima de tudo, um instrumento de justiça e que deve expressar os valores de um verdadeiro Estado Democrático de Direito.

21. Autoritarismo, corrupção, má-fé, omissão e individualismo ainda são mazelas muito presentes em nossa sociedade e que, naturalmente, são carregadas para o processo. A construção de um processo justo depende, portanto, da edificação de uma sociedade justa, sem o que todos os esforços normativos serão em vão.

22. Os princípios que integram as garantias fundamentais do processo justo não são absolutos, expressando comandos *prima facie* que podem ser restringidos, sem que isso expresse qualquer inconstitucionalidade. Tais princípios precisam ser harmonizados pelo legislador e, dessa forma, podem sofrer restrições legislativas, operando uma diminuição da

sua esfera máxima de incidência. Um comando normativo principiológico amplo não pode, muitas vezes, ser efetivado em toda a sua extensão, na medida em que tenderá a entrar em conflito com o, igualmente abrangente, âmbito de proteção *prima facie* de outros princípios, daí decorrendo a necessidade de restrição.

23. A atividade de limitação genérica aos direitos fundamentais é também uma atividade que sofre limites (são os chamados *limites dos limites*), na medida em que o seu exercício se submete à reserva de lei, a um critério de proporcionalidade e à intangibilidade do conteúdo essencial.

II.

24. Modernamente, a noção de direito líquido e certo não pode estar associada a qualquer caráter supostamente axiomático do direito cuja tutela se pretende no mandado de segurança.

25. Liquidez e certeza são atributos que se agregam aos fatos. São os fatos constitutivos do direito do impetrante que precisam ser líquidos e certos, no sentido de que possam ser demonstrados de plano, independentemente de dilação probatória. O direito líquido e certo, portanto, é aquele que decorre de fatos *comprováveis* e *comprovados* documentalmente por ocasião da propositura da ação. O direito será líquido e certo desde que seus fatos constitutivos possam ser demonstrados documentalmente e de plano, sem a necessidade de outras provas realizáveis no curso do procedimento.

26. O direito líquido e certo ostenta uma natureza processual, na medida em que a liquidez e a certeza são exigências que se apresentam no plano da admissibilidade do pedido, sendo sua presença necessária para que se possa chegar ao julgamento de mérito.

27. Não é inconstitucional o prazo de 120 dias enunciado no art. 23 da Lei nº 12.016/2009.

28. Embora a Constituição não fale em um prazo para a impetração do mandado de segurança, isso não significa que o legislador não possa, no âmbito de seu poder de conformação, estabelecer normas que organizem o exercício dos instrumentos jurisdicionais

de tutela dos direitos, vinculando-os a determinados pressupostos, condições ou prazos razoáveis.

29. O prazo de 120 dias para a impetração do mandado de segurança, embora importe numa restrição, não absoluta, ao direito constitucional de ação, serve como salvaguarda ao princípio da segurança jurídica, pois atribui maior estabilidade aos atos da Administração.

30. Caso o juiz, *ao despachar a inicial*, perceba que a impetração do mandado de segurança tenha ocorrido após o centésimo vigésimo dia da ciência oficial do ato impugnado, deverá extinguir o processo sem resolução do mérito.

31. Caso haja a impetração extemporânea do mandado de segurança e o processo desenvolva-se com o oferecimento das informações, da resposta e do parecer do Ministério Público, sem que se perceba a existência do vício, somente identificado pelo juiz por ocasião da conclusão dos autos para a prolação da sentença, deverá o magistrado buscar a preservação dos atos processuais já praticados no processo, convertendo o procedimento em ordinário para julgar o mérito por sentença.

32. Ainda que se pretenda célere o procedimento do mandado de segurança, o seu desenvolvimento deve assegurar a ampla defesa e o contraditório pleno (art. 5º, inc. LV, da Constituição), garantindo-se a ambas as partes a formulação de alegações e a produção de provas (documentais) úteis ou necessárias ao convencimento do juiz.

33. Também no procedimento do mandado de segurança as partes devem poder atuar concretamente na formação do convencimento do juiz, que deve estar aberto ao diálogo humano e público com os demais atores do processo.

34. Quem ocupa o polo passivo da relação processual no mandado de segurança é a pessoa jurídica de direito público e não a autoridade apontada como coatora.

35. Não sendo parte no mandado de segurança, à autoridade coatora cabe apenas o dever de informar sobre o ato impugnado, contribuindo assim para o aperfeiçoamento da cognição judicial e para a realização da Justiça.

36. As informações prestadas pela autoridade não têm natureza de resposta ou defesa, na medida em que nenhuma pretensão é deduzida contra a autoridade e sim contra a pessoa jurídica a que ela pertence. Por essa mesma razão é que as informações não precisam ser subscritas por advogado. Ademais, a autoridade tem o dever de dizer a verdade em suas informações, não podendo também furtar-se do dever de prestá-las.

37. O art. 7º, II, da Lei nº 12.016/2009 impõe a *citação* da pessoa jurídica de direito público, aperfeiçoando o contraditório no procedimento do mandado de segurança.

38. O art. 9º da Lei nº 12.016/2009 não exclui o direito da pessoa jurídica de direito público de ser *judicialmente* intimada da decisão liminar.

39. A caução, fiança ou depósito enunciadas no art. 7º, inc. III, da Lei 12.016, funcionam como medidas de contracautela que servem para minimizar ou neutralizar eventual *periculum in mora* inverso que possa ser alegado como fundamento para a rejeição da medida de urgência.

40. O poder do juiz de impor ao impetrante o oferecimento de caução, fiança ou depósito deve ficar circunscrito a hipóteses extremas em que, ordinariamente, a existência de *periculum in mora* inverso recomende o indeferimento do pedido de liminar.

41. É inconstitucional a norma que retira, *a priori*, a possibilidade do juiz tutelar o direito litigioso por meio de medida liminar.

42. Não é excepcional o cabimento do agravo contra a decisão que aprecia a liminar no mandado de segurança, pois o direito a um segundo julgamento por um tribunal de hierarquia superior é uma decorrência da garantia síntese do devido processo legal, uma consequência

lógica dos dispositivos da Constituição que instituem os tribunais e fixam suas competências recursais, além de ser uma exigência do princípio democrático de limitação de poder.

43. Os princípios estabelecidos no art. 333 do Código de Processo Civil para a distribuição dos “ônus da prova” aplicam-se em sua plenitude ao mandado de segurança, cabendo ao impetrante o ônus de provar o fato constitutivo do seu direito e ao réu o ônus de demonstrar a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do impetrante.

44. No bojo do mandado de segurança não é lícito ao juiz inverter o ônus da prova ou mesmo distribuí-lo equanimemente, a pretexto de preservar a paridade de armas e a igualdade substancial das partes litigantes. Uma medida de tal natureza desnaturaria por completo o procedimento do mandado de segurança, concebido à luz da cláusula que impõe o direito líquido e certo. Caso o juiz fique convencido de que a hipótese contida nos autos justifica a inversão do ônus probatório ou a sua distribuição equânime, deverá converter o procedimento em ordinário, no curso do qual as partes poderão desempenhar ampla atividade probatória.

45. O papel do Ministério Público no mandado de segurança não pode ser confundido com o de defensor dos interesses da Fazenda Pública, na justa medida em que o inciso IX do art. 129 da Constituição veda que o MP atue na representação judicial e consultoria jurídica de entidades públicas.

46. A função fiscalizadora do Ministério Público no processo de mandado de segurança deve ser compreendida à luz de suas funções constitucionais de tutela da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 129, *caput*, da Constituição), razão pela qual o órgão de execução do Ministério Público deve ser independente para oferecer sua opinião tanto pela concessão quanto pela denegação da ordem.

47. A independência funcional do Ministério Público não compreende o poder de decidir, em cada caso, a despeito do que diz a lei, se a sua intervenção ocorrerá ou não.

48. A lei pode identificar abstratamente uma espécie de relação jurídica processual e impor a atuação do Ministério Público, presumindo que nela haja um interesse público primário apto exigir a participação dessa importante instituição.

49. Se no mandado de segurança discute-se a existência de ilegalidade ou abuso de poder por parte da Administração Pública, é razoável que a lei imponha, para todos os casos, a fiscalização do órgão a quem incumbe a tutela da ordem jurídica.

50. O instituto da suspensão de segurança deita raízes numa concepção radical e já ultrapassada do suposto princípio da supremacia do interesse público, como se a eficácia concreta de direitos individuais, fundados na lei ou na Constituição e assegurados pelo juiz natural, pudesse estar submetida às conveniências momentâneas do interesse público.

51. A suspensão de segurança somente poderá ser determinada desde que, para além dos critérios políticos adotados pelo presidente do tribunal, a decisão contra a qual se requer a suspensão seja também ilegal ou contrária à Constituição. Assim, desde que a liminar ou a sentença não guardem a necessária juridicidade, poderá o presidente do tribunal suspender os seus efeitos, caso também se convença de que ela atenta contra a ordem, a saúde, a segurança e a economia públicas.

52. O fato de *não* ter a lei feito expressa alusão aos direitos difusos não os exclui do campo de proteção do mandado de segurança coletivo.

53. Qualquer direito que não seja amparado pelo *habeas corpus* ou o *habeas data*, inclusive o difuso, pode ser objeto da tutela do mandado de segurança, desde que seus fatos constitutivos possam ser comprovados documentalmente e por ocasião da propositura da ação.

54. Não se pode pensar que o direito difuso seja o único direito que, sendo líquido e certo, não possa ser tutelado por meio do mandado de segurança.

55. É necessário empreender uma interpretação ampliativa do *caput* do art. 21 da Lei nº 12.016/2009, na parte em que o dispositivo cuida da legitimação do partido político para impetrar o mandado de segurança coletivo vinculando-o à “*finalidade partidária*”. A preservação da constitucionalidade da norma exige que se empreste um sentido amplo à

expressão “*finalidade partidária*”, de modo a abarcar a finalidade pública do partido político de proteção do bem comum, conforme o seu conteúdo programático.

56. O Ministério Público também é legitimado para a impetração do mandado de segurança coletivo.

57. Não há como aplicar a sistemática da coisa julgada *secundum eventum probationis* no mandado de segurança coletivo, pois nessa espécie de ação a insuficiência de provas não conduz a um julgamento de mérito que tenha aptidão para produzir coisa julgada material. Não há, no mandado de segurança, rejeição do pedido por insuficiência de provas. Sendo insuficientes as provas, caberá ao juiz extinguir o processo sem adentrar o mérito, viabilizando a tutela do direito pelas vias ordinárias, o que impede, por incompatibilidade, a sistemática da coisa julgada *secundum eventum probationis* no mandado de segurança coletivo.

58. O art. 22, § 1º, da Lei 12.016/2009 pretende prestigiar a ação coletiva, ainda que em detrimento da ação individual, mercê de uma percepção realista de que a jurisdição fundada na tutela individual de direitos não conseguiu oferecer uma resposta satisfatória ao desafio de resolver o número cada vez maior de litígios que deságua diariamente nos tribunais. O legislador levou em consideração o fato de que o ajuizamento de uma ação coletiva implica e redução de custos e tempo, se comparado com aqueles que seriam despendidos em milhares de demandas individualmente propostas para atingir o mesmo objetivo.

59. Não se deve atribuir à norma do art. 22, § 2º, da Lei nº 12.016/2009 um conteúdo peremptório. Diante de situações de emergência, que possam acarretar o perecimento do direito, deve o juiz ponderar os interesses em conflito e, se for o caso, conceder a medida liminar *inaudita altera parte*, dispensando a prévia audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 2001.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011.

ALLORIO, Enrico. *Diritto processuale tributario*. 5. ed. Torino: Unione Tipografico - Editrice Turinese. 1969

ANTELO, Luis Fernandez. Garantías constitucionales del proceso (art. 24.2 CE). In: ANTELO, Luis Fernandez (coord.) *La defensa de los derechos fundamentales: Tribunal Constitucional y Poder Judicial. Actas de Las XV Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

ARRUDA ALVIM, Eduardo. *Mandado de segurança no direito tributário*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1998.

_____. *Mandado de segurança*. 2. ed. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010.

ASSUMPCÃO, Helcio Alves. Mandado de segurança: A Comprovação dos fatos como pressuposto específico de admissibilidade do writ. *Revista de Direito do Ministério Público*, Rio de Janeiro. v. 2, 1995, pp. 33-43.

ATALIBA, Geraldo. Decadência e mandado de segurança. In: *Revista Trimestral de Direito Público* 1. São Paulo: Malheiros, 1993.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. *Segurança jurídica. Entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BARBI, Celso Agrícola. *Do mandado de segurança*. 9. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2000.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tendências contemporâneas do direito processual civil. In: *Temas de direito processual: terceira série*. São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. Sobre a “participação” do juiz no processo civil. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; e WATANABE, Kazuo. (Coord.) *Participação e Processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988, pp. 380-394.

_____. Sobre a multiplicidade de perspectivas no estudo do processo. In: *Temas de Direito Processual: quarta série*. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. Temas fundamentais do direito brasileiro nos anos 80: direito processual civil. In: *Temas de direito processual: quarta série*. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. Mandado de segurança - Uma apresentação. In: *Mandado de Segurança*. Aroldo Plínio Gonçalves (Coord.). Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1996.

_____. Recorribilidade das decisões interlocutórias no processo do mandado de segurança. In: *Temas de Direito Processual: sexta série*. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. Em defesa da revisão obrigatória das sentenças contrárias à Fazenda Pública. In: *Temas de Direito Processual: nona série*. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. O problema da duração dos processos: premissa para uma discussão séria. In: *Temas de Direito Processual: nova série*. São Paulo: Saraiva, 2007

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

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BIDART, Adolfo Gelsi. Conciliación y proceso. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; e WATANABE, Kazuo. *Participação e processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988, pp. 253-262.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo. Direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais. A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012

BUENO, Cassio Scarpinella. *Mandado de segurança. Comentários às Leis 1.533/51, 4.348/64 e 5.021/66*. 2. ed., revista e atualizada. 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *Curso sistematizado de direito processual civil. Teoria geral do direito processual civil*. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *A Nova lei do mandado de segurança*. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Bases para um pensamento contemporâneo do direito processual civil. In: *Bases Científicas para um Renovado Direito Processual Civil*. 2. ed. Salvador: Jus Podim, 2009.

_____. *Curso sistematizado de direito processual civil: direito processual coletivo e direito processual público*: v. 2, tomo III. São Paulo: Saraiva, 2010.

BUZAID, Alfredo. *Do mandado de segurança*. Vol 1. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. *Considerações sobre o mandado de segurança coletivo*. São Paulo: Saraiva, 1992.

CABRAL, Antônio do Passo. *O Contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva*. Revista de Processo. Ano 30, n. 126, agosto de 2005.

_____. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

CALAMANDREI, Piero. *Processo e democrazia*. In: *Opere Giuridiche*, V. 1, 1965.

CAMBI, Eduardo, HAAS, Adriana e HOFFMANN, Eduardo. Concessão de liminar na nova lei do mandado de segurança. In: ARRUDA ALVIM, Eduardo. *et. al.* (Coord.). *O novo mandado de segurança: estudos sobre a Lei 12.016/2009*. Belo Horizonte: Forum, 2010, pp. 133-157.

CAMPOS E SILVA, Ronaldo. A isonomia entre as partes e a fazenda pública no projeto de novo CPC. *Revista de Processo*. n. 208, ano 2012, pp. 243-255.

CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CAPPELLETTI, Mauro. *Os Métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça*. In: *Revista de Processo*, RT-SP, n. 74, ano 19, abril-junho/94.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *A atuação do Ministério Público na área cível. Temas diversos. Pareceres*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1996

_____. *O Ministério Público no processo civil e penal. Promotor natural, atribuição e conflito*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 15.

_____. *Desconsideração da coisa julgada. Sentença Inconstitucional*, Rio de Janeiro: Revista Forense, Volume 384, 2006.

_____. *Acesso à justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública: uma nova sistematização da teoria geral do processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CARNELUTTI, Francesco. *Trattato del processo civile. Diritto e processo*. Napoli: Morano Editore, 1958.

CARVALHO, José Murilo de. *A formação das almas: O imaginário da República no Brasil*. São Paulo: Cia. das Letras, 1990

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Saggi di diritto processuale civile*. v. 1. Roma: 1930.

COMOGLIO, Luigi Paolo. *Ética e técnica del “giusto processo”*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2004.

COSTA, Thales Morais da. Notas sobre o contraditório em mandado de segurança. In: BUENO, Cassio Scarpinella; ARRUDA ALVIM, Eduardo; e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord.) *Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança 51 anos depois*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, pp. 810-831.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à lei do mandado de segurança: (de acordo com a Constituição de 1988 e da nova lei do agravo)*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo. *Comentários à nova lei do mandado de segurança*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. “*Class action*” e mandado de segurança coletivo: *diversificações conceituais*. São Paulo: Saraiva, 1990.

_____. *Garantia da prestação jurisdicional sem dilações indevidas como corolário do devido processo legal*. In: Devido processo legal e tutela jurisdicional. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993

_____. *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

DECOMAIN, Pedro Roberto. *Mandado de segurança: o tradicional, o novo e o polêmico na Lei 12.016/09*. São Paulo: Dialética, 2009.

DENTI, Vittorio. Giustizia e partecipazione nella tutela dei nuovi diritti. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; e WATANABE, Kazuo (Coord.) *Participação e processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988, pp. 11-23.

DIDIER Jr., Fredie e ZANETI Jr., Hermes. O Mandado de segurança coletivo e a Lei n. 12.016/2009. In: ARRUDA ALVIM, Eduardo et. al. (Coord.) *O novo mandado de segurança. Estudos sobre a Lei n. 12.016*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.2 pp. 227-237.

DIDIER JR, Fredie. Natureza jurídica das informações da autoridade coatora. In: BUENO, Cassio Scarpinella; ARRUDA ALVIM, Eduardo; e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord.) *Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança 51 anos depois*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, pp. 367-378.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. 1. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. *A Instrumentalidade do processo*. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *Litisconsórcio*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2002

_____. *Nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. *Fundamentos do processo civil moderno*. Vol. I, 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes. *Manual do mandado de segurança*. 3. ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1988.

ESQUIVEL, Cuitláhuac Bardán (Coord.). *Nueva ley de amparo*. México: Instituto de Investigaciones, Legislativas del Senado de La República, 2003.

FAGUNDES FILHO, Henrique. A equidade e o processo justo. In: FUX, Luiz; NERY JR, Nelson; e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Processo e Constituição. Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 707-723.

FERRAZ, Sérgio. Mandado de segurança e acesso à justiça. In: BUENO, Cassio Scarpinella; ARRUDA ALVIM, Eduardo; e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança 51 anos depois*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, pp. 755-772.

_____. *Mandado de segurança*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. Mandado de segurança: suspensão da sentença e da liminar. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). *Processo e Constituição. Estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, 65-69.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. A autoridade coatora e o sujeito passivo no mandado de segurança. In: GONÇALVE, Aroldo Plínio (Coord.). *Mandado de segurança* Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1996, pp. 127-145.

FEREJOHN, John. *Independent judges, dependent judiciary: explaining judicial independence*. In: 72 S. Cal. L. Rev. 353 1998-1999

FUX, Luiz. *Tutela de segurança e tutela da evidência*. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. O Novo microsistema legislativo das liminares contra o poder público. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, pp. 827-837.

_____. *Mandado de segurança*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

GAVARA DE CARA, Juan Carlos. *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo: la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales em la Ley Fundamental de Bonn*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

GRECO, Leonardo. *Natureza jurídica do mandado de segurança*. Rio de Janeiro: Separata da Revista Arquivos do Ministério da Justiça, n. 129, 1974.

_____. *A teoria da ação no processo civil*. São Paulo: Dialética, 2003.

_____. *Garantias fundamentais do processo: o processo justo*. In: *Estudos de direito processual*. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005.

_____. *O princípio do contraditório*. *Estudos de Direito Processual Civil*. Campos dos Goytacazes: Editora Faculdade de Direito de Campos, 2005.

_____. *Instituições de processo civil. Introdução ao direito processual Civil*. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. *Instituições de processo civil. Processo de conhecimento*. v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

_____. *Novas perspectivas da efetividade e do garantismo processual*. Inédito.

_____. *Resenha informativa sobre o direito ao processo justo na convenção europeia e na convenção americana dos direitos do homem*. Inédito.

GRECO FILHO, Vicente. *O novo mandado de segurança: comentários à lei n. 12.016, de 7 de agosto de 2009*. São Paulo: Saraiva, 2010.

HÄBERLE, Peter. *O Recurso de amparo no sistema germânico de justiça constitucional*. Revista Direito Público nº 2. Out-Nov-Dez/2003.

KOMATSU, Roque. *Da invalidade no processo civil*. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 1991

LEOPOLDI, Maria Antonieta. A economia política do primeiro governo Vargas (1930-1945): a política econômica em tempos de turbulência. In: FERREIRA, Jorge; e DELGADO, Lucilia de Almeida Neves (Org.). *O Brasil Republicano. Livro 2. O tempo do nacional-estatismo: do início da década de 1930 ao apogeu do Estado Novo*. Rio de Janeiro, Editora Civilização Brasileira, 2003, pp. 235-279.

LINERA, Miguel Ángel Presno e CAMPIONE, Roger. *Las sentencias básicas del tribunal constitucional italiano. Estudio de una jurisdicción de la libertad*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010.

LLOBREGAT, José Garberí. *El derecho a la tutela judicial efectiva em la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Barcelona: Bosch, 2008.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. Tradução de Alfredo Buzaid e Benfindo Aires. Notas de Ada Pellegrini Grinover. Rio de Janeiro: Forense, 1984

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. Vol 1. 3. ed. Tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco. São Paulo: Malheiros, 2005.

LOPES, Mauro Luis Rocha. *Processo judicial tributário execução fiscal e ações tributárias*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. *Comentários à nova lei do mandado de segurança*. Niteroi: Impetus, 2009.

LÖSING, Norbert. *La Jurisdiccionalidad constitucional em latinoamérica*. Montevideo: Konrad Adenauer, 2002.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A Resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MANDRIOLI, Crisanto. *Corso di diritto processuale civile. Nozione introduttive e disposizioni generali*. Terza edizione. Torino: G. Giappichelli Editore, 2003.

_____. *Corso di diritto processuale civile. Il processo di cognizione*. Terza edizione. Torino: G. Giappichelli Editore, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. Direito de ação, contraditório e motivação das decisões judiciais. In SARMENTO, Daniel e SARLET, Ingo Wolfgang (coords.): *Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pp. 557-564.

MEDINA, José Miguel Garia e ARAÚJO, Fábio Caldas de, *Mandado de segurança individual e coletivo: comentários à Lei 12.016, de 7 de agosto de 2009*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança – ação Popular, ação civil pública, mandado de injunção, “habeas data”*. 21 ed. São Paulo, Malheiros, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *O anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos: visão geral e pontos sensíveis*. In: *Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao código de processo civil*, Vol. 5, São Paulo: Forense, 1959.

MOUTA, José Henrique. *Mandado de segurança*. Salvador: Podivm, 2010.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

NUNES, Castro. *Do Mandado de segurança e de outros meios de defesa contra atos do Poder Público*. 7. ed., atualizada por José de Aguiar Dias. Rio de Janeiro, Forense, 1967.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 2.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

PACHECO, José da Silva. *O mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas*. 3. ed.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

PALHARINI JÚNIOR, Sidney. *O princípio da isonomia aplicado ao direito processual civil*. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.) *Processo e Constituição. Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, pp. 616-626.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicadas às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PICÓ I JUNOY, Joan. *Las garantías constitucionales del proceso*. Barcelona: J.M.Bosch Editor, 1997

PIMENTEL, Genaro Cordoba. *Introducción al estudio del juicio de amparo*, México: Editorial Porrúa, 1992.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *A natureza jurídica do direito individual homogêneo e sua tutela pelo Ministério Público como forma de acesso à justiça*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. *Direito processual civil contemporâneo. Teoria Geral do Processo*. Vol 1. 4 ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

RAMOS, Carlos Henrique. *Processo civil e o princípio da duração razoável do processo*. Curitiba: Juruá, 2008

REDONDO Bruno Garcia; OLIVEIRA, Guilherme Peres de; e CRAMER, Ronaldo. *Mandado de segurança: comentários à Lei n. 12.016/2009*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

RIBEIRO, Ricardo Lodi. *A Segurança jurídica do contribuinte. Legalidade, não-surpresa e proteção à confiança legítima*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

_____. *Da Legalidade à juridicidade tributária. Temas de Direito Constitucional Tributário*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

RUIZ, Marian Ahumada. *La jurisdicción Constitucional em Europa*. Navarra: Thomson Civitas, 2005.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil. Processo de Conhecimento*. Vol 1. 25. ed.. São Paulo: Saraiva 2007.

SARMENTO, Daniel. *Por um constitucionalismo inclusivo: história constitucional brasileira, teoria da Constituição e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2010.

_____. *Interesses públicos vs. interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional*. In: *Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SEGADO, Francisco Fernández. *El recurso de amparo en España*. Revista Jurídica, Brasília, v. 7, n. 74, p 01-30, ago/set, 2005.

SENDRA, Vicente Gimeno. ALLARD, Pablo Mirenilla. *Los procesos de amparo civil, penal, administrativo, laboral, constitucional y europeo*. 2. ed. Madrid: Colex, 2010.

SENRA, Marcio. *O princípio do duplo grau de jurisdição e sua sede constitucional*. 2012. Inédito.

SCHWABE, Jürgen (Coord.). *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão*. Leonardo Martins (Org. e introd.), Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, 2005.

SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. 5. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2010.

SOMMERMANN, Karl-Peter. *La admisibilidad del recurso de amparo em Alemania. La defensa de los Derechos Fundamentales: Tribunal Constitucional y Poder Judicial*. Actas de Las XV Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional. Madrid: Centro de Estudios Políticos u Constitucionales, 2010.

SOUTO, João Carlos. *A União Federal em juízo*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

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

TARUFFO, Michele. *La motivazione della sentenza civile*. Padova: CEDAM, 1975.

_____. *Il Significato costituzionale dell'obbligo di motivazione*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; e WATANABE, Kazuo. *Participação e processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988, pp. 37-50.

TAVARES, André Ramos. *Manual do novo mandado de segurança: Lei 12.016/2009*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O mandado de segurança segundo a Lei n. 12.016, de 07 de agosto de 2009*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

TROCKER, Nicolò. *Processo civile e costituzione. Problemi di diritto tedesco e italiano*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1974.

VANBERG, Georg. *Establishing and maintaining judicial independence*. In: WHITTINGTON, Keith E., KELEMEN, R. Daniel and CALDEIRA, Gregory A.. *The Oxford handbooks of law and politics*. New York: Oxford University Press, 2008, pp. 99-118.

VIDIGAL, Luis Eulálio de Bueno. *Do mandado de segurança*. São Paulo: S.C.P., 1953.

VESCOVI, Enrique. Una forma natural de participación popular em el control de la justicia: el proceso por audiencia pública. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; e WATANABE, Kazuo (Coord.). *Participação e processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, pp. 360-379.

WALD, Arnold. *O mandado de segurança*. Rio de Janeiro: Serviço de Documentação do DASP, 1955.

WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; e WATANABE, Kazuo (Coord.). *Participação e* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988, pp. 128-135.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo. Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.